Eliu Arismendiz Amaya

Manual de delitos contra la administración pública

Cuestiones sustanciales y procesales

Instituto Pacífico

MANUAL DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Cuestiones sustanciales y procesales

Autor:
Eliu Arismendiz Amaya

Primera edición-Junio 2018

Copyright 2018
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje: Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2017
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 4,600 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : **31501051800514**
ISBN : **978-612-322-083-9**
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : **2018-07509**

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Al único Maestro, Señor y Salvador de mi
vida, Jesús Cristo, el Dios viviente.

PRESENTACIÓN

La redacción del presente trabajo, aparece durante un escenario marcado por actos de corrupción a nivel nacional, dicho fenómeno social con indicios reveladores de contenido delictual, recientemente, evidenciado en diversas entidades públicas a nivel distrital, provincial, regional y gobierno central, nos advierten la invocación de las diversas categorías jurídicas vinculadas a los delitos contra la administración pública. En ese sentido, el trabajo expuesto en las líneas venideras, contiene cinco partes, las mismas que aparecen desarrolladas progresivamente, según la temática del Código Penal vigente y sus respectivas modificatorias, instrumento legal, imperante en todo el territorio peruano desde 1991.

La primera parte, referida a los conceptos de "administración pública" y "teoría de la intervención delictiva", en ese sentido, se pretende identificar la plataforma en la cual se expresa la conducta de los agentes delictuales, esto es, particulares y funcionarios o servidores públicos, respecto a los delitos contra la administración pública.

La segunda parte, aparece vinculada a los delitos contra la administración pública cometidos por particulares, en este apartado, se desarrollan los diversos tipos penales cometidos por sujetos que no tienen el estatus cualificado de funcionarios o servidores públicos, empero, a pesar de ello, no están exento de responsabilidad jurídico penal, en la medida que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos de protección penal, por lo tanto, se desarrollaran los delitos de usurpación de función pública, ostentación indebida de título y honores, ejercicio ilegal de profesión, participación en el ejercicio ilegal de profesión, violencia y resistencia a la autoridad–atentado contra el libre ejercicio funcional , violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional, desobediencia o resistencia a la autoridad , entre otras figuras delictuales.

La tercera parte, corresponde al análisis de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, esto es, se trata de un apartado abocado al análisis de la conducta delictual vinculada a los sujetos cualificados, funcionarios o servidores públicos, en ese sentido, se analizan tipos penales de frecuencia manifestación en el ejercicio de la defensa técnica, de la función fiscal y jurisdiccional, entre ellos tenemos, abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, concusión, cobro indebido, patrocinio ilegal, peculado y sus forma derivadas, malversación, retardo injustificado de pago, rehusamiento a entrega de bienes, entre otros tipos penales.

La cuarta parte, referida a los delitos de corrupción de funcionarios, en la cual se esbozan tipos penales de constante operatividad en las labores de la administración de justicia, tipos penales de referencia, tenemos a los delitos de cohecho pasivo propio, so-

borno internacional pasivo cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

La quinta parte, hace referencia a la actividad probatoria en los delitos contra la administración pública, esto es, se analizan las diversas categorías como la acreditación del hecho constitutivo en los delitos contrala administración pública, de las categorías indiciarias, la probanza del tipo subjetivo, etc.; dicho escenario procesal, resulta ser complementario a la parte sustantiva, con lo cual se pretende alcanzar criterios operativos y dogmáticos para los agentes del derecho.

Finalmente, quiero agradecer al Instituto Pacífico y sus colaboradores, especialmente al abogado Francisco R. Heydegger, por la gentileza de hacer posible la publicación del presente trabajo; de la misma forma, no puedo pasar por alto, la comprensión de mi cónyuge, Maribel Salazar Gallardo, quien a pesar de sufrir las limitaciones de mi tiempo por los quehaceres propios de la función, mantiene siempre un trato afable y misericordioso.

Lambayeque, mayo del 2018.

ÍNDICE GENERAL

Presentación 7

PARTE I

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO PENAL E INTERVENCIÓN DELICTUAL

CAPÍTULO I
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

I. Notas introductorias 47
II. Del concepto de administración pública 48
III. Del bien jurídico protegido en los delitos contra administración pública 50
IV. La función pública 53
V. Los conceptos de funcionarios y servidor público 54
1. Concepto de funcionario público 54
1.1. De los instrumentos legales especiales referentes al concepto de funcionario público 54
1.2. Del concepto de funcionario público según el derecho administrativo 57
1.3. Del concepto de funcionario público de hecho 58
2. Concepto de servidor público 60
2.1. De los instrumentos legales especiales referentes al concepto de servidor público .. 60
2.2. De las diferencias entre funcionario y servidor público 61
3. Toma de postura respecto a los conceptos de funcionario y servidor público 62
3.1. Desde una perspectiva social 63
3.2. Desde una perspectiva jurídica 63
3.3. De la posición del funcionario y servidor público en los tipos penales de la parte especial 68
4. Del contenido del artículo 425 del Código Penal 77
4.1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa 77
4.2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular 78
4.3. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares 83
4.4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional 84

4.5. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades 85
4.6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley 85
5. La intervención delictual en los delitos de infracción de deber según Claus ROXIN 86
5.1. Autoría directa en los delitos de infracción de deber 87
5.2. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber 87
5.3. Coautoría en los delitos de infracción de deber 88
5.4. La participación en los delitos de infracción de deber 88
6. La tesis de los delitos de infracción de deber según GÜNTHER JAKOBS 89
6.1. Fundamentos teóricos 90
6.2. La intervención delictual en los delitos de infracción de deber según Günther JAKOBS 90

PARTE II

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR PARTICULARES

Antecedentes 97

CAPÍTULO I
USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA

I. Descripción típica (art. 361 CP) 99
II. Antecedentes 99
III. Tipo objetivo 100
1. Elementos referentes a los sujetos 100
1.1. Sujeto activo 100
1.2. Sujeto pasivo 101
2. Elementos referentes a la conducta 101
2.1. De los conceptos técnicos jurídicos 101
2.2. Modalidades típicas 103
2.3. Modalidad agravada 106
2.4. Clase de delito 107
2.5. Forma de ejecución 108
3. Elementos concomitantes 108
3.1. Bien jurídico 108
3.2. Relación causal e imputación objetiva 108
IV. Tipo subjetivo 109
V. *Iter Criminis* 110
1. Actos preparatorios 110
2. Tentativa 110
3. Consumación 110
4. Agotamiento 111
VI. Niveles de intervención delictual 111
1. Formas de autoría 112
2. Formas de participación 113
VII. Penalidad 114

CAPÍTULO II
OSTENTACIÓN INDEBIDA DE TÍTULO Y HONORES

I. Descripción típica (art. 362 CP) 115
II. Antecedentes 115
III. Tipo objetivo 115
1. Elementos referentes a los sujetos 115
1.1. Sujeto activo 115
1.2. Sujeto pasivo 116
2. Elementos referentes a la conducta 116
2.1. De los conceptos referenciales 116
2.2. Modalidades típicas 117
2.3. Clase de delito 120
2.4. Forma de ejecución 121
3. Elementos concomitantes 121
3.1. Bien jurídico 121
3.2. Relación causal e imputación objetiva 122
IV. Tipo subjetivo 122
V. *Iter Criminis* 122
1. Actos preparatorios 122
2. Tentativa 122
3. Consumación 123
4. Agotamiento 123
VI. Niveles de intervención delictual. 124
1. Formas de autoría 124
2. Formas de participación 124
VII. Penalidad 125

CAPÍTULO III
EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

I. Descripción típica (art. 363 CP) 127
II. Antecedentes 127
III. Tipo objetivo 128
1. Elementos referentes a los sujetos 128
1.1. Sujeto activo 128
1.2. Sujeto pasivo 128
2. Elementos referentes a la conducta 128
2.1. Contenido de la conducta típica 128
2.2. Clase de delito 132
2.3. Forma de ejecución 133
3. Elementos concomitantes 133
3.1. Bien jurídico 133
3.2. Relación causal e imputación objetiva 133
IV. Tipo subjetivo 134
V. Iter Criminis 134
1. Actos Preparatorios 134
2. Tentativa 134
3. Consumación 135
4. Agotamiento 136
VI. Niveles de intervención delictual 136

1. Formas de autoría 136
2. Formas de participación 137
VII. Penalidad 138

CAPÍTULO IV
PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

I. Descripción típica (art. 364 CP) 139
II. Antecedentes 139
III. Tipo objetivo 140
1. Elementos referentes a los sujetos 140
1.1. Sujeto activo 140
1.2. Sujeto pasivo 140
2. Elementos referentes a la conducta 141
2.1. Clase de delito 141
2.2. Forma de ejecución 141
3. Elementos concomitantes 141
3.1. Bien jurídico 142
3.2. Relación causal e imputación objetiva 142
IV. Tipo subjetivo 142
V. *Iter Criminis* 142
1. Actos preparatorios 142
2. Tentativa 142
3. Consumación 143
4. Agotamiento 143
VI. Niveles de intervención delictual 143
1. Formas de autoría 143
2. Formas de participación 144
VII. Penalidad 144

CAPÍTULO V
VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD – ATENTADO CONTRA EL LIBRE EJERCICIO FUNCIONAL

I. Descripción típica (art. 365 CP) 145
II. Antecedentes 145
III. Tipo objetivo 146
1. Elementos referentes a los sujetos 146
1.1. Sujeto activo 146
1.2. Sujeto pasivo 146
2. Elementos referentes a la conducta 147
2.1. Sin alzamiento público 147
2.2. Conducta violenta 147
2.3. Conducta amenazante 148
2.4. Medios comisivos 149
2.5. Clase de delito 150
2.6. Forma de ejecución 151
3. Elementos concomitantes 151
3.1. Bien jurídico 151
3.2. Relación causal e imputación objetiva 151
IV. Tipo subjetivo 151

V. *Iter Criminis* 152
1. Actos preparatorios 152
2. Tentativa 152
3. Consumación 152
4. Agotamiento 152
VI. Niveles de intervención delictual 153
1. Formas de autoría 153
2. Formas de participación 153
VII. Penalidad 154

CAPÍTULO VI
VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO FUNCIONAL

I. Descripción típica (art. 366 CP) 155
II. Antecedentes 155
III. Tipo objetivo 155
1. Elementos referentes a los sujetos 156
1.1. Sujeto activo 156
1.2. Sujeto pasivo 156
2. Elementos referentes a la conducta 156
2.1. Intimidación 157
2.2. Violencia 157
2.3. Medios comisivos 158
2.4. Clase de delito 159
2.5. Forma de ejecución 159
3. Elementos concomitantes 159
3.1. Bien jurídico 160
3.2. Relación causal e imputación objetiva 160
IV. Tipo subjetivo 160
V. *Iter Criminis* 160
1. Actos preparatorios 160
2. Tentativa 160
3. Consumación 160
4. Agotamiento 161
VI. Niveles de intervención delictual 161
1. Formas de autoría 161
2. Formas de participación 161
VII. Penalidad 161

CAPÍTULO VII
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS RESPECTO AL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

I. Descripción típica (art. 367 CP) 163
II. Circunstancias agravantes 163
1. El hecho se realiza por dos o más personas 168
2. El autor es funcionario o servidor público 170
3. El hecho se comete a mano armada 170
4. El autor causa una lesión grave que haya podido prever 176

5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones 177
6. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas 178
7. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas 178
8. Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado 179
III. Penalidad 180

CAPÍTULO VIII
DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. Descripción típica (art. 368 CP) 181
II. Antecedentes 181
III. Tipo objetivo 181
1. Elementos referentes a los sujetos 182
1.1. Sujeto activo 182
1.2. Sujeto pasivo 182
2. Elementos referentes a la conducta 182
2.1. Funcionario público en ejercicio funcional 183
2.2. Orden legal impartida 183
2.3. Desobedecer 186
2.4. Resistir 186
2.5. Desobediencia o resistencia a la autoridad en casos de propia detención 186
2.6. Desobediencia a la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas 188
2.7. Clase de delito 189
2.8. Forma de ejecución 189
3. Elementos concomitantes 190
3.1. Bien jurídico 190
3.2. Relación causal e imputación objetiva 190
IV. Tipo subjetivo 190
V. *Iter Criminis* 190
1. Actos preparatorios 191
2. Tentativa 191
3. Consumación 191
4. Agotamiento 191
VI. Niveles de intervención delictual 192
1. Formas de autoría 192
2. Formas de participación 192
VII. Penalidad 192

CAPÍTULO IX
INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIONES, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

I. Descripción típica (art. 368-A CP) 193
II. Antecedentes 193
III. Tipo objetivo 194
1. Elementos referentes a los sujetos 194
1.1. Sujeto activo 194
1.2. Sujeto pasivo 194
2. Elementos referentes a la conducta 195
2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión 195
2.2. Ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet 195
2.3. Intentar ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet 196
2.4. Permitir el ingreso de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet 196
2.5. Clase de delito 196
2.6. Forma de ejecución 197
3. Elementos concomitantes 197
3.1. Bien jurídico 197
3.2. Relación causal e imputación objetiva 197
IV. Tipo subjetivo 198
V. *Iter Criminis* 198
1. Actos preparatorios 198
2. Tentativa 198
3. Consumación 199
4. Agotamiento 199
VI. Niveles de intervención delictual 200
1. Formas de autoría 200
2. Formas de participación 201
VII. Penalidad 201

CAPÍTULO X
INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

I. Descripción típica (art. 368-B CP) 203
II. Antecedentes 203
III. Tipo objetivo 204
1. Elementos referentes a los sujetos 204
1.1. Sujeto activo 204
1.2. Sujeto pasivo 204
2. Elementos referentes a la conducta 204

2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión 205
2.2. Ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno 205
2.3. Intentar ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno 206
2.4. Permitir el ingreso de materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno 206
2.5. Clase de delito 206
2.6. Forma de ejecución 206
3. Elementos concomitantes 207
3.1. Bien jurídico 207
3.2. Relación causal e imputación objetiva 207
IV. Tipo subjetivo 208
V. *Iter Criminis* 208
1. Actos preparatorios 208
2. Tentativa 208
3. Consumación 209
4. Agotamiento 209
VI. Niveles de intervención delictual 210
1. Formas de autoría 210
2. Formas de participación 211
VII. Penalidad 211

CAPÍTULO XI
SABOTAJE DE EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

I. Descripción típica (art. 368-C CP) 213
II. Antecedentes 213
III. Tipo objetivo 213
1. Elementos referentes a los sujetos 214
1.1. Sujeto activo 214
1.2. Sujeto pasivo 214
2. Elementos referentes a la conducta 214
2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión 214
2.2. Vulnerar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios 215
2.3. Impedir el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios 215
2.4. Dificultar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios 215
2.5. Inhabilitar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios 215
2.6. Cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios 216
2.7. Clase de delito 216
2.8. Forma de ejecución 216
3. Elementos concomitantes 217

3.1. Bien jurídico 217
3.2. Relación causal e imputación objetiva 217
IV. Tipo subjetivo 217
V. *Iter Criminis* 217
1. Actos preparatorios 217
2. Tentativa 218
3. Consumación 218
4. Agotamiento 218
VI. Niveles de intervención delictual 218
1. Formas de autoría 219
2. Formas de participación 219
VII. Penalidad 220

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

I. Descripción típica (art. 368-D CP) 221
II. Antecedentes 221
III. Tipo objetivo 222
1. Elementos referentes a los sujetos 222
1.1. Sujeto activo 222
1.2. Sujeto pasivo 222
2. Elementos referentes a la conducta 222
2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión 222
2.2. Persona privada de su libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos 223
2.3. El agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado 225
2.4. El intento de cometer un ilícito penal usando un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios 226
2.5. Comisión de un ilícito penal usando un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios 226
2.6. Clase de delito 226
2.7. Forma de ejecución 226
3. Elementos concomitantes 227
3.1. Bien jurídico 227
3.2. Relación causal e imputación objetiva 227
IV. Tipo subjetivo 227
V. *Iter Criminis* 227
1. Actos preparatorios 227
2. Tentativa 228
3. Consumación 228
4. Agotamiento 228
VI. Niveles de intervención delictual 229
1. Formas de autoría 229
2. Formas de participación 229
VII. Penalidad 230

CAPÍTULO XIII
INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

I. Descripción típica (art. 368-E CP) 231
II. Antecedentes 231
III. Tipo objetivo 232
1. Elementos referentes a los sujetos 232
1.1. Sujeto activo 232
1.2. Sujeto pasivo 232
2. Elementos referentes a la conducta 232
2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión 233
2.2. Ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno. 233
2.3. Intentar ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno 235
2.4. Permitir el ingreso de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno 235
2.5. Clase de delito 235
2.6. Forma de ejecución 235
3. Elementos concomitantes 236
3.1. Bien jurídico 236
3.2. Relación causal e imputación objetiva 236
IV. Tipo subjetivo 237
V. *Iter Criminis* 237
1. Actos preparatorios 237
2. Tentativa 237
3. Consumación 238
4. Agotamiento 238
VI. Niveles de intervención delictual 239
1. Formas de autoría 239
2. Formas de participación 240
VII. Penalidad 240

CAPÍTULO XIV
VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS

1. Descripción típica (art. 369 CP) 241
II. Antecedentes 241
III. Tipo objetivo 242
1. Elementos referentes a los sujetos 242
1.1. Sujeto activo 242
1.2. Sujeto pasivo 242
2. Elementos referentes a la conducta 242
2.1. Violencia 242
2.2. Amenaza 243
2.3. El impedir 244
2.4. Proceso electoral general 244
2.5. Proceso parlamentario 245
2.6. Proceso regional 245
2.7. Proceso municipal 246
2.8. Clase de delito 246

2.9. Forma de ejecución 246
3. Elementos concomitantes 246
3.1. Bien jurídico 247
3.2. Relación causal e imputación objetiva 247
IV. Tipo subjetivo 247
V. *Iter Criminis* 247
1. Actos preparatorios 247
2. Tentativa 247
3. Consumación 248
4. Agotamiento 248
VI. Niveles de intervención delictual 248
1. Formas de autoría 248
2. Formas de participación 249
VII. Penalidad 249

CAPÍTULO XV
ATENTADO CONTRA LA CONSERVACIÓN E IDENTIDAD DEL OBJETO

1. Descripción típica (art. 370 CP) 251
II. Antecedentes 251
III. Tipo objetivo 251
1. Elementos referentes a los sujetos 251
1.1. Sujeto activo 251
1.2. Sujeto pasivo 252
2. Elementos referentes a la conducta 252
2.1. Destruir envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto 252
2.2. Arrancar envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto 252
2.3. De las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto 253
2.4. Clase de delito 253
2.5. Forma de ejecución 253
3. Elementos concomitantes 254
3.1. Bien jurídico 254
3.2. Relación causal e imputación objetiva 254
IV. Tipo subjetivo 254
V. *Iter Criminis* 255
1. Actos preparatorios 255
2. Tentativa 255
3. Consumación 255
4. Agotamiento 255
VI. Niveles de intervención delictual 255
1. Formas de autoría 255
2. Formas de participación 256
VII. Penalidad 256

CAPÍTULO XVI
NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

I. Descripción típica (art. 371 CP) 257
II. Antecedentes 257
III. Tipo objetivo 257
1. Elementos referentes a los sujetos 257
1.1. Sujeto activo 258
1.2. Sujeto pasivo 258
2. Elementos referentes a la conducta 258
2.1. El testigo legalmente requerido 258
2.2. El perito legalmente requerido 259
2.3. El traductor o intérprete legalmente requerido 260
2.4. La abstención del sujeto cualificado de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo 261
2.5. Clase de delito 261
2.6. Forma de ejecución 261
3. Elementos concomitantes 261
3.1. Bien jurídico 261
3.2. Relación causal e imputación objetiva 262
IV. Tipo subjetivo 262
V. *Iter Criminis* 262
1. Actos preparatorios 262
2. Tentativa 262
3. Consumación 262
4. Agotamiento 262
VI. Niveles de intervención delictual. 263
1. Formas de autoría 263
2. Formas de participación 263
VII. Penalidad 263

CAPÍTULO XVII
ATENTADOS CONTRA MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO

I. Descripción típica (art. 372 CP) 265
II. Antecedentes 265
III. Tipo objetivo 265
1. Elementos referentes a los sujetos 265
1.1. Sujeto activo 266
1.2. Sujeto pasivo 266
2. Elementos referentes a la conducta 266
2.1. La existencia del proceso 266
2.2. De los registros o documentos destinados a servir de prueba 267
2.3. Del sujeto habilitado para la protección de los registros o documentos destinados a servir de prueba 268
2.4. El "sustraer" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiado a un funcionario o de otra persona 268

2.5. El "ocultar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona 268
2.6. El "cambiar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona 269
2.7. El "destruir" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona 269
2.8. El "inutilizar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona 270
2.9. Clase de delito 270
2.10. Forma de ejecución 270
3. Elementos concomitantes 271
3.1. Bien jurídico 271
3.2. Relación causal e imputación objetiva 271
IV. Tipo subjetivo 271
V. *Iter Criminis* 271
1. Actos preparatorios 271
2. Tentativa 272
3. Consumación 272
4. Agotamiento 272
VI. Niveles de intervención delictual 272
1. Formas de autoría 272
2. Formas de participación 273
VII. Penalidad 273

CAPÍTULO XVIII
SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR AUTORIDAD

I. Descripción típica (art. 373 CP) 275
II. Antecedentes 275
III. Tipo objetivo 275
1. Elementos referentes a los sujetos 275
1.1. Sujeto activo 275
1.2. Sujeto pasivo 276
2. Elementos referentes a la conducta 276
2.1. El sustraer los objetos requisados 276
2.2. De los objetos requisados 276
2.3. Ejercicio funcional de autoridad 276
2.4. Clase de delito 277
2.5. Forma de ejecución 277
3. Elementos concomitantes 277
3.1. Bien jurídico 277
3.2. Relación causal e imputación objetiva 277
IV. Tipo subjetivo 278
V. *Iter Criminis* 278
1. Actos preparatorios 278
2. Tentativa 278

3. Consumación 278
4. Agotamiento 278
VI. Niveles de intervención delictual 278
1. Formas de autoría 278
2. Formas de participación 279
VII. Penalidad 279

CAPÍTULO XIX
PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN RECINTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

I. Descripción típica (art. 375 CP) 281
II. Antecedentes 281
III. Tipo objetivo 281
1. Elementos referentes a los sujetos 282
1.1. Sujeto activo 282
1.2. Sujeto pasivo 282
2. Elementos referentes a la conducta 282
2.1. El causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones 282
2.2. De la sala de sesiones del Congreso o Cámaras legislativas 282
2.3. De las asambleas regionales 283
2.4. De los consejos municipales 283
2.5. De los tribunales de justicia 283
2.6. Cualquier lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones 283
2.7. Del entrar armado por parte del sujeto activo 284
2.8. Clase de delito 284
2.9. Forma de ejecución 284
3. Elementos concomitantes 284
3.1. Bien jurídico 285
3.2. Relación causal e imputación objetiva 285
IV. Tipo subjetivo 285
V. *Iter Criminis* 285
1. Actos preparatorios 285
2. Tentativa 285
3. Consumación 286
4. Agotamiento 286
VI. Niveles de intervención delictual 286
1. Formas de autoría 286
2. Formas de participación 287
VII. Penalidad 287

PARTE III

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Antecedentes 291

CAPÍTULO I
ABUSO DE AUTORIDAD

I. Descripción típica (art. 376 CP) 295
II. Antecedentes 295
III. Tipo objetivo 295
1. Elementos referentes a los sujetos 295
1.1. Sujeto activo 296
1.2. Sujeto pasivo 296
2. Elementos referentes a la conducta 296
2.1. Supuestos típicos 296
2.2. Clase de delito 298
2.3. Forma de ejecución 299
2.4. De la modalidad agravada 299
3. Elementos concomitantes 299
3.1. Bien jurídico 300
3.2. Relación causal e imputación objetiva 300
IV. Tipo subjetivo 301
V *Iter Criminis* 301
1. Actos preparatorios 301
2. Tentativa 302
3. Consumación 302
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 302
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 302
4. Agotamiento 303
VI. Niveles de intervención delictual 303
1. Formas de autoría 303
2. Formas de participación 304
VII. Penalidad 305

CAPÍTULO II
ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

I. Descripción típica (art. 376 -A CP) 307
II. Antecedentes 307
III. Tipo objetivo 308
1. Elementos referentes a los sujetos 308
1.1. Sujeto activo 308
1.2. Sujeto pasivo 308
2. Elementos referentes a la conducta 309
2.1. Supuestos típicos 309
2.1. Clase de delito 310
2.2. Forma de ejecución 310
3. Elementos concomitantes 310
3.1. Bien jurídico 310
3.2. Relación causal e imputación objetiva 310
IV. Tipo subjetivo 311
V. *Iter Criminis* 311
1. Actos preparatorios 311
2. Tentativa 311
3. Consumación 312

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 312
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 312
4. Agotamiento 312
VI. Niveles de intervención delictual 313
1. Formas de autoría 313
2. Formas de participación 313
VII. Penalidad 314

CAPÍTULO III
OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

I. Descripción típica (art. 376-B CP) 315
II. Antecedentes 315
III. Tipo objetivo 316
1. Elementos referentes a los sujetos 316
1.1. Sujeto activo 316
1.2. Sujeto pasivo 316
2. Elementos referentes a la conducta 317
2.1. Supuestos típicos 317
2.2. Clase de delito 320
2.3. Forma de ejecución 320
3. Elementos concomitantes 320
3.1. Bien jurídico 320
3.2. Relación causal e imputación objetiva 321
IV Tipo subjetivo 321
V. *Iter Criminis* 321
1. Actos preparatorios 321
2. Tentativa 321
3. Consumación 321
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 322
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 322
4. Agotamiento 322
VI. Niveles de intervención delictual 322
1. Formas de autoría 322
2. Formas de participación 323
VII. Penalidad 323

CAPÍTULO IV
OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

I. Descripción típica (art. 377 CP) 325
II. Antecedentes 325
III. Tipo objetivo 325
1. Elementos referentes a los sujetos 325
1.1. Sujeto activo 325
1.2. Sujeto pasivo 326
2. Elementos referentes a la conducta 327
2.1. De las modalidades típicas 327
2.2. Clase de delito 329
2.3. Forma de ejecución 329

3. Elementos concomitantes 329
3.1. Bien jurídico 330
3.2. Relación causal e imputación objetiva 330
IV. Tipo subjetivo 330
V. *Iter Criminis* 330
1. Actos preparatorios 330
2. Tentativa 331
3. Consumación 331
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 331
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 331
4. Agotamiento 332
VI. Niveles de intervención delictual 332
1. Formas de autoría 332
2. Formas de participación 333
VII. Penalidad 333

CAPÍTULO V
DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL

I. Descripción típica (art. 378 CP) 335
II. Antecedentes 335
III. Tipo objetivo 335
1. Elementos referentes a los sujetos 335
1.1. Sujeto activo 335
1.2. Sujeto pasivo 336
2. Elementos referentes a la conducta 336
2.1. De los elementos típicos 336
2.2. De las modalidades típicas 340
2.3. Clase de delito 342
2.4. Forma de ejecución 342
3. Elementos concomitantes 342
3.1. Bien jurídico 342
3.2. Relación causal e imputación objetiva 342
IV. Tipo subjetivo 343
V. *Iter Criminis* 343
1. Actos preparatorios 343
2. Tentativa 343
3. Consumación 343
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 343
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 344
4. Agotamiento 344
VI. Niveles de intervención delictual 345
1. Formas de autoría 345
2. Formas de participación 345
VII. Penalidad 345

CAPÍTULO VI
REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

I. Descripción típica (art. 379 CP) 347
II. Antecedentes 347

III. Tipo objetivo 347
1. Elementos referentes a los sujetos 347
1.1. Sujeto activo 347
1.2. Sujeto pasivo 348
2. Elementos referentes a la conducta 348
2.1. De los elementos típicos 348
2.2. Clase de delito 349
2.3. Forma de ejecución 349
3. Elementos concomitantes 350
3.1. Bien jurídico 350
3.2. Relación causal e imputación objetiva 350
IV. Tipo subjetivo 350
V. *Iter Criminis* 350
1. Actos preparatorios 350
2. Tentativa 351
3. Consumación 351
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 351
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 351
4. Agotamiento 351
VI. Niveles de intervención delictual 352
1. Formas de autoría 352
2. Formas de participación 352
VII. Penalidad 353

CAPÍTULO VII
ABANDONO DE CARGO

I. Descripción típica (art. 380 CP) 355
II. Antecedentes 355
III. Tipo objetivo 355
1. Elementos referentes a los sujetos 355
1.1. Sujeto activo 355
1.2. Sujeto pasivo 356
2. Elementos referentes a la conducta 356
2.1. De los elementos típicos 356
2.2. Clase de delito 358
2.3. Forma de ejecución 359
IV. Elementos concomitantes 359
1. Bien jurídico 359
2. Relación causal e imputación objetiva 360
V. Tipo subjetivo 361
VI. *Iter Criminis* 361
1. Actos preparatorios 361
2. Tentativa 361
3. Consumación 362
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 362
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 362
4. Agotamiento 363
VII. Niveles de intervención delictual 363
1. Formas de autoría 363
2. Formas de participación 363

VIII. Penalidad 364

CAPÍTULO VIII
NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO

I. Descripción típica (art. 381 CP) 365
II. Antecedentes 365
III. Tipo objetivo 365
1. Elementos referentes a los sujetos 365
1.1. Sujeto activo 366
1.2. Sujeto pasivo 367
2. Elementos referentes a la conducta 367
2.1. De los elementos típicos 367
2.2. Clase de delito 368
2.3. Forma de ejecución 368
3. Elementos concomitantes 369
3.1. Bien jurídico 369
3.2. Relación causal e imputación objetiva 369
IV. Tipo subjetivo 370
V. *Iter Criminis* 371
1. Actos preparatorios 371
2. Tentativa 371
3. Consumación 371
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 371
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 372
3. Agotamiento 372
VI. Niveles de intervención delictual 372
1. Formas de autoría 372
VII. Formas de participación 373
VIII. Penalidad 373

CAPÍTULO IX
CONCUSIÓN

I. Descripción típica (art. 382 CP) 375
II. Antecedentes 375
III. Tipo objetivo 376
1. Elementos referentes a los sujetos 376
1.1. Sujeto activo 376
1.2. Sujeto pasivo 377
2. Elementos referentes a la conducta 379
2.1. De los elementos típicos 379
2.2. Clase de delito 382
2.3. Forma de ejecución 382
3. Elementos concomitantes 383
3.1. Bien jurídico 383
3.2. Relación causal e imputación objetiva 384
IV. Tipo subjetivo 384
V. *Iter Criminis* 384
1. Actos preparatorios 384
2. Tentativa 385

3. Consumación 385
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 385
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 386
4. Agotamiento 386
VI. Niveles de intervención delictual 386
1. Formas de autoría 386
2. Formas de participación 387
VII. Penalidad 388

CAPÍTULO X
COBRO INDEBIDO

I. Descripción típica (art. 383 CP) 389
II. Antecedentes 389
III. Tipo objetivo 390
1. Elementos referentes a los sujetos 390
1.1. Sujeto activo 390
1.2. Sujeto pasivo 390
2. Elementos referentes a la conducta 391
2.1. De los elementos típicos 391
2.2. Clase de delito 393
2.3. Forma de ejecución 394
3. Elementos concomitantes 395
3.1. Bien jurídico 395
3.2. Relación causal e imputación objetiva 395
IV. Tipo subjetivo 396
V. *Iter Criminis* 397
1. Actos preparatorios 397
2. Tentativa 398
3. Consumación 398
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 398
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 399
4. Agotamiento 399
VI. Niveles de intervención delictual 399
1. Formas de autoría 399
2. Formas de participación 400
VII. Penalidad 401

CAPÍTULO XI
COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

I. Descripción típica (art. 384 CP) 403
II. Antecedentes 403
III. Tipo objetivo 403
1. Elementos referentes a los sujetos 404
1.1. Sujeto activo 404
2.2. Sujeto pasivo 405
2. Elementos referentes a la conducta 406
2.1. De los elementos típicos 406
2.2. Clase de delito 438
2.3. Forma de ejecución 439

3. Elementos concomitantes 442
3.1. Bien jurídico 442
3.2. Relación causal e imputación objetiva 444
IV. Tipo subjetivo 445
V. *Iter Criminis* 445
1. Actos preparatorios 446
2. Tentativa 446
3. Consumación 448
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 448
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 448
4. Agotamiento 449
VI. Niveles de intervención delictual 449
1. Formas de autoría 449
2. Formas de participación 450
VI. Penalidad 452
VIII. Criterios jurisprudenciales 453

CAPÍTULO XII
PATROCINIO ILEGAL

I. Descripción típica (art. 385 CP) 455
II. Antecedentes 455
III. Tipo objetivo 455
1. Elementos referentes a los sujetos 456
1.1. Sujeto activo 456
1.2. Sujeto pasivo 456
2. Elementos referentes a la conducta 457
2.1. De los elementos típicos 457
2.2. Clase de delito 459
2.3. Forma de ejecución 460
3. Elementos concomitantes 460
3.1. Bien jurídico 460
3.2. Relación causal e imputación objetiva 461
IV Tipo subjetivo 461
V. *Iter Criminis* 461
1. Actos preparatorios 461
2. Tentativa 461
3. Consumación 462
4. Agotamiento 462
VI. Niveles de intervención delictual 462
1. Formas de autoría 462
6.2. Formas de participación 463
VII. Penalidad 463

CAPÍTULO XIII
RESPONSABILIDAD DE PERITOS, ÁRBITROS
Y CONTADORES PARTICULARES

I. Descripción típica (art. 386 CP) 465
II. Antecedentes 465
III. Tipo objetivo 465
1. Elementos referentes a los sujetos 465

1.1. Sujeto activo 466
1.2. Sujeto pasivo 467
2. Elementos referentes a la conducta 467
2.1. Del delito de colusión desleal 468
2.2. Del delito de patrocinio ilegal 468
IV. Tipo subjetivo 468
V. Consumación 468
VI. Penalidad 469

CAPITULO XIV
PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

I. Descripción típica (art. 387 CP) 471
II. Antecedentes 471
III. Tipo objetivo 472
1. Elementos referentes a los sujetos 473
1.1. Sujeto activo 473
1.2. Sujeto pasivo 474
2. Elementos referentes a la conducta 475
2.1. De los elementos materiales típicos del delito de peculado doloso 475
2.2. De los elementos típicos del delito de peculado culposo 485
2.3. Del perjuicio patrimonial 487
2.4. De los viáticos en el delito de peculado 495
2.5. De la forma agravada 500
2.6. Clase de delito 501
2.7. Forma de ejecución 501
3. Elementos concomitantes 501
3.1. Bien jurídico 502
3.2. Relación causal e imputación objetiva 502
IV. Tipo subjetivo 503
V. *Iter Criminis* 504
1. Actos preparatorios 504
2. Tentativa 504
3. Consumación 505
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 505
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 506
4. Agotamiento 506
VI. Niveles de intervención delictual 506
1. Formas de autoría 507
2. Formas de participación 508
VII. Penalidad 510

CAPITULO XV
PECULADO DE USO

I. Descripción típica (art. 388 CP) 511
II. Antecedentes 511
III. Tipo objetivo 512
1. Elementos referentes a los sujetos 512
1.1. Sujeto activo 512
1.2. Sujeto pasivo 513

2. Elementos referentes a la conducta 513
2.1. De los elementos típicos 514
2.2. Clase de delito 521
2.3. Forma de ejecución 521
3. Elementos concomitantes 521
3.1. Bien jurídico 521
3.2. Relación causal e imputación objetiva 522
IV. Tipo subjetivo 523
V. *Iter Criminis* 523
1. Actos preparatorios 524
2. Tentativa 524
3. Consumación 524
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 524
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 524
4. Agotamiento 525
5. Niveles de intervención delictual 525
6. Formas de autoría 525
7. Formas de participación 526
8. Penalidad 526

CAPÍTULO XVI
MALVERSACIÓN

I. Descripción típica (art. 389 CP) 527
II. Antecedentes 527
III. Tipo objetivo 528
1. Elementos referentes a los sujetos 528
1.1. Sujeto activo 528
1.2. Sujeto pasivo 529
2. Elementos referentes a la conducta 530
2.1. De las modalidades típicas 530
2.2. Clase de delito 536
2.3. Forma de ejecución 537
3. Elementos concomitantes 537
3.1. Bien jurídico 537
3.2. Relación causal e Imputación objetiva. 538
IV. Tipo subjetivo 539
V. *Iter Criminis* 539
1. Actos preparatorios 539
2. Tentativa 540
3. Consumación 540
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 540
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 540
4. Agotamiento 541
VI. Niveles de intervención delictual 541
1. Formas de autoría 541
2. Formas de participación 542
VII. Penalidad 542

CAPÍTULO XVII
RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO

I. Descripción típica (art. 390 CP) 543
II. Antecedentes 543
III. Tipo objetivo 543
1. Elementos referentes a los sujetos 544
1.1. Sujeto activo 544
1.2. Sujeto pasivo 544
2. Elementos referentes a la conducta 545
2.1. De los elementos típicos 545
2.2. Clase de delito 546
2.3. Forma de ejecución 546
3. Elementos concomitantes 547
3.1. Bien jurídico 547
3.2. Relación causal e imputación objetiva 547
IV. Tipo subjetivo 548
V. *Iter Criminis* 548
1. Actos preparatorios 548
2. Tentativa 548
3. Consumación 548
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 548
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 549
4. Agotamiento 549
VI. Niveles de intervención delictual 549
1. Formas de autoría 549
2. Formas de participación 550
VII. Penalidad 550

CAPÍTULO XVIII
REHUSAMIENTO A ENTREGA DE BIENES

I. Descripción típica (art. 391 CP) 551
II. Antecedentes 551
III. Tipo objetivo 551
1. Elementos referentes a los sujetos 551
1.1. Sujeto activo 551
1.2. Sujeto pasivo 552
2. Elementos referentes a la conducta 552
2.1. De los elementos típicos 552
2.2. Clase de delito 554
2.3. Forma de ejecución 554
3. Elementos concomitantes 555
3.1. Bien jurídico 555
3.2. Relación causal e Imputación objetiva 555
IV. Tipo subjetivo 555
V. *Iter Criminis* 556
1. Actos preparatorios 556
2. Tentativa 556
3. Consumación 556
4. Agotamiento 557

VI. Niveles de intervención delictual 557
1. Formas de autoría 557
2. Formas de participación 558
VII. Penalidad 558

CAPÍTULO XIX
EXTENSIÓN DEL TIPO

I. Descripción típica (art. 392 CP) 559
II. Antecedentes 559
III. Tipo objetivo 559
IV. De los sujetos intervinientes 560
1. Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares 562
2. Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares... 562
3. 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 564
V. De las formas agravadas 564
VI. Penalidad 565

PARTE IV

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Antecedentes 569

CAPÍTULO I
COHECHO PASIVO PROPIO

I. Descripción típica (art. 393 CP) 573
II. Antecedentes 573
III. Tipo objetivo 574
1. Elementos referentes a los sujetos 574
1.1. Sujeto activo 574
1.2. Sujeto pasivo 575
2. Elementos referentes a la conducta 575
2.1. De los medios corruptores 575
2.2. De los supuestos típicos 577
2.3. Clase de delito 586
2.4. Forma de ejecución 587
3. Elementos concomitantes 588
3.1. Bien jurídico 588
3.2. Relación causal e Imputación objetiva. 589
IV. Tipo subjetivo 589
V. *Iter Criminis* 590
1. Actos preparatorios 590
2. Tentativa 590
3. Consumación 591
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 591
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 591
4. Agotamiento 592

VI. Niveles de intervención delictual 592
1. Formas de autoría 593
2. Formas de participación 594
VII. Penalidad 595

CAPÍTULO II
SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

I. Descripción típica (art. 393-A CP) 597
II. Antecedentes 597
III. Tipo objetivo 597
1. Elementos referentes a los sujetos 597
1.1. Sujeto activo 598
1.2. Sujeto pasivo 598
2. Elementos referentes a la conducta 598
2.1. De los medios corruptores 598
2.2. De los supuestos típicos 601
2.3. Clase de delito 606
2.4. Forma de ejecución 606
3. Elementos concomitantes 607
3.1. Bien jurídico 607
3.2. Relación causal e Imputación objetiva 607
IV. Tipo subjetivo 608
V. *Iter Criminis* 608
1. Actos preparatorios 608
2. Tentativa 608
3. Consumación 608
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 608
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 609
4. Agotamiento 609
VI. Niveles de intervención delictual 610
1. Formas de autoría 610
2. Formas de participación 611
VII. Penalidad 611

CAPÍTULO III
COHECHO PASIVO IMPROPIO

I. Descripción típica (art. 394 CP) 613
II. Antecedentes 613
II. Tipo objetivo 613
1. Elementos referentes a los sujetos 613
1.1. Sujeto activo 614
1.2. Sujeto pasivo 614
2. Elementos referentes a la conducta 615
2.1. De los medios corruptores 615
2.2. De los supuestos típicos 616
2.3. Clase de delito 622
2.4. Forma de ejecución 622
3. Elementos concomitantes 623
3.1. Bien jurídico 623

3.2. Relación causal e imputación objetiva 623
IV. Tipo subjetivo 624
V. *Iter Criminis* 624
1. Actos preparatorios 624
2. Tentativa 624
3. Consumación 624
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 624
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 625
4. Agotamiento 626
VI. Niveles de intervención delictual 626
1. Formas de autoría 626
2. Formas de participación 627
VII. Penalidad 627

CAPÍTULO IV
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

I. Descripción típica (art. 395 CP) 629
II. Antecedentes 629
III. Tipo objetivo 629
1. Elementos referentes a los sujetos 630
1.1. Sujeto activo 630
1.2. Sujeto pasivo 632
2. Elementos referentes a la conducta 632
2.1. De los medios corruptores 632
2.2. De los supuestos típicos 634
2.3. Clase de delito 638
2.4. Forma de ejecución 638
3. Elementos concomitantes 638
3.1. Bien jurídico 638
3.2. Relación causal e imputación objetiva 639
IV. Tipo subjetivo 639
V. *Iter Criminis* 639
1. Actos preparatorios 639
2. Tentativa 639
3. Consumación 640
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 640
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 640
4. Agotamiento 641
VI. Niveles de intervención delictual 641
1. Formas de autoría 641
2. Formas de participación 642
VII. Penalidad 642

CAPÍTULO V
COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. Descripción típica (art. 395-A CP) 643
II. Antecedentes 643
III. Tipo objetivo 644

1. Elementos referentes a los sujetos 644
1.1. Sujeto activo 644
1.2. Sujeto pasivo 645
2. Elementos referentes a la conducta 646
2.1. De los medios corruptores 646
2.2. De los supuestos típicos 648
2.3. Clase de delito 657
2.4. Forma de ejecución 658
3. Elementos concomitantes 658
3.1. Bien jurídico 658
3.2. Relación causal e imputación objetiva 659
IV. Tipo subjetivo 659
V. *Iter Criminis* 659
1. Actos preparatorios 659
2. Tentativa 660
3. Consumación 660
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 660
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 661
4. Agotamiento 662
VI. Niveles de intervención delictual. 662
1. Formas de autoría 662
2. Formas de participación 663
VII. Penalidad 664

CAPÍTULO VI
COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. Descripción típica (art. 395-B CP) 665
II. Antecedentes 665
III. Tipo objetivo 666
1. Elementos referentes a los sujetos 666
1.1. Sujeto activo 666
1.2. Sujeto pasivo 666
2. Elementos referentes a la conducta 667
2.1. De los medios corruptores 667
2.2. De los supuestos típicos 668
2.3. Clase de delito 676
2.4. Forma de ejecución 676
3. Elementos concomitantes 677
3.1. Bien jurídico 677
3.2. Relación causal e imputación objetiva 677
IV. Tipo subjetivo 678
V. *Iter Criminis* 678
1. Actos preparatorios 678
2. Tentativa 678
3. Consumación 678
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 678
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 679
4. Agotamiento 679
VI. Niveles de intervención delictual 680

1. Formas de autoría 680
2. Formas de participación 681
VII. Penalidad 681

CAPÍTULO VII
CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

I. Descripción típica (art. 396 CP) 683
II. Antecedentes 683
III. Tipo objetivo 683
1. Elementos referentes a los sujetos 684
1.1. Sujeto activo 684
1.2. Sujeto pasivo 687
2. Elementos referentes a la conducta 687
IV. Tipo subjetivo 687
V. *Iter Criminis* 687
1. Actos preparatorios 688
2. Tentativa 688
3. Consumación 688
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 688
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 688
4. Agotamiento 689
VI. Niveles de intervención delictual 689
1. Formas de autoría 689
2. Formas de participación 690
VII. Penalidad 691

CAPÍTULO VIII
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

I. Descripción típica (art. 397 CP) 693
II. Antecedentes 693
III. Tipo objetivo 693
1. Elementos referentes a los sujetos 694
1.1. Sujeto activo 694
1.2. Sujeto pasivo 694
2. Elementos referentes a la conducta 694
2.1. De los medios corruptores 695
2.2. De los supuestos típicos 696
2.3. Clase de delito 703
2.4. Forma de ejecución 704
3. Elementos concomitantes 704
3.1. Bien jurídico 705
3.2. Relación causal e Imputación objetiva 705
IV. Tipo subjetivo 706
V. *Iter Criminis* 706
1. Actos preparatorios 706
2. Tentativa 706
3. Consumación 706
4. Agotamiento 708

VI. Niveles de intervención delictual 708
1. Formas de autoría 708
2. Formas de participación 709
VII. Penalidad 709

CAPÍTULO IX
COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

I. Descripción típica (art. 397-A CP) 711
II. Antecedentes 711
III. Tipo objetivo 711
1. Elementos referentes a los sujetos 711
1.1. Sujeto activo 712
1.2. Sujeto pasivo 712
2. Elementos referentes a la conducta 712
2.1. De los medios corruptores 712
2.2. De los verbos rectores 715
2.3. De los supuestos típicos 715
2.4. Clase de delito 720
2.5. Forma de ejecución 720
3. Elementos concomitantes 721
3.1. Bien jurídico 721
3.2. Relación causal e Imputación objetiva. 721
IV. Tipo subjetivo 722
V. *Iter Criminis* 722
1. Actos preparatorios 722
2. Tentativa 722
3. Consumación 722
4. Agotamiento 723
VI. Niveles de intervención delictual 723
1. Formas de autoría 724
2. Formas de participación 724
VII. Penalidad 725

CAPÍTULO X
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

I. Descripción típica (art. 398 CP) 727
II. Antecedentes 727
III. Tipo objetivo 727
1. Elementos referentes a los sujetos 728
1.1. Sujeto activo 728
1.2. Sujeto pasivo 728
2. Elementos referentes a la conducta 728
2.1. De los medios corruptores 729
2.2. De los verbos rectores 730
2.3. De las modalidades típicas 731
2.4. Clase de delito 738
2.5. Forma de ejecución 738
3. Elementos concomitantes 738
3.1. Bien jurídico 738
3.2. Relación causal e imputación objetiva 739

IV. Tipo subjetivo 739
V. *Iter Criminis* 739
1. Actos preparatorios 739
2. Tentativa 739
3. Consumación 740
4. Agotamiento 740
VI. Niveles de intervención delictual 740
1. Formas de autoría 740
2. Formas de participación 741
VII. Penalidad 741

CAPÍTULO XI
COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. Descripción típica (art. 398-A CP) 743
II. Antecedentes 743
III. Tipo objetivo 744
1. Elementos referentes a los sujetos 744
1.1. Sujeto activo 744
1.2. Sujeto pasivo 744
2. Elementos referentes a la conducta 744
2.1. De los medios corruptores 744
2.2. De los verbos rectores 746
2.3. De las modalidades típicas 747
2.4. Clase de delito 751
2.5. Forma de ejecución 751
3. Elementos concomitantes 752
3.1. Bien jurídico 752
3.2. Relación causal e imputación objetiva 752
IV. Tipo subjetivo 752
V. *Iter Criminis* 752
1. Actos preparatorios 753
2. Tentativa 753
3. Consumación 753
4. Agotamiento 753
VI. Niveles de intervención delictual 754
1. Formas de autoría 754
2. Formas de participación 754
VII. Penalidad 755

CAPÍTULO XII
INHABILITACIÓN

I. Descripción típica (art. 398-B CP) 757
II. Antecedentes 757
III. Tipo objetivo 757
1. Elementos referentes a los sujetos 757
1.1. Sujeto activo 758
1.2. Sujeto pasivo 758
2. Elementos referentes a la conducta 758
2.1. De la delimitación del escenario de tránsito o seguridad vial 758

3. Niveles de intervención delictual 765
IV. Del tipo subjetivo 765
V. De la pena de inhabilitación 766
1. De los lineamientos fijados por el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116 767
1.1. Del concepto de la pena de inhabilitación según el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116 767
1.2. De la duración y computo de la pena de inhabilitación como pena principal y conjunta según el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116 767
1.3. De la ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio según el Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116 768

CAPÍTULO XIII
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

I. Descripción típica (art. 399 CP) 771
II. Antecedentes 771
III. Tipo objetivo 771
1. Elementos referentes a los sujetos 771
1.1. Sujeto activo 772
1.2. Sujeto pasivo 772
2. Elementos referentes a la conducta 772
2.1. De los indicadores vinculados a la configuración delictual 772
2.2. De los supuestos típicos 774
2.3. Clase de delito 776
2.4. Forma de ejecución 776
2.5. De los tipos penales según la pluralidad de intervinientes 776
2.6. De la naturaleza del delito de negociación incompatible desde su clasificación plurisubjetiva 777
3. Elementos concomitantes 780
3.1. Bien jurídico 780
3.2. Relación causal e imputación objetiva 785
IV. Tipo subjetivo 788
V. *Iter Criminis* 788
1. Actos preparatorios 788
2. Tentativa 788
3. Consumación 788
3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio 788
3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber 789
3.3. De la línea divisoria entre los defectos administrativos y el riesgo jurídicamente relevante 789
4. Agotamiento 792
VI. Niveles de intervención delictual 793
1. Formas de autoría 793
2. Formas de participación 793
VII. Penalidad 794

CAPÍTULO XIV
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I. Descripción típica (art. 400 CP) 795

II. Antecedentes 795
III. Tipo objetivo 796
1. Elementos referentes a los sujetos 796
1.1. Sujeto activo 796
1.2. Sujeto pasivo 797
2. Elementos referentes a la conducta 797
2.1. De los medios corruptores 797
2.2. De los elementos descriptivos 799
2.3. De los verbos rectores 800
2.4. De los supuestos típicos 801
2.5. Clase de delito 805
2.6. Forma de ejecución 809
3. Elementos concomitantes 810
3.1. Bien jurídico 810
3.2. Relación causal e imputación objetiva 810
IV. Tipo subjetivo 811
V. *Iter Criminal* 811
1. Actos preparatorios 811
2. Tentativa 811
3. Consumación 811
4. Agotamiento 812
VI. Niveles de intervención delictual 812
1. Formas de autoría 812
2. Formas de participación 813
2.1. La problemática del interesado en el delito de tráfico de influencias según el Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CJ-116 813
VII. Penalidad 820

CAPÍTULO XV
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Descripción típica (art. 401 CP) 821
II. Antecedentes 821
III. Tipo objetivo 822
1. Elementos referentes a los sujetos 822
1.1. Sujeto activo 822
1.2. Sujeto pasivo 822
2.1. De los elementos típicos 822
2.2. Clase de delito 825
2.3. Forma de ejecución 825
3. Elementos concomitantes 826
3.1. Bien jurídico 826
3.2. Relación causal e imputación objetiva 826
IV. Tipo subjetivo 827
V. *Iter criminal* 827
1. Actos preparatorios 827
2. Tentativa 828
3. Consumación 828
4. Agotamiento 829
VI. Niveles de intervención delictual 829
1. Formas de autoría 829

2. Formas de participación 830
VII. Penalidad 831

CAPÍTULO XVI
DECOMISO DE DONATIVO

I. Descripción típica (art. 401-A CP) 833
II. Del decomiso 833
III. Base legal 833
IV. De los bienes objeto de decomiso 834
V. De la finalidad del decomiso 835

CAPÍTULO XVII
ADJUDICACIÓN DE BIENES DECOMISADOS

I. Descripción típica (art. 401-B CP) 837
1. Del decomiso 837
II. De los bienes objeto de decomiso 838
III. De la incautación 839
IV. Base legal 841
V. Del destino de los bienes decomisados e incautados 841
VI. De la finalidad del decomiso 841

CAPÍTULO XVIII
MULTA APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. Descripción típica (art. 401-C CP) 843
II. Del tracto legislativo 843
1. De las sanciones aplicables a las personas jurídicas 844
1.1. De las Medidas que aseguran el pago de la reparación civil a favor del Estado por la comisión de delitos contra la administración pública lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes 844
1.2. De la suspensión de transferencias al exterior 844
1.3. De la retención de importes a ser pagados por las entidades del Estado 845
1.4. De la constitución de fideicomiso en garantía que coadyuve al pago de la reparación civil 847
1.5. De los beneficios de las personas jurídicas sometidas al proceso de colaboración eficaz 848

PARTE V

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I
ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. De la acreditación del hecho constitutivo en los Delitos contra la Administración pública 855
II. De la acreditación del hecho constitutivo a nivel del tipo objetivo y subjetivo en los Delitos contra la Administración pública 856
1. De la acreditación de los elementos referentes a los sujetos 856

2. De la acreditación de los elementos referentes a la conducta 857
3. De las categorías indiciaria 857
3.1. De los indicios del delito en potencia 857
3.2. De la construcción de la prueba indiciaria en los delitos contra la administración pública 861
4. De los pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la prueba indiciaria 867
4.1. Del R. N. N.° 1912-2005 Piura 867
4.2. De la Cas. N.° 628-2015 Lima 868
5. De la demostración del hecho constitutivo 868
6. De la normativización del tipo penal 869
7. De la probanza del tipo subjetivo en los delitos de contra la administración pública 871
7.1. La estructura del dolo 872
7.2. De la ubicación del dolo en la teoría del delito 873
7.3. De las clases del dolo 873
8. Tesis de lege ferenda 874
8.1. De la armonía entre el dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria 875
8.2. Toma de postura 877

Bibliografía 881

PARTE I

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO PENAL E INTERVENCIÓN DELICTUAL

CAPÍTULO I
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Una de las manifestaciones del sistema social, resulta ser la existencia de "estructuras"[1], las cuales operan independientemente pero a la misma vez integradas funcionalmente, todo ello, con la finalidad de otorgarle operatividad al sistema. En ese contexto, entendemos por "estructura" a toda institución debidamente diseñada por criterios de competencia y organización, en las cuales los sujetos intervinientes, en este caso "personas" portadoras de deberes y derechos, administran correctamente su ámbito de desarrollo, es decir, conforme explica López Barja De Quiroga: "Dentro de las expectativas normativas, cada persona puede organizar el mundo en la forma que tenga por conveniente, pero será responsable de esa organización, de igual manera, las expectativas sociales conforman el mundo en el que vive la persona y esta es responsable en función al rol que le corresponde"[2]

Siendo así, consideramos, para efecto del derecho penal, que la "administración pública" no es otra cosa más que una plataforma estructural diseñada por el Estado a efecto de operativizar el desarrollo de una sociedad en concreto, dicha operatividad estaría a cargo de personas a las cuales el Estado le confió determinados deberes y derechos con tal fin, estas personas resultan tener el estatus de funcionarios y servidores públicos. Lo expuesto, resulta ser de suma importancia, por cuanto, el sistema de imputación jurídico penal en un sistema social, versa en la defraudación de cierta expectativa normativa por

1 En la línea argumentativa que se viene esbozando en el presente trabajo, partiendo de un análisis funcional de la sociedad y del derecho, es necesario considerar determinadas categorías, entre ellas tenemos las estructuras, siendo así, Bern Müssig, concibe al derecho penal como tal, indicando lo siguiente: "El significado social del derecho penal parte de la función del derecho como estructura 'necesaria, aunque abstracta' de la sociedad, mediante la pena, en cuanto reacción formalizada al comportamiento desviado, se demuestra que se sigue manteniendo la norma como expresión de la concreta configuración de la sociedad, más exactamente: la pena descalifica la conducta como esquema de interpretación relevante de la praxis social". *Véase.* Müssig, Bernd,"Aspectos teóricos-jurídicos y teóricos-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en AA. VV., *Teoría de los sistemas y derecho penal*, Lima: Ara, 2007. Luhmann, Niklas, "El derecho como sistema social", en AA. VV., *Teoría de los sistemas y derecho penal*, Lima: Ara, 2007, p. 257 y ss.

2 López Barja De Quiroga, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, p. 141 y ss.

defecto de organización o de competencia, es decir, conforme indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en la siguiente cita:

> De aquí se deduce, por tanto, que el sistema funcionalista sistémico conforma dos fundamentos de responsabilidad de la persona: una responsabilidad por organización y una responsabilidad por competencia o institucional. La responsabilidad por organización se presenta cuando se defraudan las expectativas mediante los delitos de dominio, mientras que la responsabilidad institucional mediante los delitos de infracción de deber[3].

En ese sentido, en líneas siguientes, se expondrán los conceptos de administración pública, funcionario y servidor público así como las diversas herramientas legales que contienen los deberes funcionariales, criterios necesarios para sustentar, de ser el caso, responsabilidad jurídico penal.

II. DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Existen diversos conceptos respecto a la temática "administración pública", es decir, Etimológicamente "administración" implica la gestión que ha de efectuar la autoridad sobre la cosa pública, el mando u gobierno que los gobernantes ejercen sobre los súbditos que se localizan en el territorio de su jurisdicción, amparado en el poder que emana de la Ley; toma lugar a través de las actuaciones que se ejecutan y desarrollan aquellos ciudadanos que la misma ley les enviste de dicho poder funcionarial, en mérito a los recursos que deben destinar a los comunitarios, como legítimos y naturales accesitarios de los servicios públicos que los primeros tienden a regentar. [...]. Si hablamos ya de "Administración pública", hemos de ceñirnos a las prestaciones de los servicios públicos por aquellas personas denominados funcionarios y/o servidores públicos, a quienes la Ley y la Constitución se les encomiendan dichas tareas; que pueden ser entendidas desde un doble plano a saber: primero, desde una dimensión externa, esto es las prestaciones que deben brindar a la población, en cuanto a los servidores públicos elementales (construcción de hospitales, plazas, parques, carreteras, pistas) así como el acceso directo a servicios de salud, educación, empleo, deporte, cultura, etc.; y, segundo, desde una dimensión interna, refiere a todas las gestiones que han de plasmarse en el ámbito interno de la administración en cuanto a los objetivos de rendimiento, eficacia, optimización de sus labores, en el desarrollo socio-económico de la nación[4].

Por nuestra cuenta, consideramos que el concepto de administración pública, demanda ciertos factores, es decir, en primer lugar, conforme se indicó en el capítulo anterior, partiendo de la idea de una sociedad debidamente organizada en "expectativas sociales", las cuales surgen producto del accionar gregario del "ser humano", sin embargo, dichas expectativas no pueden subsistir de manera anárquica, por lo tanto, se tiene que considerar el factor político, esto es, el escenario de "gobierno" que necesita toda sociedad, conforme fue advertido de manera clara y contundente por HOBBES y ROUSSEAU,

3 *Loc. cit.*
4 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte especial,* 2.ª ed., t. v, Lima: Idemsa, 2014, p. 35.

en sus obras *El Leviatan*[5] y *Contrato social*[6], respectivamente. En ese sentido, actualmente las sociedades resultan ser sistemas políticamente organizados, en nuestro caso, bajo el criterio de división de poderes, esto es: legislativo, judicial y ejecutivo, estos poderes se encuentran acompañados de diversos organismos autónomos, los cuales coadyuvan a la administración estatal, estos organismos, en nuestro país se encuentran organizados en entidades, siendo, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General, Banco Central de Reserva, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, etc.

En segundo lugar, consideramos que la funcionalidad u operatividad de una sociedad se manifiesta baja las reglas de un constante proceso de *comunicación*, es decir, el desarrollo y éxito de un sistema social dependerá en gran manera de la claridad de cómo se trasmite los componentes encargados de operatividad, siendo así, a nuestro modo de ver las cosas, existen dos componentes responsables de concretizar la funcionalidad u operatividad de una sociedad, el primero, denominado "estructura" y el segundo "agentes operativos". Respecto a la "estructura", conforme mencionamos líneas arriba, se trata de toda institución debidamente diseñada por criterios de "competencia" y "organización" los cuales son entendidos como reglas o patrones estandarizados, es decir *"roles"* (específicos y generales) los mismos que son comunicados a sus emisores, en este caso, "*personas*" (entendidas normativamente).

Respecto a los "agentes operativos", si bien resultan ser "personas" portadores de deberes y derechos, empero en los Delitos contra la administración pública, resultarían ser personas que asumen un "status" cualificado en el proceso de comunicación, estos son portadores de "normas de resguardo"[7], por lo tanto, sus hechos no son ordinarios sino competenciales o funcionariales, esto es, según John SEARLE, "hechos institucionales", los cuales están determinados por la función y no por el derecho[8], en palabras del mencionado autor se tiene que:

---

5 En dicha obra, conforme indica García Toma, se analiza el libre albedrío que tendría el ser humano, quien de manera voluntaria plantea la aparición del cuerpo político como respuesta a la necesidad de someter y refrenar los instintos arbitrarios de los hombres, lo cual consagra una amenaza contra la integración y supervivencia de la sociedad. Véase. HOBBES, Tomas, *Leviatán*, citado por GARCÍA TOMA, *Teoría del estado y derecho constitucional,* ob. cit., p 48.

6 ROUSSEAU, conforme explica GARCÍA TOMA, plantea la aparición del cuerpo político como expresión de voluntad libre de los hombres de ceder parte de su soberanía personal, a efectos de concretar democráticamente las expectativas comunes de bienestar, autodeterminación en sociedad, seguridad y justicia. Véase ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social,* citado por GARCÍA TOMA, *Teoría del estado y derecho constitucional,* ob. cit., p 48

7 Entiéndase por "normas de resguardo" aquellas que tiene "contenido material respecto a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos las cuales conectan los objetos de tutela con expectativas generalizadas de mantenimiento de las condiciones de la vida en sociedad", en el caso de los Delitos contra la administración pública resultan ser todos los intereses de una sociedad vinculados al servicio público, conocido como administración pública. Véase. SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo,"Un elemento estructural común en los delitos contra la administración de justicia: la norma de resguardo", en ROSALES ARTICA, David; Eduardo ABOSO GUSTAVO; Isidoro BLANCO CORDERO; James REÁTEGUI SÁNCHEZ; José Luis CASTILLO ALVA; Marco BARRETO GUZMA; Nelson SALAZAR SÁNCHEZ; Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, Raúl PARIONA ARANA y Víctor GÓMEZ MARTIN, *Delitos contra la administración de justicia*, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (coord.), Lima: Idemsa, 2010, p. 20 y ss.

8 Respecto a este tema, discrepamos con el profesor NAKAZAKI SERVIGÓN, quien indica lo siguiente: "[...]

> [L]a función está siempre internamente relacionada con el status en el sentido de que no podría ser tal status si no tuviera esa función. El criterio es siempre éste: la asignación del rótulo, ¿trae consigo la asignación de algunas funciones nuevas —por ejemplo, en forma de derechos y responsabilidades— que puedan ser cumplidas sólo si se da una aceptación colectiva de la función. Según este criterio, "esposo", "dirigente" y "profesor" nombran funciones de status; pero "beodo", "lerdo", "intelectual" y "celebridad", no[9].

Siendo así, los "agentes operativos", en el caso de la administración pública, resultarían ser los "funcionarios" y "servidores públicos", quienes asumen un "status" especial impuesto por el sistema social, por lo tanto, en sentido positivo, coadyuvan a la funcionalidad de una sociedad políticamente organizada y en su defecto, en sentido negativo, defraudan expectativas sociales desde su condición de ciudadanos cualificados.

En tercer lugar, podemos concluir, que la administración pública deberá ser entendida, para fines del derecho penal, bajo un concepto amplio, por lo tanto, administración pública resulta ser una estructura creada por un sistema social, políticamente organizado, la misma que se encuentra diseñada por criterios de "competencia" y "organización", esto es, reglas o patrones estandarizados, denominados "roles", los cuales son "especiales" y "generales". En ese sentido, los "roles especiales", están destinados a personas de "status", ciudadanos cualificados, conocidos como funcionarios y servidores públicos, los cuales tienen una postura bidimensional en el sistema social, es decir, por un lado están imbuidos de "poder" y "autoridad" para lograr la operatividad y funcionalidad del servicio público y por otro lado están marcados por "deberes" institucionalizados" o "normas de resguardo" las mismas que contienen las "expectativas sociales" prefijadas por la sociedad. Por otro lado, se encuentran los "roles generales", destinados a "personas" sin "status", es decir ciudadanos no cualificados, quienes también tienen una postura bidimensional, por un lado son portadores de derechos respecto a recibir servicios públicos óptimos y oportunos, por otro lado, están conminados a "deberes genéricos", esto es, respetar, también, las expectativas sociales desde su condición de ciudadano no cualificado.

III. DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho penal es un instrumento de control social al servicio del Estado, con la finalidad de proteger "expectativas normativas", las mismas que contienen los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales pueden ser individuales (vida, integridad, libertad, propiedad, etc.) y colectivos (tranquilidad pública, medio ambiente, sistema económico, trafico documental, administración de justicia y pública, etc.) todo ello, a efecto de garantizar la convivencia social y el bien común.

Los hechos institucionales son los que crea el Derecho; no existen en la realidad como los hechos objetivos o subjetivos, sino en el orden jurídico; por ejemplo, jurisdicción, orden constitucional, renta tributaria, etc. Véase. NAKAZAKI SERVIGÓN, César, "Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal", en NAKAZAKI SERVIGÓN, Cesar; Jorge HUGO ALVAREZ, Alonso PEÑA CABRERA FREYRE; Betty HUARCAYA RAMOS; Roberto CÁCERES JULCA; Silfredo HUGO VISCARDO; Ramiro SALINAS SICCHA; Elky VILLEGAS PAIVA; Jorge PÉREZ LÓPEZ y Leonardo CALDERÓN VALVERDE, *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 22.

9 SEARLE, John R., *La construcción de la realidad social*, Barcelona: Paídos, 1997, p. 101.

En ese orden, podemos advertir con facilidad, un alejamiento a la teoría "monista" del bien jurídico, la cual sustenta su argumentación en el individuo y no así en la funcionalidad del sistema social, dicha postura no significa desconocer los derechos fundamentales o intereses del ser humano, empero, estos deberán ser asumidos como parte del entorno social para fines del derecho penal. En ese mismo sentido, JAKOBS indica lo siguiente:

> La teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítimo per se la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos [...][10], es decir, [...] Una persona únicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren por lo general en sus intereses su propio sustento, porque si no, se rebelaría éste y el orden normativo perdería 'no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí' su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representarían ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho, esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado[11].

Siendo así, compartimos el criterio jurisprudencial asumido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al indicar que:

> En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues de lo contrario se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El Ius puniendi, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la Administración Pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tiene para resolver sus conflictos[12].

Por lo tanto, en los delitos contra la administración pública, consideramos la existencia de dos dimensiones vinculadas al objeto de protección penal. La primera dimensión, respecto a un escenario genérico, esto es, la presencia de una "expectativa social" vinculada a una sociedad políticamente organizada, a través de sus órganos de gobierno, comprometidos a garantizar el normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales avocadas a brindar un servicio público para con las personas registradas en sociedad, por lo tanto, la defraudación a dicha expectativa social, en la medida que trascienda el escenario administrativo[13], evidenciaría un hecho social con contenido penal.

---

10 JAKOBS, Günther, "¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal", en POLAINO NAVARRETE, Miguel; Miguel POLAINO ORTS; José CARO JHON; Percy GARCÍA CAVERO y Juan GEMIGNANI, *Legitimación del derecho penal*, Lima: Ara, 2012, p. 23.

11 JAKOBS, "¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal", art. cit., p. 29.

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero del 2003, en GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del 2000*, ob. cit., pp. 58 y 59.

13 Es necesario precisar, que la sola prestación de un servicio defectuoso en la dinámica de la administración pública, (por ejemplo el trato descortés por parte del funcionario o servidor público, la entrega de copias ilegibles, errores gramaticales en la redacción, inexactitud de información, etc.) en ningún modo puede justificar la reacción del derecho penal, por cuanto, se deberá respetar el principio constitucional de "ultima ratio" del derecho penal, el cual deberá ser considerado como último recurso al cual se deberá recurrir por cuanto las demás vías del sistema jurídico fallaron, es decir, en la medida que subsista en primer orden una vía administrativa u otra paralela al derecho penal, la cual albergue la solución del conflicto o en

La segunda dimensión, respecto al criterio singular o específico, implicaría la existencia de una "expectativa social" vinculada a los "deberes especiales"[14] atribuidos a "sujetos cualificados"[15] cuyo accionar estará determinador por "instituciones positivas"[16], por lo tanto, la defraudación de dichas expectativas sociales, manifiestas en la infracción de un "rol especial"[17], evidenciaría un hecho social con contenido penal.

---

su defecto lo sancione como tal, entonces se deberá recurrir a esta, prescindiéndose de la reacción del derecho penal, por lo tanto, se deberá considerar las marcadas diferencias entre "ilícitos administrativos" e "ilícitos penales", esto es, conforme señala BAJO FERNÁNDEZ respecto a las diferencias aludidas, "No hay más distinciones que las meramente formales ya que el ilícito administrativo es el castigado con la sanción administrativa, y el ilícito penal es el castigado con la pena. Traslada la controversia a sus efectos jurídicos, la sanción administrativa aparece como la impuesta por los órganos de la administración pública, mientras que la sanción penal es impuesta por los Tribunales de Justicia". Véase. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial,* p. 92, en FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 79. Esta situación implicaría, que en la medida que los interés de los administrados no tenga protección penal, según el selectivo criterio del legislador de otórgale contenido penal mediante una figura delictiva, entonces se deberá prescindir del Derecho penal y aplicar las sanciones administrativas correspondientes, de ser, el caso.

14 Los deberes especiales, en contraposición de los deberes genéricos de no dañar, son aquellos que se dotan de contenido a los delitos de infracción de deber, los cuales están contenidos en una institución positiva, es decir, conforme señala Silvina BACIGALUPO, "Se trata de delitos en los que una persona es competente, es decir, responsable, de que el bien jurídico no sea lesionado, sino que está obligado a actuar a favor del bien cuando sea necesario para su conservación. En esto se diferencian de los delitos de dominio que responden al deber meramente negativo de que el propio ámbito de organización no lesione al bien jurídico". Véase. BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber, una investigación aplicable al derecho penal de los negocios,* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 81.

15 Se tratan de sujetos sobre los cuales recae una institución positiva, es decir, tienen un "estatus especial" que le impone un deber de conservación, protección y actuación frente al bien jurídico o interés social encomendado.

16 Una institución positiva, en términos de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Especialmente siguiendo a SCHOPENHAUER pueden ser distinguidos dos grandes grupos de estos deberes positivos: los familiares y los estatales. "Quien tiene un hijo —dice SCHOPENHAUER— se encuentra obligado a sustentarlo hasta que él sea capaz de sustentarse por sí mismo… En efecto, mediante la simple no prestación de ayuda, es decir, una omisión, se le lesionaría o incluso se le causaría la muerte. También habla SCHOPENHAUER de los "deberes positivos del Estado" para su propio "sometimiento". Por lo tanto, en términos del citado autor, una institución positiva es aquella "...] cuya nota principal es su positividad: ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de un actuar positivo, de un "sustentar", "prestar ayuda" o de un fomento de la situación del bien jurídico en general, aun cuando no exista una organización previa de la que se deba responder". Véase. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación deliectiva.* ROBLES PLANAS, Ricardo; Enrique PEÑARANDA RAMOS; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES; María RUEDA MARTIN y Eduardo JAVIER RIGGI, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 292.

17 Resulta ser la competencia institucional a la cual se encuentran obligados los sujetos cualificados, por cuanto sobre ellos versa un deber especial, en términos de JAKOBS, "[...] Sin embargo, junto a esta relación negativa, respecto de determinadas personas —aquellas que desempeñan roles especiales— existe además una relación positiva: algunos deben ayudar también cuando el riesgo que amenaza no ha sido causado por ellos, es decir, que tienen el deber de aportar su cuidado solidario a otras personas; cabe mencionar a los padres en relación con sus hijos, a la policía en relación con los ciudadanos, el servicio público de salud, el juez en su actividad de dirimir contenciosos; y cabria mencionar otros más. Cuando tales portadores de un rol especial infringen su deber —los padres permiten el deterioro espiritual de sus hijos, la policía no evita la comisión de delitos, el médico abandona a su paciente en su dolencia, el juez se deja sobornar—, posiblemente resulten lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta la gracia del asunto. Por el contrario, lo que sucede es que el autor no detiene un curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza: una institución que debería realizar una prestación de apoyo solidario se ha negado a ello, o, dicho de otro modo, se trata de que un bien que estaba por constituir no es constituido – es decir, no se crea la salud de un hijo, la salud, la imposición del ordenamiento jurídico-; en breves palabras: se trata de

IV. LA FUNCIÓN PÚBLICA

El sistema de administración pública se encuentra ligado al concepto de función pública, por lo tanto, conforme indica CASTILLO ALVA:

> La función pública representativa y la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa —a la que se designa específicamente como "cargo"— ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresistas o la de Presidente de la República hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración, estatal, regional, o municipal, y desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible. La condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vinculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado[18].

Por nuestra parte, consideramos que los conceptos de "administración pública" y "función pública", se encuentran ligados bajo una relación de causa y efecto, por cuanto, el primero de los mencionados, conforme se indicó líneas arriba, resultaría ser una estructura de un sistema social políticamente organizado, la misma que aparece determinada en criterios de "competencia" y "organización" vinculados a patrones sociales estandarizados en "roles", los cuales pueden ser "especiales" y "generales", siendo estos comunicados a determinadas personas a efecto organicen su capacidad de determinación.

En el caso de la "administración pública", dichos roles son especiales, dirigidos a personas cualificadas que ostentan el estatus de funcionarios y servidores públicos; en ese sentido, la función pública aparecería como el desarrollo u operatividad de las diversas funciones de las entidades públicas avocadas a prestar un servicio a la sociedad. Por lo expuesto, "función pública", resultaría ser el conjunto de actividades desplegadas por los funcionarios y servidores públicos designados en diversas entidades estatales, cuyo accionar se encuentra determinado por herramientas de gestión de trabajo, las cuales tienen un

---

una denegación de un apoyo solidario. El término "lesión de un bien jurídico" sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe cómo cabe aprehender mejor el asunto: como infracción de un rol, como infracción de un deber, y con ello se percibe qué es lo que se protege el Derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma. Esto es así porque la sociedad no consiste sólo en sujetos que acumulan bienes, sino que conoce instituciones positivas, que obligan a prestar apoyo y en una sociedad desarrollada, estas instituciones positivas configuran la estructura de la sociedad del mismo modo que lo hace la prohibición de lesionar bienes ajenos. En todo caso, "protección de lesionar bienes jurídicos" no puede ser el supraconcepto de lo que el Derecho penal persigue: este concepto, por lo tanto, es al menos insuficiente en el plano teórico, sin afirmar con esta crítica que el concepto del bien jurídico no pueda plasmar en determinados ámbitos —pero eso sí, sólo sectorialmente— la estructura de la sociedad". Véase. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1er Edición. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 61- 63.

18 CASTILLO ALVA, José, *El derecho de acceso a la función pública. El principio de presunción de inocencia y la motivación de las decisiones estatales*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 37 y 38.

carácter normativo, impartiendo en los agentes públicos (funcionario y servidor público) una posición de "servicio" a los intereses general de una nación[19].

Por otro lado, las herramientas de gestión de trabajo citadas, contienen los deberes instituciones que permiten la funcionalidad de la administración pública y subsecuentemente —parte— de la operatividad del sistema social, estas herramientas normativas puede ser internas y externas. Las herramientas de gestión de trabajo internas, son aquellas que definen la funcionalidad del plan de trabajo de cada entidad pública, estas herramientas son aprobadas internamente por cada entidad, conteniendo esquemas propios del servicio público brindado, por lo tanto, delimitan el accionar de los funcionarios y servidores públicos vinculados a la misma, entre ellas, tenemos el Manual de Organización de Funciones (MOF), Reglamento de Organización de Funciones (ROF), directivas internas, manuales, instructivos, acuerdos, adendas, etc.

Respecto a las herramientas de gestión externas, se tratarían, también de dispositivos normativos responsables de definir el accionar de los funcionarios y servidores públicos, sin embargo su aprobación proviene de agentes externos a cada entidad, empero, su cumplimiento es de aplicación obligatoria para todo el sector público, así tenemos la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Contratación Pública y su Reglamento, normas de control, etc.

V. LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIOS Y SERVIDOR PÚBLICO

Los delitos contra la administración pública, respecto a los sujetos cualificados, están determinados por los conceptos de funcionario y servidor público, por cuanto, la técnica legislativa respecto a los tipos penales adscritos a dicha temática, empieza considerando en primer orden el sujeto sobre el cual recaen las normas de mandato. En ese sentido, deviene en suma importancia desarrollar un concepto de dichas categorías.

1. Concepto de funcionario público

Es una temática variopinta, por cuanto, presenta una diversidad conceptual, tanto para el derecho administrativo y derecho penal, en ese sentido, existen diversas posturas y definiciones, resaltando las ideas que se trataría de una persona natural, mayor de edad, vinculada al Estado, con la finalidad de operativizar el sistema de administración pública. Ante ello, existe un tracto legislativo mediante el cual se muestra la conceptualización respectiva, a continuación se procede a detallar:

1.1. De los instrumentos legales especiales referentes al concepto de funcionario público

Existen diversos instrumentos legales, los cuales aparecen dispersos en leyes especiales, surgiendo la necesidad de poder contar con un sistema de codificación, el cual

19 Respecto al planteamiento indicado, resulta ser afín a la idea de servicio en el sector público, conforme indica la teoría Estatutaria, es decir, los funcionarios y servidores públicos, deberán tener como prioridad servir al Estado, por encima de sus intereses personales. Véase ROJAS ARBELAEZ, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo,* Bogotá: Temis, 1985, p. 85.

unifique los criterios conceptuales vinculados al sistema de administración pública y sus respectivos sujetos, siendo una vía idónea, conforme viene indicando BARTRA CAVERO[20], respecto al proyecto del Código de Procedimientos Administrativos, sin embargo, nuestro sistema administrativo viene optando desde hace buen tiempo, por instrumentos técnicos especializados, conforme señala SAGÁSTEGUI URTEAGA[21] al referirse al D. S. N.° 183, de fecha 25 de enero de 1957, continuándose hasta la fecha con dicha técnica, por lo tanto, a continuación presentamos los siguientes dispositivos legales de mayor importancia:

1.1.1. Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público[22]

El art. 4 del mencionado reglamento indica lo siguiente: "Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley".

1.1.2. Ley Marco del Empleo Público[23]

El art. 4.1 de la citada ley, señala lo siguiente:

> **Funcionario público.**- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción.

1.1.3. Directiva n.° 08-2006-CG/SGE-PC[24]

El considerando "v" de la citada directiva, indica que "Entiéndase por Funcionario, a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con la entidad y ejerza funciones de dirección o gerencia en ésta".

1.1.4. Directiva n.° 09-2006-CG/SGE-PC[25]

En el rubro "V", respecto a definiciones básicas, se advierte lo siguiente:

> Para efecto de la presente directiva se considera: Autoridad Ejecutiva Superior, a todo aquel que su nombramiento provenga de elección popular directa y universal o de designación por confianza política originaria; y, Funcionario, a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se

20 Cfr. BARTRA CAVERO, José, *Ley de procedimiento administrativo general*, Lima: Huallaga, 2007, p. 12.
21 SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro, *El proceso contencioso administrativo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 397.
22 La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante D. Leg. N.° 276, de fecha 6 de marzo de 1984, fue reglamentada mediante D. S. N.° 005-90-PCM, publicado el 18 de enero de 1990.
23 Ley N.° 28175, de fecha 1 de enero del 2005.
24 Aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 372-2006-CG, de fecha 6 de diciembre del 2006.
25 Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 9 de diciembre del 2006.

encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con la entidad y ejerza funciones de dirección o gerencia en ésta.

1.1.5. Código de ética de la función pública[26]

El art. 4.1 de la Ley N.° 27815, indica que "Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo *funcionario* o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado." (Cursivas agregadas)

1.1.6. Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil[27]

El art. 13.1, precisa lo siguiente: "Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas".

1.1.7. Reglamento General de la Ley del Servicio Civil[28]

El art. 1.i del Título Preliminar del citado instrumento legal, señala:

Servidor Civil: La expresión servidor civil se refiere a los servidores del régimen de la Ley organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias. Comprende, también, a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del D. Leg. N.° 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia el presente Reglamento.

1.1.8. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[29]

En el literal "a" y "b" del art. 2 de la citada convención, se indica:

(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

26 Aprobado por Ley N.° 27815, de fecha 12 de agosto del 2002. Asimismo, dicho artículo fue modificado por Ley N.° 28496, de fecha 14 de abril del 2005.
27 D. S. N.° 007-2010-PCM, de fecha 13 de enero del 2010.
28 Ley N.° 30057, publicada el 13 de junio del 2014.
29 Aprobada por Resolución Legislativa N.° 28357, ratificada por D. S. N.° 075-2004-RE.

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 [...].

1.2. Del concepto de funcionario público según el derecho administrativo

El derecho administrativo, marcado por la rigurosidad del principio de taxatividad, presenta un concepto de funcionario público ortodoxo, es decir, para el derecho administrativo, funcionario público deberá ser una persona natural mayor de edad, portadora de un título (por elección popular, por nombramiento o mandato legal) el cual deberá estar habilitado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, todo ello con la finalidad de ejercer un cargo en representación del Estado, con la finalidad de viabilizar la función pública.

1.2.1. De los requisitos de funcionario público según el derecho administrativo

Tenemos diversos criterios delimitadores respecto a los requisitos, siendo uno de los más resaltantes, que los criterios de igualdad y preeminencia de prestaciones personales, no resultan ser las mismas con respecto al sector privado[30].

El autor ROJAS VARGAS[31], nos presenta determinados indicadores que nos ayudan a esclarecer la temática, los cuales serán anotados en los siguientes términos:

1.2.1.1. El título, válido por su origen y formalidad

El cual serían:

- **Por elección popular directa,** (presidente de la República, 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.).
- **Por nombramiento,** (ministros, viceministros, funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera).
- **Por disposición legal**, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley organiza u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacaciones inopinadas.

1.2.1.2. El proceso de formalización del título

Abarca desde la 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.

---

30 Cfr. PENAGOS, Gustavo, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Bogotá: Librería del Profesional, 1989, p. 413.

31 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., pp. 91 y 92.

1.2.1.3. La asunción efectiva del cargo

La misma 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*.

1.2.1.4. Otros requisitos no determinantes

Los cuales, se aúnan 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.

1.3. Del concepto de funcionario público de hecho

Uno de los puntos controvertidos, respecto a la temática, resulta ser la figura del concepto de funcionario público de facto o de hecho, figura admitida en el derecho administrativo y también en la praxis jurisprudencial penal[32]. En ese contexto, en términos de NAKASAKI SERVIGÓN "se trata de un funcionario que ejerce una función pública pese a carecer de un elemento esencial, el título de habilitación ordinario"[33].

1.3.1. De las teorías vinculadas al concepto de funcionario público de hecho

Existen diversas teorías que pretenden explicar el concepto de funcionario de hecho, conforme lo viene indicando OLAIZOLA NOGALES[34], siendo:

1.3.1.1. Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o doctrina de facto

Aparece vinculada a la doctrina de facto, es decir, se trataría de la apariencia de legitimidad frente al público del título de habilitación del funcionario de hecho. Se le considera funcionario público para proteger a las personas que se relacionan con él de buena fe, creyendo la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal. Respecto a la citada teoría, conforme indica NAKAZAKI SERVIGÓN, es duramente criticada porque no diferencia el usurpador de funciones y el funcionario de hecho[35].

1.3.1.2. Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal

Define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo, es decir, el título de habilitación es el nombra-

32 Entre los más representativos, tenemos, el *Expediente N.° 010-2001-SPE/CSJL* (respecto al caso MONTESINOS TORRES por el presunto delito de peculado doloso en agravio del Estado) y el *Expediente N.° 2758-2004-HC/TC* (Con relación al Caso Luis BEDOYA DE VIVANCO).

33 NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *El derecho penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 361.

34 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, p. 156 y ss., citado por NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *El derecho penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, ob. cit., pp. 362 y 363.

35 *Loc cit.*

miento nulo que se elabora a partir de un fundamento procesal, por lo tanto, la nulidad del acto jurídico administrativo requiere de la declaración de una autoridad a través de resolución administrativa o judicial, por lo que mientras esta no se produzca se considera al particular como funcionario público[36].

1.3.1.3. Teoría de la protección a los terceros

Demanda tres condiciones para que exista un funcionario de hecho.

- El cargo público deber tener existencia de *iure* o reconocida por la ley.
- La persona debe estar en el ejercicio del cargo.
- La apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.

1.3.1.4. Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública

Funcionario de hecho es el particular que sin título de habilitación nulo o irregular ejerce función pública en interés de la sociedad o en favor de la Administración Pública. La crítica, aparece por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de facto: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la Administración Pública.

1.3.1.5. Teoría de la buena fe subjetiva

Se define al funcionario público como la persona que con un nombramiento aparentemente regular, jurídicamente nulo, o en circunstancias excepcionales sin el mismo, ejerce de buena fe funciones públicas de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada. Continúa indicando, OLAIZOLA NOGALES, que al funcionario de hecho, se le asignan las siguientes características:

— La existencia legal del cargo. No hay función pública sin cargo.

— La posesión del cargo. El ejercicio del cargo es el título de habilitación del funcionario de hecho.

— La posesión del cargo debe tener las siguientes notas: pacífica, pública (no clandestina) y continuada.

— La apariencia de legitimidad del título o nombramiento. La persona que ejerce la función pública actúa de buena fe, es decir, cree en la legitimidad de su título de habilitación.

En ese orden de ideas, conforme indica NAKAZAKI SERVIGÓN, el título de habilitación del funcionario de hecho sería la posesión del cargo de buena fe[37].

36 *Loc. cit.*
37 *Ibid.*, p. 364.

2. Concepto de servidor público

Es una temática variopinta, por cuanto presenta una diversidad conceptual, tanto para el derecho administrativo y derecho penal, existiendo un tracto legislativo en dichas áreas, las cuales serán expuestas a continuación:

2.1. De los instrumentos legales especiales referentes al concepto de servidor público

Los principales instrumentos legales resultan ser los siguientes:

2.1.1. Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público[38]

El art. 3 del mencionado reglamento precisa lo siguiente:

> Para los efectos de la ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

2.1.2. Ley Marco del Empleo Público[39]

El art. 4.3 de la citada ley, señala lo siguiente:

> Servidor público.- Se clasifica en: **a)** Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. **b)** Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. **c)** Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. **d)** De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

2.1.3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República[40]

En la novena disposición final, se indica lo siguiente:

> Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

---

38 La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante D. Leg. N.° 276, de fecha 6 de marzo de 1984, fue reglamentada mediante D. S. N.° 005-90-PCM, publicado el 18 de enero de 1990.

39 Ley N.° 28175, de fecha 1 de enero del 2005.

40 Ley N.° 27785, de fecha 13 de julio del 2002.

2.1.4. Código de ética de la función pública[41]

El literal 4.1 del art. 4 de la Ley N.° 27815 indica:

> "Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o *servidor* de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado". (cursivas agregadas).

2.1.5. Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil[42]

El art. 13.3, precisa lo siguiente:

> Servidor público.- Se clasifica en: a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

2.1.6. Reglamento General de la Ley del Servicio Civil[43]

El art. 1.i del Título Preliminar del citado instrumento legal, señala que:

> Servidor Civil: La expresión servidor civil se refiere a los servidores del régimen de la Ley organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, *servidor civil* de carrera y *servidor de actividades complementarias*. Comprende, también, a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del D. Leg. Nº 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia el presente Reglamento. (cursivas agregadas)

2.2. De las diferencias entre funcionario y servidor público

La esquemática de los conceptos expuestos precedentemente, nos advierten marcadas diferencias, (fundamentalmente para el derecho administrativo por cuanto para el derecho penal conforme explicaremos en adelante se advierte cierta univocidad conceptual por cuanto se optó por un concepto extensivo o genérico), entre las más resaltantes tenemos:

41 Aprobado por Ley N.° 27815, de fecha 12 de agosto del 2002. Asimismo, dicho artículo fue modificado por Ley N.° 28496, de fecha 14 de abril del 2005.
42 D. S. N.° 007-2010-PCM, de fecha 13 de enero del 2010.
43 Ley N.° 30057, publicada el 13 de junio del 2014.

FUNCIONARIO PÚBLICO	SERVIDOR PÚBLICO
Persona natural[47], mayor de edad, vinculada al ejercicio de la administración pública, con capacidad de decisión en razón del cargo asumido[48].	Persona natural, mayor de edad, contratada por el Estado en razón de sus conocimientos especializados para cumplir una función específica, sin embargo no tiene capacidad de decisión, encontrándose sujeta a las directivas de su inmediato superior (funcionario público) así como a las diversas herramientas de gestión (Reglamento de Organización de Funciones, Manual de Organización de funciones, Directivas, etc.).
Representa directamente los intereses del Estado[49].	Representa indirectamente los intereses del Estado, por cuanto se encuentra sujeto a los lineamientos señalados por un funcionario público.
Desarrolla estrategias, planes o instrumentos de gestión, con la finalidad de obtener los fines del Estado en el desarrollo de la administración pública.	Las actividades y servicios especializados prestados al Estado, propios de su modalidad contractual, permiten la integración y facilitación de las estrategias y planes desarrollados por los funcionarios públicos.
La modalidad de contratación es flexible, por cuanto, puede asumir cargos de confianza, sin tener vinculación duradera con la entidad Estatal.	Presenta un régimen de contratación preestablecido, sujeto a determinados derechos y deberes, situación que presenta una relativa duración en el tiempo (Decretos Legislativos N.º 276, N.º 728, N.º 1057, etc.)
Pueden ser designados por sujeto habilitado en razón del cargo o por proceso de elección popular	Pueden ser designados por sujeto habilitado en razón del cargo más no así por proceso de elección popular.

3. Toma de postura respecto a los conceptos de funcionario y servidor público

Es de suma importancia la definición e identificación de los conceptos de funcionario y servidor público, tanto desde una perspectiva social así como jurídica por cuanto, socialmente, los funcionarios y servidores públicos, operativizan los planes estatales en pro del interés general, asimismo, jurídicamente, la mayoría de las figuras delictuales vinculadas a los delitos contra la administración pública, tienen como centro de imputación jurídico penal a dichas personas cualificadas cuyo accionar está sujeto a la ley[47].

---

44 Es necesario precisar, que los conceptos aludidos, se refieren a personas humanas y no así a personas jurídicas, por la misma propiedad del servicio brindado, por lo tanto, tendría razón DELGADILLO, quien indica que "El ejercicio del poder del Estado solo puede realizarse mediante la actuación de personas físicas y al hablar de la función pública, nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la Ley le atribuye a los órganos, por lo que necesariamente se hace referencia a las personas que desempeñan una función en el Estado y a las características jurídicas que presenten en el desarrollo de sus actividades, sin que por ello deba confundirse el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma." Véase. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis, *El derecho disciplinario de la función pública*, México: INAP, 1990, p. 12.

45 Los funcionarios públicos, a efecto de viabilizar los planes estatales, están dotados de cierto poder de decisión el mismo que es coherente con la función pública, por cuanto, sin dicha característica, no sería posible operativizar el aparato estatal. En términos similares PARADA VÁZQUEZ, quien desarrolla las ideas de "función pública" e "investidura del cargo". Véase PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "La Degeneración del Modelo de Función Pública" en *Revista de administración Pública*, N.°150, 1999, p. 420. Recuperado de <https://bit.ly/2rpreUs>.

46 Dicha afirmación, radica en el sentido que el funcionario representa al Estado, no en el ejercicio amplio de poder, sino en razón de las atribuciones conferidas por la ley, según la naturaleza del cargo, conforme indica ISASI CAYO y MARIENHOFF, ambos citados por BACA MERINO. Cfr. ISASI CAYO, Juan, *Introducción al derecho administrativo*, Lima: Isasi & Ruiz Eldredge Abogados., 1997, p. 283. Asimismo, véase MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970, pp. 8-9. Ambos, en <https://bit.ly/2HY4guD>.(Consultado el 5-08-17).

47 En términos similares, RUBIO LLORENTE, quien desarrolla y explica el principio de legalidad como medio conductor de las actividades públicas. Véase RUBIO LLORENTE, Francisco, "El principio de legalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 39, Oviedo: septiembre-diciembre del 1993, p. 22.

3.1. Desde una perspectiva social

Desde un contexto social, brota la idea funcional plasmada por BACÀ MERINO[48], quien esboza que la función pública, en puridad no es un oficio convencional, sino un *servicio* brindado por los diversos organismos o entidades estatales a favor de una determinada sociedad, en ese sentido, consideramos acertada la idea de CANTERO MARTÍNEZ, quien indica que respecto a los intereses del funcionario público frente a los intereses estatales, no pueda existir igualdad de derechos porque están en juego no sus intereses particulares, sino el interés general o social[49].

De la misma forma, a pesar de existir muchas veces un contrato de por medio, sin embargo en puridad, bajo los lineamientos de servicio en pro de los intereses del Estado, el funcionario y servidor público tiene una relación con el Estado, registrado en un código estatutario y no así contractual, por cuanto, los intereses personales del funcionario y servidor público, aparecen flexibilizados o relativizados frente a los interés sociales[50], situación que no implica la negación de sus derechos como ser humano y trabajador.

3.2. Desde una perspectiva jurídica

Los conceptos de funcionario y servidor público, para el derecho penal, es un tema intrigante y de suma complejidad por la gana de conceptualizaciones preexistentes, tanto en el derecho administrativo y derecho laboral, conforme fue expuesto inicialmente. En ese sentido, no le falta razón a MALINVERNI, quien indica:

> [E]l que quisiera buscar los orígenes de la distinción entre ciudadano particular y funcionario público, debería concluir probablemente en que coinciden con el nacimiento del Estado. Desde cuando en una sociedad humana se manifiesta la necesidad de desarrollar algunas funciones colectivas, con la creación de los órganos destinados a cumplirlas y la atribución de funciones a determinadas personas físicas, nace la figura de funcionario público[51].

La situación expuesta no es nada pacífica al no existir consenso, por un lado, tenemos aquellos que defienden la terminología funcionario y servidor público son equivalentes tanto para el derecho administrativo y derecho penal, y los términos deben entenderse en el sentido precisado por el CP[52], por otro lado, aquellos que consideran conceptualmente

48 El autor desarrolla la idea de servicio, desplegado tanto por los funcionarios como por los servidores públicos. Véase. BACA MERINO, Roberto, "Apuntes sobre la condición de funcionario público en el Perú naturaleza de su función y finalidad de la misma en relación al interés general". Recuperado de <https://bit.ly/2rpreUs> (Consultado el 5-08-17)

49 CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público. Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 36.

50 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 20.

51 MALINVERNI, Alessandro, *Pubblico ufficiale e incaricato de pubblico servicio nel diritto penale*, p. 38, citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 5.

52 En este rubro, a nivel de la doctrina argentina, respecto a los conceptos de funcionario y empleado público, tenemos a Sebastián SOLER. Véase SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. v, Buenos Aires: Tea, 1978, p. 88. En términos similares, CARRERA, Daniel, *Peculado*, Buenos Aires: Mediterráneo, 2005, p. 87. En el Perú, PEÑA CABRERA FREYRE, hace referencia a dicha temática, al indicar que de lege lata se puede apreciar que el legislador pretendió construir un concepto omnicomprensivo de funcionario público como se desprende del tenor literal del art. 425 del CP, concordante con la llamada "extensión de punibilidad",

la existencia de un trato diferenciado respecto a los conceptos aludidos, por cuanto los conceptos de funcionario y servidor público, afines al derechos penal, aparecen orientados a la titularidad del ejercicio de la función pública y no así a la prestación, simplemente, del servicio estatal[53].

Siendo así, considero, que el concepto de funcionario y servidor público registrado en el art. 425 del CP, difiere de los conceptos utilizados en otras ramas del derecho, por cuanto, el legislador en materia penal opta por una técnica legislativa genérica, unificando las nomenclaturas de funcionario y servidor público, por cuanto, el código aludido no asume definición alguna, sino por el contrario se remite a dispositivos legales preexistentes en el ordenamiento jurídico con la finalidad que el agente del derecho penal dote de contenido según el caso concreto, esto implicaría identificar la relación funcional de dominio con respecto al bien jurídico y sus lineamientos laborales fijados en instrumentos de gestión extrapenales.

En términos similares, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Cas. N.º 634-2015, de fecha 28 de junio del 2016, emitió pronunciamiento respecto a la temática expuesta, precisando lo siguiente:

> [...] Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de numerus apertus para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional[54].
>
> Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado –no sin marchas y contramarchas–, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva –es un concepto funcional–, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal –el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública–. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [...][55].

---

contenida en el art. 392 del CP. Véase PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 28.

53 En el derecho español, respecto al trato diferenciado de los conceptos desarrollados por el derecho administrativo y derecho penal, tenemos a Muñoz Conde, quien indica que para el derecho penal, funcionario público resultaría ser aquella persona incorporada a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, asimismo indica que el funcionario público, tendrá que participar en las funciones públicas, situaciones diferentes al derecho administrativo. Véase. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, pp. 830-832, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, 5.ª ed., ob. cit., En términos similares, la doctrina argentina, acepta dicho trato diferenciado, conforme indican los autores CLEMENTE, José; Carlos RÍOS y Eugenio ZAFFARONI, refiriéndose a Ricardo NUÑEZ, quien al comentar el art. 77 del CP argentino, señala: "al definir el art. 77 el concepto de funcionario público como sinónimo del concepto de empleado público, no equipara este último concepto al concepto de derecho administrativo de empleado público, sino que, simplemente, presta un servicio vinculado, auxiliarmente, a ese ejercicio". Véase NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, p. 18, citado por CLEMENTE, José; Carlos RÍOS y Eugenio ZAFFARONI, *Cohecho y tráfico de influencias*, Córdova: Lerner, 2011, p. 32.

54 SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.º 634-2015*, Lima: 28 de junio del 2016, f. j. n.° 1.

55 SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.º 634-2015*, Lima: 28 de junio del 2016, f. j. n.° 2.

> Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos –es, pues, un elemento normativo–, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo, de referencia es más abigarrado [...]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley[56].
>
> Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad —esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal—. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a "entidades u organismos del Estado", más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior —norma originaria— que expresamente hacía referencia a las "empresas del Estado o sociedades de economía mixta", imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.
>
> Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba con ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.[57]

Por otro lado, precisamos que la conducta del funcionario y servidor público, aparece limitado por los lineamientos legales preestablecidos y no así por factores externos (prebendas, dádivas, influencias, etc.), dichos lineamientos legales resultan ser coherentes al modelo constitucional vigente en el Perú[58], conforme señala los arts., 3, 43 y 44 de la Constitución Política de 1991, el cual impone la idea del contexto social, democrático, de derecho y a la misma vez la idea de *servicio,* conforme aparece detallado en el art. 39 de la citada carta magna.

En ese mismo norte expositivo, el Tribunal Constitucional, viene enlazando las categorías de función pública, intereses general, servidores estatales (funcionarios y servidores públicos) y servicio, al establecer que:

> [P]ara la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los

56 SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.º 634-2015*, Lima: 28 de junio del 2016, f. j. n.° 4.
57 SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.º 634-2015*, Lima: 28 de junio del 2016, f. j. n.° 5.
58 En términos similares, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0008-2003-AI-TC*, Lima: 11 de noviembre del 2013, viene indicando, e el f. j. n.° 11. "El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del estado contemporáneo,* Madrid: Alianza, 1980, p. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones."

fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional[59].

Aunado a lo expuesto y para fines del derecho penal, la primera observación que podemos realizar respecto al concepto de funcionario y servidor público, con vista a la ubicación sistemática del CP, podemos advertir un error en su ubicación, es decir, el art. 425 del cuerpo legal sustantivo, dispositivo legal que hace alusión a los funcionarios y servidores públicos, aparece ubicado en un lugar que no debería encontrarse, por cuanto, la parte especial del CP, por técnica legislativa y técnica de tipificación, corresponde a los tipos penales (aquellos que tienen un supuesto de hecho y consecuencia jurídica), por lo tanto, dicho dispositivo legal debería estar ubicado en la parte general, conforme aparece en el CP español.[60]

De la misma forma, aparece evidenciada el error de la técnica legislativa aludida (al menos eso pretendo entender), por cuanto, sí la idea del legislador fue considerar la invocación de funcionarios y servidores públicos dentro del Título XVIII del CP, por estar referida a los delitos contra la administración pública, sin embargo, dichas categorías aparecen dispersas en todo el CP[61], así tenemos los siguientes artículos:

ARTÍCULO	FIGURA	UBICACIÓN
2.1	Principio de extraterritorialidad	Parte general
46-A	Circunstancia agravante	Parte general
80	Plazos de prescripción de la acción penal	Parte general
104	Comiso de beneficios a personas jurídicas	Parte general
133.3	Conductas atípicas	Parte especial
134.1	Prueba de la verdad de las imputaciones	Parte especial
141	Autorización ilegal de Matrimonio	Parte especial
142	Inobservancia de formalidades legales	Parte especial
148-A.3	Instigación o participación en pandillaje pernicioso	Parte especial
152.3	Secuestro	Parte especial
153-A	Formas agravadas de la trata de personas	Parte especial
155	Agravante por razón de la función respecto al delito de violación a la intimidad	Parte especial
157	Uso indebido de archivos con datos personales	Parte especial
160	Allanamiento ilegal	Parte especial
161	Violación de correspondencia	Parte especial
167	Abuso de autoridad para realizar reunión pública lícita	Parte especial
169	Violación de la libertad de expresión	Parte especial
200	Extorsión	Parte especial
220	Formas agravadas del delito de plagio	Parte especial

59 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N.° 0008-2005-PI/TC*, Lima: 12 de agosto del 2005. Invocado por Baca Merino.

60 El art. 24.2 del CP español, señala que "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de sus funciones públicas".

61 En términos similares, FRISANCHO APARICIO, hace referencia a los delitos contra la libertad, según tenemos en los arts. 153-A, 155, 157 y 160. Véase FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 22.

ARTÍCULO	FIGURA	UBICACIÓN
225	Condición y grado de participación del agente respecto a los delitos contra la propiedad industrial	Parte especial
228	Destrucción, alteración y extracción ilegal de bienes del patrimonio cultural prehispánico	Parte especial
229	Participación de funcionarios públicos respecto a los delitos contra los bienes culturales	Parte especial
237	Venta ilegal de mercadería	Parte especial
244	Concentración crediticia, delito financiero	Parte especial
245	Ocultamiento, omisión o falsedad de información	Parte especial
247	Obtención fraudulenta de crédito financiero	Parte especial
248	Condicionamiento indebido en otorgamiento de créditos	Parte especial
249	Pánico financiero	Parte especial
250	Omisión de las provisiones específicas	Parte especial
251-A	Uso indebido de información privilegiada. Forma agravada	Parte especial
256	Alteración de billetes o monedas	Parte especial
258	Emisión ilegal de billetes y otros	Parte especial
259	Desvió ilegal de divisas	Parte especial
297	Forma agravada del delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos	Parte especial
303-A	Tráfico ilícito de migrantes	Parte especial
306	Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos	Parte especial
307	Tráfico ilegal de residuos peligrosos	Parte especial
309.3	Formas agravadas del delito de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida	Parte especial
310-C.3	Forma agravada del delito contra los bosques o formaciones boscosas	Parte especial
312	Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley	Parte especial
314	Responsabilidad de funcionario por otorgamiento ilegal de derechos	Parte especial
318-A	Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos	Parte especial
320	Desaparición forzada	Parte especial
321	Tortura	Parte especial
323	Discriminación	Parte especial
352	Omisión de resistencia o rebelión, sedición o motín	Parte especial
353	Inhabilitación respecto a los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional	Parte especial
360°	Inhabilitación respecto a los delitos contra la voluntad popular	Parte especial

Aunado a lo expuesto, la terminología de "funcionario público" y "servidor público", utilizada en los delitos contra la administración pública, resulta ser un elemento normativo[62] del tipo penal, conforme indica POLAINO NAVARRETE[63] y Edgardo DONNA[64],

52 El concepto de elemento normativo, implica la existencia de juicios de valor realizados por el agente del derecho, en este caso, el juez, conforme indica GÓMEZ BENÍTEZ: "Los elementos normativos del tipo son aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social. Es decir, que su significado no se deduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social. Por eso se dice que su naturaleza es estrictamente normativa". *Véase* GÓMEZ BENÍTEZ, José M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general*, p. 193, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Eddili, 2002, p. 192.

53 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la administración pública*, t. II, ob. cit., p. 274 y ss.

54 DONNA ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed. ob. cit., p. 47.

el cual tiene autonomía propia dotada por el derecho penal, el cual deberá ser analizada a la luz de los juicios de valor realizados por el agente del derecho (juez).

3.3. De la posición del funcionario y servidor público en los tipos penales de la parte especial

Otra temática, de sumo interés para la configuración de los delitos contra la administración pública, resulta ser, la *posición del funcionario y servidor público en los tipos penales de la parte especial*, dicha temática, a nuestro modo de ver el escenario, versa sobre dos puntos específicos, siendo: i) La existencia de los deberes vinculados al funcionario y servidor público y ii) La posición del funcionario y servidor público frente al bien jurídico. Ambos puntos, serán tocados con mayor detalle en el capítulo respecto a la autoría y participación, sin embargo, en el presente apartado se adelantaran algunos criterios, por cuanto, resulta necesario respecto a la conceptualización de "funcionario público" y "servidor público". A continuación se analizaran, someramente, cada uno de los postulados expuestos.

3.3.1. La existencia de los deberes vinculados al funcionario y servidor público

La conducta de los funcionarios y servidores públicos aparece condicionada a la existencia de deberes, los cuales, por su misma naturaleza, resultan ser extra-típicos, por cuanto, aparecen amparados en determinadas instituciones preexistentes al tipo penal, en ese sentido, es de suma importancia, verificar la existencia de dichos deberes, temática que ha sido tratada por diversas posturas teóricas que serán expuestas en las líneas siguientes:

3.3.1.1. De las teorías que explican la existencia de deberes

Existen diversas teorías responsables de fundamentar la temática, siendo las siguientes:

A. La teoría respecto a la existencia de los deberes vinculados al funcionario y servidor público

Se tiene que, una de las razones materiales, por las cuales se restringe la autoría en los delitos especiales y/o delitos de infracción de deber, resulta ser la existencia de deberes cualificados impuestos exclusivamente a los funcionarios y servidores públicos, en ese sentido, tenemos diversas teorías que fundamentan materialmente dicha restricción de autores, por un lado, tenemos la *teoría de la norma especial*, creada por BINDING y NAGLER, dicha teoría precisa que, el elemento que permite distinguir a los delitos comunes de los especiales resulta ser la naturaleza normológica, es decir, el *intranei* (funcionario o servidor público) responde por la infracción de una norma especial, la misma que tiene como único destinatario al sujeto cualificado, en este caso, funcionario o servidor público[65].

65 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español", citado por ROBLES PLANAS, *et al.*, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, ob. cit., pp. 114 y 115.

B. La teoría del deber jurídico especial

La teoría expuesta, indica, según Hans WELZEN y Armin KAUFMANN, el tipo penal consiste en la descripción de la acción prohibida (delito de acción) o preceptiva (delitos de omisión), la realización de la acción prohibida por la norma da lugar a la realización del tipo. De este modo, con la mera realización del tipo, esto es, con la realización de la acción prohibida, o la no realización de la acción preceptiva, el sujeto infringe la norma de conducta, por lo tanto, la acción típica se convierte, así, en una conducta anti-normativa[66].

C. La teoría de infracción de deber

La tenía en mención, tiene varios representantes, con diferentes matices, por un lado, Claus ROXIN, quien indica que los delitos deben clasificarse en delitos de dominio y delitos de infracción de deber, respecto a estos últimos, ROXIN, precisa que el funcionario público, responderá por cuanto se encuentra sometido a un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal[67]; en términos distintos, pero bajo la misma categoría de los delitos de infracción de deber, tenemos a JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, para quienes, a diferencia de ROXIN, parten de una concepción amplia del delito especial, no coincidente con el delito de infracción de deber, precisando la existencia de dos títulos de responsabilidad penal, la responsabilidad por organización y la responsabilidad por institución, respecto a esta última, los citados autores indican que, la institución aparece como el núcleo del injusto, la cual resulta ser de naturaleza prejurídica[68].

D. La teoría de las concepciones de la posición especial

La teoría expuesta, es representada por VOGLER, LANGER, DEICHMANN, HAKE y GERL, dicha postura teórica, indica que los delitos especiales obedece a la voluntad del legislador de circunscribir la autoría en tales delitos a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial, en una relación de confianza con respecto al bien jurídico protegido o a su titular respectivamente[69].

E. La teoría de las concepciones normativas del dominio del hecho

Teoría representada por dos grupos de autores, el primero integrado por WELZEL, GALLAS y JESCHECK, quienes indican que el dominio final del hecho, tanto para el autor directo, mediato y coautor, constituye un elemento decisorio para fundamentar la autoría y no así el injusto penal, por otro lado, un segundo sector, representado por SCHÜNEMAN, GRACIA MARTÍN y RUEDA MARTÍN, quienes indican que el dominio del hecho deja de ser un simple criterio para determinar la autoría y se transforma en un elemento clave para la fundamentación del injusto de los delitos especiales[70].

66 *Ibid.*, p. 119.
67 *Ibid.*, pp. 125-130.
68 *Ibid.*, pp. 131-137.
69 *Ibid.*, pp. 138-139.
70 *Ibid.*, pp. 142-159.

F. La teoría de los delitos especiales de deber

Tesis desarrollada y sostenida por ROBLES PLANAS, quien indica a continuación que: "[E]n los delitos especiales de deber, en cambio, la decisión de cuáles son las normas de conducta que deben infringirse está específicamente tomada por el legislador [...]"[71], es decir, resultaría ser la ley, aquella que define e identifica la existencia de los deberes, continúa indicando el citado autor que:

> [...] En efecto, en mi opinión, en los delitos especiales de deber lo que se pretende castigar es la infracción de normas muy específicas. El ejemplo paradigmático de esas normas —y, seguramente el único— es el de las que establecen deberes especiales de lealtad frente a la Administración Pública (delitos de funcionarios)[72].

Por otro lado, aclara el autor, a efecto de evitar criterios de responsabilidad objetiva:

> [...] La presencia del deber especial no decide per se ni la constitución del tipo ni la autoría del cualificado. En efecto, por un lado, no siempre que concurre un intraneus que obra de manera contraria a su deber se afirma automáticamente la presencia de un tipo especial propio. Aquí también rigen las reglas de la teoría de la conducta típica. Al intraneus puede alcanzarle la prohibición de retroceso. Por ejemplo, el ministro que, habiendo delegado determinadas funciones a un director general va a dictar una resolución injusta en el ámbito de esa competencia delegada, no responde por el delito de prevaricación si no hace nada para impedirlo[73].

3.3.2. La posición del funcionario y servidor público frente al bien jurídico

Una última postura, respecto al concepto de funcionario y servidor público, resulta ser la postura que adopta el sujeto cualificado frente al bien jurídico, en este caso, a nuestro criterio, la "administración pública"[74], entendida en sus dimensiones de expectativas sociales, las cuales aparecen vinculadas, por un lado, de forma *genérica*, al normal funcionamiento del sistema social bajo la idea del servicio al cual aparece ligado el sujeto cualificado, y por otro lado, de manera *específica*, a la sujeción de "deberes especiales" determinador por "instituciones positivas", manifiestas en la infracción de un "rol especial".

En ese sentido, llama poderosamente la atención, los argumentos desarrollados por Víctor GÓMEZ MARTÍN[75], quien presenta una nueva clasificación delictual respecto a los delitos especiales sustentados en criterios de "posición", esto es, el elemento fundamental

---

71 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 238.

72 *Ibid.*, p. 242.

73 *Ibid.*, p. 244.

74 Conforme se mencionó líneas arriba en el fundamento 3.1, *la primera dimensión*, respecto a un escenario genérico, esto es, la presencia de una "expectativa social" vinculada a una sociedad políticamente organizada, a través de sus órganos de gobierno, comprometidos a garantizar el normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales avocadas a brindar un servicio público para con las personas registradas en sociedad, por lo tanto, la defraudación a dicha expectativa social, en la medida que trascienda el escenario administrativo. *La segunda dimensión*, respecto al criterio singular o específico, implicaría la existencia de una "expectativa social" vinculada a los "deberes especiales" atribuidos a "sujetos cualificados" cuyo accionar estará determinador por "instituciones positivas", por lo tanto, la defraudación de dichas expectativas sociales, manifiestas en la infracción de un "rol especial", evidenciaría un hecho social con contenido penal. (cursivas agregadas)

75 *Ibid.*, pp. 160 y ss.

explicativo de la restricción del circulo de posibles autores consiste en la posición especial de accesibilidad que tiene el sujeto cualificado (autor) frente al bien jurídico protegido por la ley penal, conforme se explicará a continuación:

a. **Delitos especiales de posición institucional**.- Denominados también "delitos especiales en sentido estricto", es decir, Víctor GÓMEZ MARTÍN, indica que dicha clase de delito aparece determinada por una doble dimensión, "objetivo-personal", es decir,"objetiva", por cuanto es comunicable a todo sujeto interviniente en el hecho punible y "personal", por cuanto es incomunicable al *extraneus*, toda vez que, en el *intraneus* opera un deber personalísimo de naturaleza extrapenal o disciplinaria resultante de la relación especial de sujeción en la que se halla la autoridad o funcionario público con respecto a la administración.

   Ante ello, pretendo entender[76], a efectos de identificar la configuración delictual (presencia del injusto penal), que para la tesis expuesta, no basta que el sujeto cualificado lesione el deber especial impuesto en razón del cargo cualificado, sino que, además ponga en peligro o lesione el bien jurídico tutelado, en este caso, "administración pública", por cuanto, "la institución" (analizada a nivel del tipo penal) operaría como *ratio cognosendi*[77] respecto a los delitos especiales de infracción de deber que demandan para su configuración la lesión del bien jurídico (delito de lesión), por otro lado, "la institución" funcionaría como *ratio essendi*[78] respecto a los delitos especiales de infracción de deber en los cuales la sola conducta pone el peligro el bien jurídico (delitos de peligro).

---

76 La tesis expuesta, me lleva a reflexionar no solamente la relación entre tipicidad y antijuricidad, sino además de ello, la relación existente entre tipicidad y derecho, por cuanto la antijuricidad trascendería a la relación entre tipo y ordenamiento jurídico, ingresando a una relación entre tipo y derecho. En términos similares, los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, quienes indican: "[...] No todos los hechos que el ordenamiento jurídico considera injustos interesan al derecho penal, sino solamente aquellos que se hayan explícitamente tipificados. Los tipos penales expresan, pues, la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos. Pero, la antijuricidad no es una relación establecida entre el tipo y el ordenamiento jurídico, sino entre una determinada relación del tipo y el derecho". Véase. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general,* 3.ª ed., p. 235, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., ob. cit., p. 194.

77 Es decir, el tipo resulta ser indicio de antijuricidad, lo cual nos advierte a primera vista una relación causal entre tipicidad y antijuricidad, otorgando una idea de criterios unificadores, sin embargo esta tesis, viene siendo duramente cuestionada a la luz del modelo constitucional garantista, así tenemos a JUAREZ TAVARES, quien abogado por un trato diferenciado entre dichas categorías delictuales, quien indica: "Dicho análisis dialectico significa que los comportamientos del injusto (es decir, del tipo y la antijuricidad) no deben situarse en una relación de causalidad antecedentes, consecuente, sino, en atención al caso concreto y la necesidad de protección individual, pueden ser apreciados separada o conjuntamente". Véase. JUAREZ, ESTEVAM, Xavier, *Teoría del injusto penal,* 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2010, p. 160.

78 Dicha posición pertenece a la teoría negativa del tipo penal, es decir el tipo penal no solamente constituye indicio de antijuridicidad, sino que requiere objetivamente la determinación de ausencia de las causas de justificación, en opinión similares tenemos a LUZÓN PEÑA, quien indica que "La más correcta es la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual el auténtico tipo de injusto contiene y describe toda la materia prohibida o antijurídica, la ' materia prohibida', para lo cual al tipo positivo, indiciario de la antijuricidad, hay que unirle la ausencia de causas de justificación (y también de causas de atipicidad) o parte negativa del tipo, que confirma dicho indicio. Por ello, más que de acción típica y antijurídica, cabe hablar de acción típicamente antijurídica". Véase LUZÓN PEÑA, Diego, *Derecho penal. Parte general,* 3.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2016, pp. 305-306.

b. Delitos especiales de posición no institucional.- Estos delitos, según el autor aludido, son conocidos como delitos especiales en sentido amplio, es decir, su fundamentación obedece a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual, producto de una posición social no institucional, por lo tanto, el fundamento del dominio del riesgo típico reside, en algunos casos, en la posición especial de dominio respecto y en otros casos, en un deber jurídico extrapenal, pero ambos, respecto al bien jurídico[79].

Por otro lado, encontramos una tesis de similar importancia, por la exigencia académica, originalidad e ingenio, por lo tanto no puede pasar por alto, tesis desarrollada por GRACIA MARTÍN, quien parte de una idea de "dominio social" respecto al sujeto especial, es decir, se trataría de un dominio que goza el autor cualificado respecto al ámbito de protección de la norma y que se traduce en un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, en términos expresos del autor:

> En los delitos de los que nos ocupamos, por el contrario, la relación del sujeto con el bien jurídico se plasma en la norma de un modo positivo a través de la función que ejerce el sujeto caracterizado por un determinado status institucional. [...]. En los tipos de dominio social, el bien jurídico protegido se encuentra precisamente involucrado en el ejercicio de una función a la que extiende su competencia sólo una clase de sujetos. El monopolio de esta clase de sujetos para el ejercicio de la función en la que se halla involucrado el bien jurídico determina la exclusión del resto de los miembros de la comunidad social del campo de las posibilidades de acción de lesión jurídico-penalmente relevante del bien jurídico. Dicho monopolio para el ejercicio de una función relevante para la tipicidad atribuye a los sujetos que la ejercen una posición de dominio social, esto es, de dominio del ámbito de protección de la norma y que se traduce en un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[80].

De la misma forma, tenemos la tesis de SCHÜNEMAN, quien, también desarrolla criterios de "dominio" que ostentan los funcionarios públicos respecto al bien jurídico, es decir, se trataría de identificar a aquellos que tienen un especial dominio y cercanía al bien jurídico, el cual tienen a su merced y en situación de vulnerabilidad[81], en términos similares, considerando las ideas de Adela ASÚA BATARRITA[82], quien analiza los postulados de SCHÜNEMAN, señala que:

---

79 Por ejemplo, el autor aludido, invoca el art. 199 del Código español, respecto al profesional que tiene conocimiento de la información sensible como consecuencia del ejercicio de su profesión, encontrándose obligado a mantener el secreto por la existencia de un conjunto de reglas especiales de naturaleza deontológica.

80 GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Teoría general*, t. I, Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 366-367. En términos similares y con mayor de detalle respecto al acceso al dominio social, se tiene los fundamentos esbozados por el citado autor en: GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Estudios específicos del art. 15 Bis del Código Penal español*, t. II, Zaragoza: Universidad de Zaragoza 1985, p. 161 y ss.

81 SCHÜNEMAN, Bernd, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*, N.° 75, vol. 25, Bogotá: 4 de junio del 2004, pp. 13-25. Dichos criterios, también fueron citados por TORRES PACHAS, David, en Comentario académico, "El concepto de funcionario público y la Casación N.° 634-2015". Recuperado de <https://bit.ly/2jC5yAU>.

82 Cfr. ASÚA BATARRITA, Adela, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación de la potestad disciplinaria", p. 21, citado por TORRES PACHAS, David, en Comentario académico, "El concepto de funcionario público y la Casación N.° 634-2015". Recuperado de <https://bit.ly/2jC5yAU>, p. 17.

> [L]os funcionarios públicos, son aquellos quienes sostentan lo que en derecho penal denominamos 'ámbito de dominio del bien jurídico', son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su actuación 'desde dentro' depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico.

Bajo ese mismo tenor, TORRES PACHAS, invocando los postulados de Yvan MONTOYA, informa que son dos los criterios que pueden utilizarse para identificar a un funcionario público, siendo:

> i) incorporación heterónoma a la función pública y, ii) la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público. La primera de ellas hace alusión al ingreso o incorporación del funcionario a la Administración Pública, la misma que deberá configurarse a través de un título habilitante (designación, elección o selección). Por su parte, el segundo elemento hace énfasis en la cercanía al bien jurídico penalmente protegido, ya que dicha situación lo coloca, cuando menos, en situación de peligro[83].

Después de haber expuesto, someramente, las principales teorías, así como la situación problemática y las teorías respectivas vinculadas a la temática del concepto de funcionario y servidor público, esto es, *la existencia de los deberes vinculados al funcionario y servidor público y la posición del funcionario y servidor público frente al bien jurídico,* tengo la miga suficiente para asumir una postura sobre el tema, en ese sentido, considero que el sujeto cualificado (funcionario y servidor público) se encuentran vinculados a deberes provenientes de instituciones positivas, es decir, conforme hemos venido indicando en otras publicaciones[84], entendemos por "institución positiva", segun indica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "La forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta[85]".

En otras palabras, según nuestra óptica, la dinámica social se encuentra circunscrita bajo el binomio existencial "libertad-responsabilidad", por lo tanto, en una sociedad políticamente organizada, existen "deberes genéricos" (atribuibles a todas las personas por la razón de tal, quienes están obligados a "no dañar" a los demás, dichos deberes genéricos están vinculados a una "institución negativa", esto es, al dominio que tiene toda persona de organizar correctamente su libertad, ejemplo, María está obligada a respetar la propiedad de Pedro, por lo tanto, está prohibida, por mandato legal, de sustraer su billetera, caso contrario deberá responder por el delito de hurto) y "deberes específicos" (atribuibles a determinadas personas que asumen, digámoslo así, una responsabilidad cualificada, no solamente en mérito a su estatus de persona, sino que además operaran en sociedad en "razón del cargo y/o estatus especial" asumido, por lo tanto, están ligados a una "institución positiva", en términos de SÁNCHEZ VERA, serían aquellos que buscan "la edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un bien jurídico"[86],

---

83 MONTOYA VIVANCO, Yvan (coord.), *Manual de Delitos contra la administración pública*, pp. 40-44, citado por TORRES PACHAS David, en Comentario académico, "El concepto de funcionario público y la Casación N.° 634-2015". Recuperado de <https://bit.ly/2jC5yAU>, p. 17.

84 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, "La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito del D. Leg. N.° 1351", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 92, Lima: febrero del 2017, pp. 55-56.

85 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 93 y ss.

86 *Ibid.*, p. 115.

ejemplo, la madre, asume el deber de amamantar a su hijo recién nacido, el funcionario público, asume el deber de administrar correctamente los fondos públicos, etc.)

En ese sentido, estos últimos deberes especiales, corresponderían a los funcionarios y servidores públicos, por lo tanto, dichos sujetos cualificados estarían vinculados a una "institución positiva", lo que hemos venido denominando, "fuente generadora del deber"[87], es decir, todo aquella categoría social de la cual fluyen determinados deberes especiales, así tenemos: i) Deberes vinculados a una relación paterno filial o conyugal[88], ii) Deberes vinculados al mandato legal [89] y iii) Deberes vinculados a una relación funcionarial[90].

87 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, "El principio de imputación necesaria según las reglas de las técnicas de tipificación en derecho penal", en *Actualidad Penal*, vol. 9, Lima: mayo del 2015, p. 188 y ss.

88 En este caso, observamos que la "*familia*" operaria, como una fuente generadora de la cual emanan diversas instituciones especiales y deberes institucionalizados en una sociedad, por ejemplo el "*matrimonio*" *del cual derivan deberes especiales*, en ese sentido, la familia, bajo un diseño heterosexual, es entendida conforme aparecen los estudios realizados por CORNEJO CHÁVEZ, en un sentido amplio, *"como el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad"*, de la misma forma, precisa el autor citado, que en un concepto restringido, la familia puede ser entendida como "el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno solo de los padres". Véase CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, pp. 13 y 14. Siendo así, la familia, como institución genera deberes que vinculan a sus miembros, en ese contexto, el código civil registra deberes impuestos a los miembros de una familia, así tenemos el artículo 234 CC (respecto a los deberes del marido y mujer inmersos en una relación conyugal), artículo 235 CC. (respecto a las obligaciones de los padres para con los hijos), artículo 287 CC (respecto a las obligaciones alimenticias y educativas de los padres frente a los hijos), artículo 290 CC (respecto a los deberes de los cónyuges en el gobierno y desenvolvimiento del hogar), artículo 291 CC (respecto a la obligación de los cónyuges de sostener la familia), etc. El escenario expuesto, advierte que se trataría de deberes vinculados a ciertos sujetos que aparecen unidos por vinculación sanguínea o legal pero bajo el entroncamiento familiar, ejemplo padres, hijos y conyugues o concubinos, figuras necesarias para determinar la configuración en ciertos delitos, por ejemplo, parricidio, femenicidio, infanticidio, omisión a la asistencia familiar, violencia familiar, etc.

89 Responde a un criterio otorgado por el imperio de la ley, es decir, "*la ley penal*", en ciertas circunstancias funciona como una institución generados de deberes, por cuanto en una sociedad políticamente organizada el Estado, necesita reglar las conductas expresadas en sociedad, en ese sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, indica: "La Ley penal, es hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Más la ley penal no es tan sólo la garantía de los que no delinquen, de ella dimanan pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes. De la ley surgen la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho a penar". Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La ley y el delito*, 3.ª ed., Buenos Aires: Hermes, 1959, p. 92. Ante ello, podemos advertir con meridiana claridad, respecto a nuestra temática, el mandato legal deberá recaer sobre el sujeto activo cualificado, por ejemplo, el título de administrador, comisionista, curador u otro título semejante, conforme señala el art. 190 del CP, respecto al delito de apropiación ilícita.

90 En este caso, la institución resulta ser la "*administración pública*", por cuanto de ella también emanan deberes funcionales orientados a los servidores y funcionarios públicos, en ese sentido, es necesario precisar que la administración pública aparece ligada no solamente a las actividades estatales sino también a la función del Estado, conforme señala Agustín GORDILLO, "[...] Sintéticamente se puede afirmar que la función legislativa consiste en el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso. La función jurisdiccional 'es la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente'. Y por último la función administrativa 'es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales'. Véase, GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, 2.ª ed., pp. 10-42, citado por DONNA ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., ob. cit., p. 25. En ese contexto, existe un trato diferenciado entre *actividad administrativa y administración pública,* es decir, actividad administrativa estaría vinculada el

En ese mismo sentido, dichos deberes especiales, si bien tienen naturaleza extrapenal[91], sin embargo, una vez admitidos en el catálogo delictual del derecho penal, mediante la técnica legislativa correspondiente (realizada por el legislador, quién crea figuradas delictivas plasmadas en un tipo penal específico), obtienen su propio contenido punitivo permitiendo la configuración de los diversos tipos penales de la parte especial, según corresponda, siendo así, concordamos en este extremo con PARIONA ARANA, quien indica que:

> Por lo tanto, aquellos deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico, como por ejemplo la moral; o en un ámbito extrapenal, como el Derecho civil), tienen significado para el Derecho Penal únicamente cuando sean sometidos a una "adecuación" a un concepto jurídico penal, es decir cuando son transformados[92].

Por otro lado, surge la necesidad de precisar que, la lesión al deber especial, si bien se tiene que para un sector de la doctrina, fundamentaría únicamente la autoría[93]; empero para otro sector doctrinario se asume como tesis que, la infracción del deber especial fundamenta tanto las formas de intervención delictual así como el injusto penal[94], ello

---

procedimiento preestablecido por la ley, sin embargo, administración pública, estaría vinculada al poder del Estado delegado a determinados órganos para que regulen el procedimiento administrativo respectivo, en términos similares, DONNA, citando al tratadista, ALTAVILLA, quien indica: "Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, [...] Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal". Véase, ALTAVILLA, Enrico, *Concezione penalistica della administrazione, en Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, p. 103, citado por DONNA ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., ob. cit., p. 26. Siendo así, la administración pública, además de ser el objeto tutela para el derecho penal, esto es, el bien jurídico protegido en los Delitos contra la administración pública, también resulta ser una fuente de deberes destinados a determinados sujetos (funcionarios y público) quienes actúan "en razón del cargo", conforme se advierte en los diferentes artículos registrados en el título XVIII del Código Penal.

91 Según los lineamiento de Claus ROXIN, quién considera que estos deberes especiales tienen naturaleza extrapenal, es decir se encuentran en una realidad previa al tipo penal, sin embargo dichos deberes son necesarios para la realización del mismo, por cuanto están antepuestos en el plano lógico a la norma del derecho penal y que por lo general se originan en otros ámbitos del derecho, argumento citado por CARO JHON, José, "Autoría y participación: los grados de intervención delictiva", en CALCINA HANCCO, Aldo (coord.), *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa,* Lima: Grijley, 2016, p. 48 y ss.

92 PARIONA ARANA, Raúl, *Derecho Penal, consideraciones dogmáticas y político criminal,* Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 117.

93 En similar postura, tenemos a PARIONA ARANA, quién asumiendo la tesis inicial de ROXIN, indica que la infracción del deber fundamenta la autoría y no el injusto, siendo este el criterio dogmático por excelencia para determinar y delimitar la autoría en los delitos que suponen la existencia de un deber especial, de la misma forma, PARIONA ARANA, indica que la autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial, por cuanto existe una autonomía en la formación de conceptos desarrollados por el Derecho Penal, discrepando en este último extremo de la versión de ROXIN, quién indica que los deberes especiales tienen naturaleza extra-típica. Véase PARIONA ARANA, *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político criminales,* Lima: Instituto Pacífico, pp. 113 y ss.

94 Partidario de esta tesis resulta ser SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quién indica que, esta postura tiene una doble función, haciendo referencia a la posición de garante que también contiene un deber especial, es decir, por un lado fundamentaría la punibilidad y por otro lado a la autoría, en ese sentido hace referencia al ejemplo de la madre que no impide que su marido mantenga relaciones sexuales con la hija menor de ambos, respondería como participe en delito de aquél, a pesar de que ella ha quebrantado indudablemente su deber como madre, ya que – se dice- mediante omisión no puede cometer el delito de abusos sobre menores sometidos a la propia guarda. Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 199 y ss.

en razón de lo determinante y contundente de la institución que alberga el deber específico, postura a la cual nos adherimos. La afirmación expuesta, es asumida, por cuanto considero que la institución positiva (familia, matrimonio, administración pública, ley penal, administración de justicia y/o justicia, etc., la cual contiene deberes especiales) abarca tanto al autor (según la descripción típica plasma en los tipos penales, registrada algunas veces, con la nomenclatura "en razón del cargo" y otras veces describiendo el estatus especial del autor), así como al injusto penal.

Respecto al "autor", en un delito de infracción de deber, la autoría tiene contenido por la existencia del deber especial, el cual, no funciona únicamente como un delimitador formal entre delitos comunes y especiales, sino que, además opera fundamentando la autoría en razón de la existencia de la institución positiva, es decir, el funcionario o servidor público resulta ser autor del delito de peculado doloso, no solamente por tener el estatus especial, sino que además, ostenta el deber de custodia y lealtad respecto a la administración del erario público otorgado en razón del cargo, dicho deber es impuesto por la fuente generadora, en este caso, administración pública.

Respecto al "injusto penal", es decir, hecho típico y antijurídico, consideramos que:

> [L]a infracción del deber especial por parte del autor cualificado, también logra fundamentarlo, por cuanto, el sujeto especial con la infracción del deber, no solo crea un riesgo jurídicamente desaprobado sino que además estaría poniendo en peligro o lesionando el bien jurídico tutelado por la ley penal, ello, en razón que la institución positiva, no solamente contiene el deber especial propio del autor sino que además, implícitamente, contiene una norma de mandato, la cual cumple una doble función concomitante e indisoluble, por un lado, obliga al sujeto cualificado a comportarse de una manera determinada en razón del deber especial asumido, y por otro lado, tiene como finalidad proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal, siendo así, la infracción del deber penal y no así los meros deberes administrativos, fundamentaría la autoría y el injusto penal[95].

La idea expuesta, transciende los análisis teóricos y penetra en la solución de conflictos sociales reales y concretos, así tenemos, el R. N. N.° 722-2013-Tacna, de fecha 1 de agosto del 2013, suscrito por los jueces supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el cual, en el tercer considerando, se viene indicando que:

> Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo "no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo". Cabe precisar, además que nos encontramos ante *un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, neminen laede, de los deberes de no lesionar a otras personas, mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario;* es necesario una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen

95 Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, "La problemática de la participación del extraño en el delito de parricidio", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 60, Lima: junio del 2014, p. 129 y ss.

como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial.

Ante ello, la tesis expuesta, consideramos, que contiene sustento material y utilidad práctica en la solución de conflictos sociales con contenido penal.

4. Del contenido del artículo 425 del Código Penal

El art. 425 del CP, señala lo siguiente:

> Se consideran funcionarios o servidores públicos:
> 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
> 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
> 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
> 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
> 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
> 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
> 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

En ese sentido, conforme manifestamos líneas arriba, el derecho penal asume un concepto amplio de funcionario y servidor público, criterio distinto a las demás ramas del sistema jurídico, por lo tanto, conforme indica FRISANCHO APARICIO, citando a QUERALT, "se tratarían de ideas o criterios que servirán para entender quiénes son considerados funcionarios o servidores públicos para los efectos penales"[96]. Siendo así, a continuación se analizará cada uno de los supuestos registrados en el art. 425 del CP.

4.1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa

El dispositivo legal, presenta al agente del derecho, la posibilidad de recurrir a leyes extrapenales, con la finalidad de identificar el estatus de funcionario o servir público, en ese sentido, el D. Leg. N.° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) precisa en que consiste la carrera administrativa, conforme se observa a continuación:

> **Artículo 1.** Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos.

En términos similares, el D. S. N.° 005-90-PCM (*Reglamento de la Carrera Administrativa*), señala lo siguiente:

96 QUERALT, Joan, "El concepto penal de funcionario público", citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 25.

> **Artículo 2.-** Inclusión y Exclusión.- La Carrera Administrativa comprende a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública; con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado cualquiera que sea su forma jurídica, así como de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes en ningún caso les será de aplicación las normas del D. Leg. N.º 276 y su Reglamento

Siendo así, la carrera administrativa, mantiene una estructura funcional, dosificando en diversos equipos técnicos a los funcionarios y servidores públicos, conforme se puede observar en el art. 9 del D. Leg. N.º 276, en el cual se indica lo siguiente:

> **Artículo 9.-** Los grupos ocupacionales de la Carrera Administrativa son Profesional, Técnico y Auxiliar: **a)** El Grupo Profesional está constituido por servidores con título profesional o grado académico reconocido por la Ley Universitaria. **b)** El Grupo Técnico está constituido por servidores con formación superior o universitaria incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida. **c)** El Grupo Auxiliar está constituido por servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo. La sola tenencia de título, diploma, capacitación o experiencia no implica pertenencia al Grupo Profesional o Técnico, si no se ha postulado expresamente para ingresar en él.

De la misma forma, la carrera administrativa, dosifica la ubicación de los agentes públicos e identifica los niveles laborales respectivos, conforme indican los arts. 10 y 11 del D. Leg. N.° 276, según se advierte a continuación:

> **Artículo 10.-** La Carrera comprende de catorce (14) niveles al Grupo Profesional le corresponde los ocho (8) niveles superiores; al Grupo Técnico, diez (10) niveles comprendidos entre el tercero y el decimosegundo; al Grupo Auxiliar, los siete (7) niveles inferiores.
>
> **Artículo 11.-** Para la progresión sucesiva en los niveles se tomarán en cuenta los factores siguientes: a) Estudios de formación general y de capacitación específica o experiencia reconocida; b) Méritos individuales, adecuadamente evaluados; y c) Tiempo de permanencia en el nivel.

4.2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular

Respecto al inciso aludido, observamos que su contenido tiene como marco de referencia, diversos dispositivos legales, asi tenemos el inciso 2 del art. 4 de la Ley N.° 28175 (*Ley Marco del Empleo Público*), conforme se precisa a continuación:

> **Artículo 4.-** Clasificación El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:[...]
> 2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

Por otro lado, tenemos que el mencionado dispositivo legal, precisa los requisitos y procedimiento para asumir los *cargos políticos o de confianza aludidos*, conforme se muestra a continuación:

> Artículo 5.- Acceso al empleo público
>
> El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

Artículo 6.- Requisitos para la convocatoria

Para la convocatoria del proceso de selección se requiere: a) Existencia de un puesto de trabajo presupuestado en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP y en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP. b) Identificación del puesto de trabajo. c) Descripción de las competencias y méritos. d) Establecimiento de criterios de puntuación y puntaje mínimo. e) Determinación de remuneración.

Artículo 7.- Requisitos para postular

Son requisitos para postular al empleo público: a) Declaración de voluntad del postulante. b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales. c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo. d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante. e) Los demás que se señale para cada concurso.

Artículo 8.- Procedimiento de selección

El procedimiento de selección se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato. La convocatoria se realiza por medios de comunicación de alcance nacional y en el portal informático respectivo.

Respecto a los cargos políticos provenientes de elección popular, de conformidad con la Ley N.° 26859 (*Ley Orgánica de Elecciones*) se advierte la existencia de determinados organismos autónomos responsables de su convocatoria y elección, a continuación precisamos los detalles, así tenemos:

Artículo 1°.- Del sistema electoral

El Sistema Electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los que actúan con autonomía y mantienen entre sí relación de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones.

Artículo 6°.- De los procesos electorales

La presente Ley comprende los siguientes Procesos Electorales: a) Elecciones Presidenciales. Incluye los procesos para elegir al Presidente y Vicepresidentes de la República. b) Elecciones Parlamentarias. Comprende la elección de los Congresistas de la República. c) Elecciones de Jueces según la Constitución. Comprende la elección de los Jueces de conformidad con la Constitución. d) Referéndum y Revocatoria de Autoridades. Para convalidar o rechazar determinados actos de gobierno a través del proceso de consulta popular. Tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el Estado o por iniciativa popular, de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana.

Respecto a los cargos políticos vinculados al presidente, vicepresidente y Congresistas de la República, de conformidad con la Ley N.° 26859 (*Ley Orgánica de Elecciones*) se indica lo siguiente:

Artículo 104°.- De los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República

Los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, sean de un Partido, Agrupación Independiente o Alianza, solicitan su inscripción en una sola y misma fórmula. La denegatoria de inscripción del candidato a la Presidencia implica la de los candidatos a las Vicepresidencias de la misma lista. Si la denegatoria es sólo de uno de los dos candidatos a la Vicepresidencia, se inscribe al candidato a la Presidencia y al otro candidato a la vicepresidencia. El candidato a la Vicepresidencia cuya candidatura fue denegada, podrá ser reemplazado hasta el tercer día después de comunicada la denegatoria.

Artículo 112°.- Requisito para ser elegido Congresista

Para ser elegido representante al Congreso de la República y representante ante el Parlamento Andino se requiere: a) Ser peruano de nacimiento; b) Ser mayor de veinticinco (25) años; c) Gozar del derecho de sufragio; y, d) Estar inscrito en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Con relación a los cargos políticos vinculados al presidente, vicepresidente y Miembros Del Consejo Regional, de conformidad con la Ley N.° 27683 (Ley de Elecciones Regionales, modificada por Ley N.° 29470, de fecha 14 de diciembre del 2009) se indica los cargos políticos provenientes de elección popular, encontrándose determinados organismos autónomos responsables de su convocatoria y elección, a continuación precisamos los detalles, así tenemos:

> **Artículo 5.- Elección del presidente y vicepresidente regional**
> El Presidente y Vicepresidente del gobierno regional son elegidos conjuntamente por sufragio directo para un período de cuatro (4) años. Para ser elegidos se requiere que la formula respectiva obtenga no menos del treinta por ciento (30%) de los votos válidos. Si ninguna fórmula supera el porcentaje antes señalado, se procede a una segunda elección dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, en todas las circunscripciones que así lo requieran, en la cual participan las fórmulas que alcanzaron las dos más altas votaciones. En esta segunda elección, se proclama electa la fórmula de presidente y vicepresidente que obtenga la mayoría simple de votos válidos.

Respecto a los cargos políticos vinculados a alcaldes y regidores municipales, de conformidad con la Ley N.° 26864 (Ley de Elecciones Municipales, modificada por Ley N.° 27734, de fecha 27 de mayo del 2002) se indica los cargos políticos provenientes de elección popular, conforme se detalla a continuación:

> **Artículo 3.- Convocatoria y fecha de las elecciones**
> El Presidente de la República convoca a elecciones municipales con una anticipación no menor de 240 días naturales a la fecha de las elecciones, las que se llevan a cabo el tercer domingo del mes de noviembre del año en que finaliza el mandato de las autoridades municipales.
>
> Artículo 6.- Elección de alcaldes y regidores municipales
> Para ser elegido Alcalde o Regidor se requiere: 1. Ser ciudadano en ejercicio y tener Documento Nacional de Identidad. 2. Domiciliar en la provincia o el distrito donde se postule, cuando menos dos años continuos. En caso de domicilio múltiple rigen las disposiciones del Artículo 35 del Código Civil.

Asimismo, de conformidad con la Ley N.° 29824, se regula el proceso de elección del juez de paz, conforme se advierte a continuación:

> **Artículo II.- Del Juez de Paz**
> El juez de paz accede al cargo a través de los mecanismos de participación popular y de selección contenidos en la presente Ley.

Finalmente, precisamos que los procesos electores expuestos, resultan ser procesos electorales fijados por elección directa, propio de un modelo democrático de elección representativo[97]; sin embargo, "también existe un proceso de elección indirecta"[98], conforme señala la Const. Pol. vigente, entre ello tenemos los más importantes:

---

97 Cfr. ALONSO PEREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, p. 35, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 28.

98 Cfr. REYNA ALFARO, Luis, "El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, p. 78, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 28.

Artículo 82.- Del Contralor General

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

Artículo 86.- Del directorio del Banco Central de Reserva del Perú

El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional.

Artículo 91.- De los miembros del Parlamento Nacional

No pueden ser elegidos miembros del Parlamento Nacional si no han renunciado al cargo seis (6) meses antes de la elección: 1. Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General. 2. Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo. 3. El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria. 4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, y 5. Los demás casos que la Constitución prevé

Artículo 144.- Del Presidente del Poder Judicial

El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.

Artículo 155.- De los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura

Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia: 1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena. 2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos. 3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta. 4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley. 5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales. 6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares. El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años.

Artículo 158.- Del Fiscal de la Nación

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

Artículo 161.- Del defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere. Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica. El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado. El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.

Artículo 179.- De los miembros del Jurado Nacional de Elecciones

La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros: 1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones. 2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. 3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros. 4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos. 5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

Artículo 182.- Del Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales

El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Artículo 183.- Del Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones. [...]

Artículo 201.- De los miembros del Tribunal Constitucional

[...] Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

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.

El articulado citado, desde nuestra óptica, confirma la autonomía del concepto de funcionario y servidor público desarrollado por el derecho penal, criterio ajeno a los lineamiento literales del derecho administrativo o argumentos previsionales o tuitivos del derecho laboral, dicha afirmación, encuentra sustento, por cuanto el legislador indica de manera laxa la terminología "cualquier naturaleza", haciendo referencia al vínculo contractual asumido por una persona natural con los organismos, empresas o sociedades de economía mixta, todas ellas vinculadas con el Estado y su respectiva actividad pública o empresarial.

En ese contexto, si bien la segunda parte del art. 40 de la Carta Magna vigente, señala: "[N]o están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. [...]", sin embargo, dicha descripción no excluye la admisión del estatus funcionarial de la persona natural que mantiene vínculo contractual con el Estado, por cuanto, se deberá recurrir a una interpretación teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico, esto es, considerar el art. 1 de la Convención Interamericana contra la corrupción, ratificada por el Perú, mediante D. S. N.° 012-97-RE, en la cual se indica "[S]e 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". En ese mismo orden de ideas, los reiterados pronuncimientos jurisprudenciales, Ejecutoria Suprema expedida en el Exp. N.° 4106-Lima[99]; R. N. N.°3023-2009-Cusco[100], R. N. N.°4630-2008-Ica.[101]

4.3. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

La cláusula aludida, mantiene la esquemática de la autonomía y generalidad del concepto de funcionario y servidor público desarrollado por el derecho penal, por cuanto, el estatus especial de *intraneus*, también le correspondería a personas que sin haber contratado con el Estado, tendría tal estatus cualificado, dicha afirmación encuentra sustento en la medida que los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados, hayan sido nombrados por sujeto habilitante, esto es, por funcionario o servidor público operante en razón del cargo.

De la misma forma, los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados, tendrían una vinculación directa con el correcto funcionamiento de la administración pública, dicha vinculación sería tan igual que un agente público con relación contractual estatal, subsistiendo la diferencia que nos encontraríamos únicamente ante un

99 "Si bien la carta política en el segundo párrafo del artículo 40 precisa 'que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta', este dispositivo no deroga el artículo 425 del Código Penal vigente; y esto es así, puesto que el Estado de ninguna manera podía desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aún destipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores pertenecientes a las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta; en tal sentido los procesados mantienen la calidad de servidores públicos". Véase. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 141.

100 "Respecto al argumento de la defensa del encausado en su calidad de funcionario de Sedacusco, Sociedad Anónima, referido a no tener la calidad de servidor o funcionario público, conforme al artículo 40 de la Constitución Política del Estado, debe indicarse, que este carece de sustento, por cuanto, en el Acuerdo Plenario del año 1997, se acordó que 'La prohibición contenida en el artículo 40 de la Constitución tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y provisional', habiéndose establecido en reiteras resoluciones supremas, que el artículo 40 en referencia rige para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal, de quienes teniendo un vínculo laboral con una persona jurídica que maneja fondos públicos, cometan una conducta inadecuada en perjuicio económico de la misma, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se comente en la administración de dichas empresas". Véase. ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Parte especial y leyes penales especiales. Jurisprudencia*, t. IV, Lima: RZ, 2016, pp. 489-490.

101 "En reiterada jurisprudencia se ha determinado que los integrantes de los núcleos ejecutores que celebraron convenio con el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social (Foncodes), así como los inspectores y supervisores de éste, tienen la calidad de funcionarios públicos en virtud del artículo 425.3 del Código Penal, que dispone considerar esta condición al agente que independientemente de su régimen laboral mantiene vínculo contractual o laboral de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado; por cuyo motivo debe entenderse a aquellas personas que prestan sus servicios técnicos y profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y cuyas contribuciones con el aparato estatal llegan a constituir función pública". Véase, ROJAS VARGAS, *Código Penal. Parte especial y leyes penales especiales. Jurisprudencia*, ob. cit., pp. 490-491.

escenario de medidas cautelares, las cuales aparecen admitidas tanto para el derecho penal y derecho civil. En el plano jurisprudencial, subsiste el R. N. N.° 3380-2006 Áncash[102].

Por otro lado, es prudente advertir, que el inciso 4 del art. 425 del CP, materia de comentario, mantiene conexidad con el art. 392 del mismo cuerpo legal, respecto a la extensión de punibilidad vinculada a los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación, en razón que el legislador utilizó como técnica legislativa que los citados delitos, respecto al supuesto de hecho, mantendría vinculación en determinados casos respecto a "bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares", dicha situación resulta ser una evidencia más, de la autonomía del derecho penal y la amplitud del concepto de funcionario o servidor público, en términos similares tenemos la Ejecutoria Suprema de fecha 26/06/2003, expedida en el Exp. N.° 2193-2002-Lima[103]

4.4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Respecto a las *Fuerzas Armadas*, según el art. 5 del D. Leg. N,° 1136[104], registra la estructura de dicha entidad, siendo:

> **Artículo 5°.- Estructura Orgánica Básica**
>
> La Estructura Orgánica Básica del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas está compuesta por los siguientes órganos:
> 5.1. Alto Mando.- El Alto Mando está conformado por: - Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. - Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. - Inspector General del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. 5.2. Órganos Consultivos.- Los Órganos Consultivos son los encargados de analizar aquellos asuntos trascendentales relacionados con el funcionamiento y desarrollo del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, asesorando en temas que le sean consultados por el Jefe del CCFFAA quien los convoca y preside. 5.3. Órgano de Control Institucional.- El Órgano de Control Institucional es responsable del control gubernamental en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control. Está ubicado en el mayor nivel jerárquico de la estructura orgánica de la Institución 5.4. Órgano de Inspectoría.- El Órgano de Inspectoría es aquel cuyas competencias se circunscriben a asuntos militares, operacionales y disciplinarios. 5.5. Órganos de Administración Interna.- El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas cuenta con Divisiones y Oficinas destinadas al planeamiento operativo conjunto en el nivel estratégico-militar, así como al asesoramiento y apoyo al cumplimiento de sus funciones sustantivas.5.6. Órganos de Línea.- El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas cuenta con Comandos Operacionales y Especiales, encargados de las operaciones y acciones militares conjuntas de su responsabilidad.

---

102 "Conforme al inciso 4 del artículo 425 del CP, las personas particulares, para ser consideradas funcionarias públicas, tienen que ser designadas o nombradas como depositarias judiciales con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales los que les confían la administración, custodia o depósito de los bienes o dinero". Véase, FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., pp. 35-36.

103 "Los particulares que no forman parte de la administración pública, con la que únicamente mantinen vínculos laborales o contractuales, pero debido a la importancia de la actividad que despliegan, han sido considerados normativamente como sujetos activos de Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y servidores públicos; así como la disposición contenida en el artículo 392 del Código Penal, la cual alude que están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389 los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o particulares no estatales que prestan servicios de asistencia a la colectividad". Véase SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública,* Lima: Jurista, 2004, p. 584. ROJAS VARGAS, *Código Penal. Parte especial y leyes penales especiales. Jurisprudencia.* ob. cit., p. 490.

104 Publicado el 10 de diciembre del 2012

Respecto a la Policía Nacional del Perú, según el art. 7 del D. Leg. N.° 1267[105], registra la estructura de dicha entidad, siendo:

> Artículo 7.- Estructura orgánica
>
> La Policía Nacional del Perú tiene la siguiente estructura orgánica: 1. Alta Dirección 1.1. Dirección General 1.2. Sub Dirección General 1.3. Inspectoría General 2. Secretaría Ejecutiva 3. Órgano de Control Institucional 4. Comité de Asesoramiento 5. Órganos Consultivos 6. Órganos de Administración Interna 6.1. Órganos de Asesoramiento 6.2. Órganos de Apoyo Administrativo 6.3. Órganos de Apoyo Policial 7. Órganos de Línea 7.1. Dirección Nacional de Investigación Criminal 7.2. Dirección Nacional de Prevención, Orden y Seguridad 8. Órganos Desconcentrados 8.1. Macro Regiones 8.2. Regiones y Frentes Policiales 8.3. Comisarías Las funciones y organización interna de los órganos y unidades orgánicas que conforman la estructura orgánica de la Policía Nacional del Perú se establecerán en el Reglamento del presente D. Leg. y se sujetarán a los lineamientos establecidos en las normas que regulan la organización y funciones de las Entidades del Estado.

Según el panorama expuesto, advertimos con facilidad, la finalidad del legislador de ampliar el radio de acción funcionarial a las diversas instituciones estatales, en este caso, a las fuerzas armadas y policiales, indistintamente de la estructura jerárquica que puedan presentar, conforme se detalló precedentemente.

4.5. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades

La temática expuesta, nuevamente, nos permite observar con meridiana claridad, el concepto amplio, genérico y autónomo de funcionario o servidor público, desarrollado por el derecho penal nacional, por cuanto, el legislador advierte que para fines de identificación funcionarial, no se requiere que el sujeto cualificado (funcionario o servidor público) haya expresados en el mundo laboral actos funcionales en razón del cargo, sino que basta con la designación, elección o proclamación, para cumplir con el elemento normativo exigido por los tipos penales vinculados a los delitos contra la administración pública.

Los motivos expuestos, encuentran justificación en el sentido de proteger los bienes jurídicos de naturaleza estatal, los cuales aparecen confiados a los funcionarios y/o servidores públicos, así como intensificar el reproche en la medida que lesiones otros bienes jurídicos, valiéndose del cargo público, situación en la cual se advierte, a efectos punitivos, una circunstancia agravante.

4.6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

El legislador, según el inciso materia de comentario, otorga al agente del derecho (juez) una cláusula abierta a efectos de identificar a los funcionarios o servidores públicos, esto es, nos remite a todos aquellos que aparecen señalados en la carta magna, en ese sentido, podemos advertir que la ley de leyes nos precisa diversos personajes que ostentarían el título aludido, así tenemos:

105 Publicado el 18 de diciembre del 2016.

> **Artículo 39**
>
> Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Por otro lado, respecto a la ley, existe una diversidad de dispositivos legales, en las distintas áreas del derecho, conforme aparece detallado líneas arriba, en la cual se otorga el título de funcionario o servidor público, a las cuales el agente del derecho (juez) deberá precisar según el caso específico, sin embargo, se deberá dejar claro, conforme se precisó líneas arriba, a pesar que existan lineamientos propios del derecho administrativo, laboral, leyes especiales, etc., mediante los cuales se fijan criterios conceptuales de funcionario o servidor público, empero, ello no significa que dichos conceptos deberán trasmutar tal y cual al derecho penal, ello no puede ser posible por la misma autonomía del derecho penal y además de ello, por cuanto, consideramos que el estatus de funcionario y servidor público, funciona como elemento normativo, el cual exige un juicio de valor según el caso concreto. En ese mismo sentido, el R. N. N.° 2659-2011-Arequipa[106], advierte la existencia de un trato diferenciado.

5. La intervención delictual en los delitos de infracción de deber según Claus ROXIN

Conforme se ha venido indicando, la filosofía de ROXIN, versa en fundamentos normativos, por lo tanto, la intervención delictual en los delitos infracción de deber se caracteriza, según el autor aludido, por cuanto, los deberes, que fundamentan la responsabilidad del autor, aparecen antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas, ROXIN, indica lo siguiente:

> Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídicos —públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico— civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido del injusto del hecho y por qué el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a la esta obligación[107].

Por lo tanto, el deber "extra-típico", determina la autoría, empero, dicha configuración deberá ser entendida bajo los lineamientos político criminales y matices constitucionales imperantes en un determinado Estado, es decir, en la medida que la conducta del agente delictivo haya creado un riesgo jurídicamente relevante, superando la barrera administrativa o convencional, e ingresando a las canteras del derecho penal, por cuanto, se lesionó un bien jurídico de relevancia penal.

---

106 El Fundamento décimo, señala "Que, en tal sentido, la administración podrá ejercer su potestad sancionadora, con independencia de la sanción penal por los mismos hechos, cuando se presenta una situación de quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente, en tanto y en cuanto, se va a partir de la existencia de condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo de la administración". Véase al respecto CARO JHON, José, *Summa Penal*, Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 726.

107 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., pp. 387-388.

5.1. Autoría directa en los delitos de infracción de deber

El profesor de la Escuela de Munich, ROXIN, respecto a la autoría directa, indica que:

> "Más bien, el elemento que para nosotros decide la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas"[108].

Por lo tanto, autor directo, según la tesis de ROXIN, resulta ser la "figura central" del delito, debiéndose precisar que la infracción del deber "extra-típico", determina y delimita la autoría y no así al injusto penal, en ese sentido, el dominio del hecho deviene en irrelevante e innecesario para fijar los contornos del autor, por ejemplo, conforme refiere PARIONA ARANA, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el resultado típico, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así, porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente cómplice del autor, pues aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del dominio del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial [109].

5.2. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber

Claus ROXIN, admite la existencia de autoría mediata en los delitos de infracción de deber, ante ello, indica lo siguiente:

> [E]n los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición del deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber —de nuevo en contraposición a los delitos de dominio— sólo en que el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo intraneus y extraneus. También las distintas manifestaciones de la autoría adquieren así una estructura notablemente modificada"[110].

De la misma forma, ante el problema tradicional, respecto a la punición del instrumento doloso no cualificado, perteneciente a los problemas de autoría mediata, ROXIN, indica que:

> [P]ara el problema del llamado instrumento doloso no cualificado (lo que desde siempre ha sido muy controvertido en los delitos de funcionarios) resulta con toda facilidad una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un extraneus a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo,

108 *Loc. cit.*
109 Cfr. PARIONA ARANA, *derecho penal, consideraciones dogmáticas y político criminal,* ob. cit., p. 110 y ss.
110 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal,* ob. cit. p. 394.

> por ejemplo la certificación falsa [...].En cambio, el falsificador extraneus, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice[111].

En términos similares, PARIONA ARANA, discípulo de ROXIN, indica a continuación:

> [E]l hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraneus es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). [...] De aquello se puede concluir correctamente que el intraneus es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica "a través de otro" infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el "dominio del hecho", el extraneus es solo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo[112].

5.3. Coautoría en los delitos de infracción de deber

Según ROXIN, es posible admitir la figura de coautoría en los delitos de infracción de deber, dicha admisión operaría, en la medida que exista pluralidad de intervinientes cualificados, quienes tendrían que quebrantar un deber especial común. En palabras propias del citado autor:

> La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentra sujetas a un mismo y único deber[113].

ROXIN, continúa argumentando, ejemplificando sus ideas, en las siguientes líneas:

> [S]iempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así, por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones...] y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiada a multitud de funcionarios de correos [...]. En estos casos, según la opinión que aquí se mantiene, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas[114].

5.4. La participación en los delitos de infracción de deber

Siguiendo la línea argumentativa de ROXIN la participación delictual también es posible en los delitos de infracción de deber, por cuanto, según ROXIN:

> [E]l panorama cambia en seguida cuando se contempla a los delitos de infracción de deber, con arreglo a la concepción aquí mantenida, colmo grupo independiente, advirtiendo que también aquí el autor representa la figura central del suceso de la acción, pero que este concepto rector ha de dotarse de contenido mediante otros criterios que nada tienen que ver con el dominio del hecho. Caracterizando al participe ya no mediante "cooperación sin dominio del hecho", sino mediante la "intervención sin infracción de deber especial", su estructura no se modifica porque el obligado obre sin dolo. De un modo u otro se da una producción de resultado fuera de la obligación, y la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, en este contexto se revela como absolutamente irrelevante[115].

---

111 *Loc. cit.*
112 PARIONA ARANA, *Derecho penal, consideraciones dogmáticas y político criminal*, ob. cit., p. 110.
113 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 391.
114 *Loc. cit.*
115 *Ibid.*, p. 401.

Por otro lado, ROXIN, hace referencia de manera concreta a las formas de partición delictual, así tenemos:

> En los delitos de infracción de deber, en cambio, es perfectamente posible la participación en hechos principales, no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación. Por tanto, los dos extranei de las sentencias antes mencionadas pueden ser castigados como inductores a sendos delitos [...], aunque el ejecutor directo obrara en error sobre el tipo[116].

6. La tesis de los delitos de infracción de deber según GÜNTHER JAKOBS

El profesor de la escuela de Bonn, JAKOBS, dentro de su modelo sistémico, postula la existencia de delitos de infracción de deber, empero, se aleja de los planteamientos de ROXIN, respecto a la "figura central" del autor y el concepto extra típico del deber, en sentido contrario, fiel a su sistema de competencias, postula que los delitos de infracción de deber aparece ligado a los deberes en virtud de responsabilidad institucional. En ese sentido, JAKOBS, desarrolla un concepto de delito de infracción de deber, bajo la influencia de competencias e instituciones, es decir, "competencias", responde a la capacidad de organizar nuestro escenario personal, citando a HEGEL, "sé persona y respeta a los demás como persona"[117];respecto a las "instituciones", conforme indica JAKOBS, "[...] Se entiende por institución, en el sentido de las ciencias sociales, la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual y que más bien contribuye a constituir a ésta"[118].

Por lo tanto, conforme puede advertir el lector, el pensamiento Jakobsiano, desarrolla una nueva clasificación delictual, según su sistema de imputación, es decir, los delitos se clasifican en delitos en virtud de responsabilidad por organización, conocidos tradicionalmente como delitos comunes o de dominio, los cuales, estarían determinados por deberes generales, esto es, "no dañar", por lo tanto, la organización defectuosa del ámbito de competencia, sustentada en un rol general, justificaría la imputación jurídico penal. Por otro lado, tenemos, delitos en virtud de organizaciones institucionales, es decir, delitos que contienen deberes específicos en sentido estricto, en términos de JAKOBS:

> Aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo —aun cuando no necesariamente desinteresado—. Con ello, los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalente a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como —para los deberes genuinamente estatales— las relaciones estatales de poder, la función "policial" de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de Justicia como principio básico del Estado de Derecho[119].

116 *Ibid.*, pp. 403-404.
117 Cfr. HEGEL, Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, p. 36.
118 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 994. En términos similares, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva,* ob. cit., p. 93 y ss. CARO JHON, *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva,* ob. cit., pp. 54 y 55.
119 *Loc. cit.*

6.1. Fundamentos teóricos

El pensamiento del profesor JAKOBS, respecto a la fijación de criterios de imputación, versa sobre la identificación de roles manifiestos en sociedad, es decir, *roles generales* vinculados al escenario competencial de cualquier ciudadano con capacidad de organizar su libertad personal, es decir una relación negativa y, *roles especiales* "respecto a sujetos cualificados obligados positivamente a deberes de salvamento o fomento y deberes institucionales", de la misma forma, indica el citado autor, que estos deberes especiales, no se suelen "deducir" de la institución, sino de la ley[120].

Respecto a los deberes de salvamento, continúa indicando JAKOBS:

> Junto a esta relación negativa, respecto de determinadas personas —aquellas que desempeñan roles especiales— existe además una relación positiva: algunos deben ayudar también cuando el riesgo que amenaza no ha sido causado por ellos, es decir, que tienen el deber de aportar su cuidado solidario a otras personas; cabe mencionar a los padres en relación con sus hijos, a la policía en relación los ciudadanos, el servicio público de salud, el juez en su actividad de dirimir contenciosos; y cabria mencionar otros más. Cuando tales portadores de un rol especial infringen su deber —lo padres permiten el deterioro espiritual de sus hijos, la policía no evita la comisión de delitos, el médico abandona a su paciente en su dolencia, el juez se deja sobornar—, posiblemente resulten lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta la gracia del asunto. Por el contrario, lo que sucede es que el autor no detiene el curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza: una institución que debería realizar una prestación de apoyo solidario se ha negado a ello, o, dicho de otro modo, se trata de que un bien que estaba por constituir, no es constituido —es decir, no se crea la salud de un hijo, la salud, la imposición del ordenamiento jurídico—; en breves palabras: se trata de la denegación de un apoyo solidario[121].

Por otro lado, respecto al tema que nos motiva, los deberes de función o positivos, el autor aludido, indica a contunuación:

> El obligado por un deber positivo que organiza una lesión solo o conjuntamente con otros, no suspende mediante esta conducta su deber positivo, sino que, por el contrario, lo infringe igualmente, y puesto que los efectos de ese deber son de carácter personalísimo —no es posible transmitir con efectos exoneratorio el status de padre o de funcionario a otro—, el obligado por el deber positivo está infringiendo ese su deber positivo de modo directo, por lo que siempre será autor, es decir, también en aquel caso en el que, infringiendo la prohibición, colabora con otro sujeto. Dicho con un último ejemplo: el médico responsable del tratamiento que ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera es autor como si él mismo lo hubiera administrado. Se habla de un delito de deber[122].

6.2. La intervención delictual en los delitos de infracción de deber según Günther JAKOBS

El sistema del profesor Günther JAKOBS, respecto a la intervención delictual, es de suma importancia para los agentes del derecho, por la claridad y coherencia con la cual maneja la temática, en ese sentido, las categorías delictuales usadas por el citado autor, son diferentes a las concepciones convencionales conocidas, por ello, es necesario, tener presente la dimensión filosófica y sociológica que utiliza el profesor de la escuela de Bonn, conforme fue indicada líneas arriba.

Siendo así, JAKOBS indica que:

120 *Loc. cit.*
121 JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática-jurídico penal*, ob. cit., pp. 61 y 62.
122 *Ibid.*, p. 132.

> [T]ambién hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre es concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuenta todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien. Ejemplo: El tutor, a quien un tercero le da el concejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal [...], aun cuando él le falte dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. Para los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia. Ejemplo: La muerte de su hijo menor de edad es delito de infracción de deber para los padres, de modo que siempre se da autoría, sin tener en cuenta si se da o no intervención, y en qué medida; si la muerte sobreviene mediante entrega de un medio para suicidarse, a la responsabilidad por el delito de infracción de deber se añade la responsabilidad por autoría mediata[123].

6.2.1. Autoría directa en los delitos de infracción de deber

Conforme se puede advertir, el sistema de imputación Jakobsiano, admite sin duda alguna, la figura de autoría directa en los delitos de infracción de deber, por cuanto, el deber especial resulta ser determinante, es decir, fundamenta la punibilidad, por cuanto existe una plataforma personalísima que vincula, normativamente, al autor con el bien jurídico protegido.

En términos del mismo JAKOBS:

> En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder "en segundo término" y por tanto sólo limitadamente: Los deberes propios (fundamentadores de la punibilidad) o impropios (agravantes de la penalidad) son especiales elementos personales. A estos efectos, por estatus se entiende aquí un haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, del cual el deber lesionado garantizado penalmente sólo constituye un fragmento [...]. En las instituciones de importancia transcendental para la existencia de la sociedad, el estatus se convierte en posesión de garante...]; el delito especial es entonces, simultáneamente, delito de infracción de deber, de modo que el obligado especialmente, por lo que se refiere al ámbito de su deber especial, es siempre autor[124].

La situación expuesta, advierte la irrelevancia en el trato discriminado entre acción y omisión, resultando inoficioso tal dilema conductual, por cuanto, el deber especial, plasmado en la institución y ley, fundamentan el injusto penal, conforme indica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES seguidamente:

> [S]i el obligado especialmente, como consecuencia de la infracción de su deber llevada a cabo por omisión, se convierte en autor, es obvio que lo mismo ha de suceder cuando el obligado, en vez de omitir, actúa. Siempre que se incumpla los deberes de una institución positiva se responde como autor, y en verdad —como en la ley de Hammurabi—, independientemente de si la lesión se ha producido por acción o por omisión"[125].

123 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 791.
124 *Ibid.*, p. 831.
125 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 186 y ss.

De la misma forma, es necesario precisar que, en el sistema de JAKOBS, respecto a los delitos de infracción de deber, se admite el principio de autoría única, situación que generó una ácida crítica por la mayoría de los miembros de la dogmática penal, por cuanto, se pretendía mermar el sistema restrictivo de autor, regresando al sistema extensivo o unitario de autor, empero, la pluma aguda de JAKOBS, se mantiene firme como el Coloso de Rodas, seduciendo a diversos críticos a converger con sus postulados, generando un efecto expansivo con el devenir de los días.

En ese sentido, Silvina BACIGALUPO, defendiendo la tesis de los delitos de infracción de deber, y absolviendo la crítica expuesta, indica que:

> Sin perjuicio de los argumentos de ROXIN, la cítrica española basa en el concepto extensivo de autor no está justificada. En primer lugar el concepto extensivo de autor, como se señaló al comienzo, es una consecuencia de entender que todo causante de un resultado es autor, salvo que sea inductor o cooperador. Entre este concepto y el que propone la teoría de los delitos de infracción de deber no existe menor analogía. Por ello la teoría de los delitos de infracción de deber representa, en realidad, un concepto restrictivo de autor: Sólo puede ser autor el que infringe el deber y no cualquiera que ponga una causa para producir la lesión del bien. La infracción del deber opera reduciendo las causalidades relevantes respecto de la realización del tipo[126].

6.2.2. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber

En el modelo Jakobsiano, la autoría mediata en los delitos de infracción de deber, resulta inadmisible, conforme fluye del mismo fundamento de los delitos de institución positiva, es decir, el deber especial por el alto contenido personalísimo e intransferible, convierte en irrelevante la instrumentalización de un tercero, por lo tanto, no es posible su admisibilidad.

El razonamiento agudo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[127], y siguiendo la línea Jakobs, quien resulta ser su mentor, nos muestra tres grupos de casos, en los cuales no es admisible la autoría mediata en los delitos de infracción de deber, así tenemos: a) El hombre de adelante es un *extraneus*, siendo el hombre de atrás un obligado, intraneus; b) El hombre de adelante y el hombre de atrás son intraneus y, c) El obligado positivamente, *intraneus*, permite que un tercero lleve a cabo la ejecución típica; en los casos expuestos, el autor, irremisiblemente concluye que:

> [E]n mi opinión, la figura de autoría mediata no parece la construcción jurídico-penal adecuada para describir dogmáticamente la situación del obligado positivamente que lleva a un extraneus o deja que ese extraneus lleve a cabo la ejecución que —si bien no para él, pero sí para el intraneus— resulta típica. Y es que un deber positivo, como sabemos, obliga a la protección y fomento del bien jurídico de que se trate, sin que importe de dónde vengan los peligros ni de qué forma el mismo pueda ser dañado. Estamos, pues, ante una responsabilidad inmediata —y en ningún caso mediato— del obligado especial, ya que la vinculación que éste tiene con el bien jurídico al que debe ayuda y fomento también es inmediata y personalísima.[128]

126 BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 110.
127 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 206.
128 *Ibid.*, pp. 207-208.

6.2.3. Coautoría en los delitos de infracción de deber

En términos similares, respecto a la autoría mediata, JAKOBS, no admite la existencia de la coautoría en los delitos de infracción de deber, por la misma naturaleza personal e intrínseca del deber positivo recaída en el autor, a pesar que exista pluralidad de intervinientes, situación ajena a un escenario fenomenológico, por cuanto, el aporte no se mide, en este escenario, por un aporte natural.

La afirmación expuesta, fluye del mismo fundamento del profesor de Bonn, respecto al rol especial proveniente de una institución, es decir, de un escenario cualificado; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, explica el escenario, indicando: "La coautoría no es posible, puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento"[129].

6.2.4. La participación en los delitos de infracción de deber

La participación delictual, complicidad —primaria y secundaria— e instigación, mantiene determinadas reglas, una de las principales, aparece arraigada al principio de accesoriedad, es decir, que la participación depende de la autoría, sin embargo, dicha regla determinante para los delitos de dominio, no operaria en el sistema de JAKOBS, respecto a los delitos de infracción de deber, conforme indica textualmente el autor aludido: "Esta consecuencia confirma la solución a la que se ha llegado, pues, dado que el especial elemento personal fundamenta per se autoría, *se evita* [...] la construcción paradójica de la participación en un injusto especial sin hecho principal de tal naturaleza"[130].

En términos similares a la afirmación expuesta, CARO JHON, indica que:

> Entonces la accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber. Sobre la mentada accesoriedad sólo cabe en todo caso una reflexión en los delitos de dominio o de organización, aunque si bien cada vez con mayores reticencias porque en el plano normativo no es posible establecer una relación de accesoriedad o dependencia de la participación respecto de la autoría, cuestión que sí parece relucir con mayor notoriedad en el plano psicologizante o naturalistico[131].

Ante lo expuesto, urge la necesidad de precisar que, el hecho que no opera el principio de accesoriedad en los delitos de infracción de deber, no significa impunidad del participe que interviene fácticamente en un delito de infracción de deber, sino, por el contrario, el partícipe si responde penalmente en un delito de infracción de deber, en la medida que su aporte aparezca ligado al hecho punible y no al autor cualificado, conforme indica Silvina BACIGALUPO:

129 *Ibid.*, p. 202.
130 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 831.
131 CARO JHON, "Autoría y participación: los grados de intervención delictiva", ob. cit., p. 65 y ss.

Por tanto, autor será quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido ni obre con dolo. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber[132].

132 BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 168.

PARTE II

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR PARTICULARES

ANTECEDENTES

Si bien la técnica de tipificación, en cuanto a los delitos contra la administración pública, aparece fundamentalmente dirigida a sujetos cualificados —ya que en ellos existe un deber especial y una relación directa con el bien jurídico tutelado por la ley penal—, también es cierto que el legislador, con la finalidad de proteger determinados bienes jurídicos vinculados a la administración pública, amplió el radio de acción a la imputación de terceras personas, quienes sin tener la condición especial, ni deber de salvamente frente al bien jurídico, atentan contra el correcto funcionamiento del sistema de administración pública.

El presente apartado desarrolla la conducta delictual de los diversos *extraneus*, quienes despliegan conductas lesivas en contravención a las normas prohibitivas, siendo esta una de las diferencias respecto a los delitos contra la administración pública cometidos por sujetos cualificados, toda vez que estos últimos lesionan normas de mandato. En el análisis de los delitos comunes —a desarrollar en los capítulos venideros—, al no existir fuente generadora del deber, la imputación jurídico penal radica en las estructuras propias de los delitos de dominio, en los cuales se examinará la conducta como un hacer o dejar de hacer. De la misma manera, los elementos descriptivos y normativos, aparecen analizados según los lineamientos propios de las estructuras lógico-objetivas.

Por otro lado, se advierte un examen de los tipos penales (aplicando una esquematica propia de las técnicas de tipificación), en el cual el tipo objetivo contiene tres elementos: referentes a los sujetos, a la conducta y los elementos concomitantes. De la misma forma, se realiza un análisis de las clases de delitos y su forma de ejecución, considerando el iter criminal y las diversas formas de ampliación del tipo penal: autoría y participación, analizándose en cada figura delictiva las tres formas de autoría (directa, mediata y coautoría); el nivel de participación y las formas de complicidad (primaria y secundaria) e instigación; para finalmente culminar con el análisis de las diversos niveles penológicos y pronunciamientos jurisprudenciales.

De esta manera, se presenta una visión panorámica de las diversas figuras delictivas cometidas por particulares contra la administración pública, procurando asumir lineamientos actualizados y coherentes con las diversas tiendas académicas que sustentan y explican el fenómeno delictual.

CAPÍTULO I
USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 361 CP)

El delito de usurpación de función pública, aparece registrado en el art. 361 del CP vigente, señalando lo siguiente:

Artículo 361

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayo de ocho años (modificado según Ley N.° 25444, del 23.04.1992)

II. ANTECEDENTES

Este tipo penal tiene diversos antecedentes. Al respecto, MANZINI, al realizar el análisis del art. 347 del CP italiano de 1930, indica: "La disposición del art. 347 no difiere sustancialmente de la del art. 185 del CP de 1889, sino por una mayor extensión subjetiva. El código sardo-italiano de 1859 (a semejanza del Código francés de 1810: art. 258) castigaba con el art. 289 la arbitraria injerencia en funciones públicas, y con el art. 234, el ejercicio de ellas después de la cesación del oficio o la suspensión. El coexistente Código toscano tenia también dos disposiciones en esta materia, el art. 153 (asunción arbitraria de funciones públicas) y el art. 154 (continuación arbitraria)"[1]. En ese contexto, el art. 347 del CP italiano de 1930 señalaba:

> Quienquiera que usurpa una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público, es castigado con la reclusión hasta de dos años. A la misma pena está sujeto el oficial público o empleado que, habiendo recibido participación de la providencia que hace cesar o suspende sus funciones o sus atribuciones, continúa ejerciéndolas. La condena importa la publicación de la sentencia.

A decir de BERNAL PINZÓN[2], el CP colombiano de 1922 —el cual mantuvo una influencia directa del derecho penal italiano de la época—, presenta dos antecedentes, registrados en los arts. 182 y 183, los cuales señalan:

1 MANZINI, Vicenzo, *Tratado de derecho penal*, 9.ª ed., t. IX y X, vol. IV y V, traducido por Sentis Melendo Santiago, Buenos Aires: Ediar, 1961, pp. 268 y 269.

2 BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá: Temis, 1965, p. 238.

> **Artículo 182**
> El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de diez a quinientos pesos.
>
> **Artículo 183**
> El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que continué desempeñando el cargo después de habérsele notificado la cesación o suspensión del ejercicio de sus funciones, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior.

En el Perú, el antecedente más cercano a la actual redacción resulta ser el art. 320 del CP de 1924, el cual señalaba:

> **Artículo 320**
> El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento, o la facultad de dar órdenes militares, o el que hallándose destituido o suspendido de un cargo continuare ejerciéndola, o el que ejerciere funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 3 del art. 27, por doble tiempo de la condena.

III. TIPO OBJETIVO

De la descripción típica del art. 361 del CP, se advierte los siguientes elementos fundamentadores del tipo objetivo.

1. Elementos referentes a los sujetos

Por técnica legislativa y por criterios políticos criminales, los tipos penales de la parte especial registran a los sujetos intervinientes en la conducta desaprobada por el sistema penal; esto es, sujeto activo y sujeto pasivo, conforme se explicará a continuación.

1.1. Sujeto activo

La técnica legislativa utilizada por este delito resulta ser inadecuada, por cuanto, en un mismo tipo penal, el legislador registra la participación de un sujeto cualificado (*intreneus*) y un sujeto común (*extraneus*), generando relativa confusión en la identificación del sujeto activo, debido a que según la sistemática del CP, nos encontramos frente a figuras delictivas cometidas por particulares. En ese contexto, resultaba más coherente la redacción del CP colombiano de 1922, al mantener un trato diferenciado respecto al sujeto activo (arts. 182 y 183).

A pesar de lo expuesto, la descripción típica respecto al sujeto activo aparece direccionada en tres momentos, conforme se detalla a continuación:

a) Primer momento. Aparece referido al sujeto que "sin título o nombramiento, usurpa una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales". En ese sentido, nos encontramos ante un sujeto común, *extraneus* o en términos de MOLINA ARRUBLA[3], sujeto activo calificado por exclusión. Es

3 MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 646, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 44.

decir, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad resulta ser autor del citado delito.

b) Segundo momento. Referido al sujeto que "hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo, continúa ejerciéndolo". En este extremo, nos referimos a un sujeto activo que, en un momento determinado, fue un funcionario o servidor público (según los lineamiento del art. 425 del CP y el caso concreto), sin embargo, a pesar de encontrarse "destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo", persiste ejerciéndolo. Asimismo, es necesario precisar que, en puridad, al momento de la manifestación delictual, el sujeto activo no mantiene una relación funcional, ni vinculación con el bien jurídico, por no ostentar el titulo especial funcionarial. Por lo tanto, para efectos del perfeccionamiento del injusto penal, el sujeto activo resulta ser un *extraneus*. A pesar de ello, el radio de autores aparece restringido, por cuanto dicho extraneus no es cualquier sujeto, sino aquel que en un momento anterior ostento el título de funcionario o servidor público[4].

c) Tercer momento. Aparece referido al "ejercicio de funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene". De esta manera, el autor resulta ser un sujeto cualificado (funcionario o servidor público), sin embargo, dicho sujeto incursiona en un cargo distinto para el cual fue llamado.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo resulta ser el Estado —único titular del bien jurídico tutelado—, entendido como "la administración pública", por cuanto, resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín del 15 de agosto del 2017, señala lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica; tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictiva de este delito presenta diversas manifestaciones, las cuales son analizadas a continuación.

2.1. De los conceptos técnicos jurídicos

La técnica legislativa presenta una descripción amplia respecto a la conducta delictiva. Así tenemos que, las modalidades típicas aparecen vinculadas al elemento nor-

4 En términos similares, PACHECO OSORIO comenta el art. 182 del CP colombiano del año 1922, indicando que el autor puede ser un funcionario o empleado público, por cuanto, en este extremo dicho sujeto estuvo vinculado a la función pública. *Vid.* PACHECO OSORIO, Pedro, *Derecho Penal especial*, pp. 245 y ss. citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., pp. 239 y ss.

mativo función pública, y algunas de ellas, al verbo rector *usurpar*, conforme se explicará a continuación.

2.1.1. De la noción de función pública en el art. 361 del CP

Respecto a la temática expuesta, Sebastián SOLER desarrolla la noción de *naturaleza pública,* indicando: "El acto usurpado no debe consistir en un acto cualquiera, posible para un funcionario, sino en un acto funcional. El que mostrando un falso carnet policial o municipal de inspector, entra a un cine gratis, estafa; pero el que lo exhibe para realizar un acto de inspección, usurpa autoridad. Por función pública debe entenderse, en este caso, la actividad de un funcionario como órgano actuante de la voluntad del Estado, por modesta que sea su esfera de actividad, de manera que quedan excluidas las funciones subalternas en las cuales no es posible discernir contenido alguno de acto público u oficial, no obstante ser cumplido normalmente por un empleado (ordenanza –chauffeur)"[5].

Asimismo, Saltelli y Romano DI FALCO respecto a la noción de *función pública,* precisan: "toda persona física, que forma o concurre a formar con su voluntad individual la voluntad del Estado y otro entre público dirigida al logro de un fin público"[6]. ABANTO VÁSQUEZ indica: "el tipo penal peruano vincula el acto de usurpación a una *función pública*. Esta debe entenderse comotoda tarea de la administración que implica el ejercicio de la voluntad estatal para realizar una finalidad pública. No basta con quese trate de ejecutar un *servicio público*, sino de un *ejercicio de la función propia de un funcionario*. Por ejemplo, no hay usurpación cuandoun vecino se lleva la basura dejada en la calle que a la Municipalidad le toca recoger, pero sí cuando, sin ser el funcionario competente, ordena que la basura sea recogida. No toda facultad de un funcionario público implica el ejercicio de una función pública. Además, la función debe existir en el momento del hecho"[7].

Respecto a la función pública —conforme mencionamos en capítulos anteriores—, consideramos que, resultaría ser el conjunto de actividades desplegadas por los funcionarios y servidores públicos designados en diversas entidades estatales, cuyo accionar se encuentra determinado por herramientas de gestión de trabajo (las cuales tienen un carácter normativo), impartiendo en los agentes públicos (funcionario y servidor público) una posición de *servicio* al interés general de una nación[8].

2.1.2. Del verbo rector usurpar en el art. 361 del CP

Respecto al verbo rector usurpar, existe una variedad conceptual. Así tenemos a MANZINI, quien indica que: "el concepto de usurpación implica el de una arbitraria

5 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, p. 144, citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., pp. 244-245.

6 SALTELLI, Carlo y Enrico ROMANO DI FALCÓ, *Comento teórico – práctico del Códice Penale*, p. 325, citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 245.

7 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, pp. 110 y ss.

8 Cfr. ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo,* Bogotá: Temis, 1985, p. 85.

invasión y, por lo tanto, la falta de una norma jurídica o de un acto de la autoridad competente que legitime la conducta del agente"[9].

La doctrina italiana, en este caso, a cargo de HUNGRIA y SABATINI (ambos citados por BERNAL PINZÓN), desarrollan un concepto respectivo. El primero de ellos señala: "Usurpar el ejercicio de la función pública, es investírsela y ejercerla indebidamente, arbitrariamente, sin título legítimo"[10]; en términos similares, el segundo informa que: "el funcionario usurpa función extraña a la suya, obra como cualquier particular, aunque indirectamente pueda valerse de su calidad de funcionario público para cometer un delito"[11].

Un aporte interesante en el Perú, resulta ser las afirmaciones de FRISANCHO APARICIO, quien indica: "La usurpación de funciones presupone la falta de apoyo legal o de un acto de autoridad competente que legitime la conducta del agente [...]. La esencia de la usurpación de función pública consiste en que al momento de ejercerla no se tenga la calidad oficial, es decir, se obre como mero particular. Esta circunstancia se da también cuando el agente prolonga, arbitrariamente en el tiempo, el ejercicio de funciones públicas, a pesar de haber cesado su desempeño en el cargo"[12]. Por lo tanto, según la redacción del art. 361 del CP, consideramos que el verbo rector *usurpar* significa que el autor se apodera ilegítimamente de un determinado cargo público con la finalidad de ejercer la función pública sin ostentar título o nombramiento válido, asimismo, el sujeto activo se arroga facultades funcionales, emitiendo órdenes en el rubro castrense y policial, como sí ostentara legítimamente el cargo público.

2.2. Modalidades típicas

En ese sentido, las modalidades típicas se resumen en los siguientes supuestos: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento; ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento; iii) Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado; y iv) Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado. A continuación, analizaremos los presupuestos mencionados.

2.2.1. Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento

En el supuesto analizado, se advierte inicialmente que el sujeto activo (*extraneus*) no ostenta título o nombramiento para el ejercicio de la función pública, situación que conlleva a evidenciar que la conducta delictiva aparece circunscrita al verbo *usurpar,* el mismo que se encuentra ligado a la función pública.

Respecto al título, se advierte que el *extraneus* no tiene título alguno que lo habilite, ya sea como funcionario o servidor público para el ejercicio legítimo de la función pública. En ese sentido, dicho requisito deberá interpretarse sistemáticamente, esto es, de

9 MANZINI, *Tratado de Derecho Penal,* ob. cit., p. 505.
10 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 242.
11 *Ibid.,* pp. 242-243.
12 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares,* 5.ª ed., Lima: Ediciones Legales, 2017, p. 122.

manera genérica según la temática del art. 425 del CP. Resultaría perfectamente posible que el sujeto activo no ostente el título producto del procedimiento respectivo exigido por una institución competente, ya sea por concurso o elección directa (Ministerio del Interior, Poder Judicial, Ministerio Público, Municipalidades, Consejo Nacional de la Magistratura, etc.), así como tampoco ostente el título producto de una elección popular (Jurado Nacional de Elecciones, etc.), por lo tanto, el concepto de título no deberá ser restringido al escenario literal propio de su concepto semántico[13].

Respecto al nombramiento, conforme indica PEÑA CABRERA: "el nombramiento importa la designación del funcionario público vía la expedición de una resolución por la autoridad competente: el nombramiento de jueces y fiscales, por parte del CNM; de los magistrados provisionales, en mérito a una resolución del fiscal de la Nación (en el caso del Ministerio Público); y de los presidentes de las Cortes Superiores, en el caso del Poder Judicial"[14]. Es decir, dicha situación dependerá del sujeto habilitado por ley para otorgar el respectivo nombramiento, sin embargo, respecto al caso concreto, el sujeto activo carece totalmente de dicho nombramiento.

2.2.2. Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento

El supuesto aludido precisa que el sujeto activo —sin contar con título o nombramiento alguno vinculado al mundo castrense o policial— se comporta como si tuviera título funcionarial, procediendo a generar órdenes a determinadas personas vinculadas a los sectores aludidos (militar o policial). En ese contexto, el sujeto activo se atribuye y ejerce materialmente facultades propias del cargo, emitiendo actos de disposición y operativizando la función pública.

De esta manera, el desvalor de la acción se sitúa en los actos simulados, por cuanto el autor se comporta como agente militar o policial habilitado en el cargo. Es necesario precisar que, en el supuesto caso de que el autor emita un acto funcional abusivo, no podría responder por el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP), ya que no ostenta la validez del título especial valido y subsecuentemente las ordenes dispuestas no tendrían contenido para generar validez en el acto administrativo o funcional, según el caso concreto.

2.2.3. Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado

El supuesto descrito advierte que el sujeto activo inicialmente ostentó válidamente el título de funcionario o servidor público, habiendo ejercido de manera normal la fun-

13 Según la RAE, "título" significa: "Dicho de una persona: Obtener un título académico". Véase, al respecto, RAE, "Definición de 'título' ". Recuperado de <https://bit.ly/2KKe912>. En ese mismo sentido, FONTÁN BALESTRA indica que: "Título es el medio oficial de acreditar la idoneidad en determinada rama del conocimiento. Vid. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal especial*, p. 805, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 46.

14 *Ibid.*, p. 47.

ción pública. Sin embargo, en el transcurso del tiempo —por razones diversas— pierde el cargo público, esto es, resulta ser destituido, cesado, suspendido o subrogado y pesar de ello, continua ejerciendo el cargo. Por lo que, cada caso concreto estará determinado por el respectivo verbo rector, a efecto de identificar la conducta delictiva.

Respecto al verbo rector "destituir", la RAE advierte que implica: "Separar a alguien del cargo que ejerce". Dicha definición señala que el sujeto cualificado perdió las prerrogativas y deberes propios del cargo, razón por la cual resulta ser ajeno a la función pública. En términos similares, SALINAS SICCHA ejemplifica la situación, indicando: "Se configura el supuesto cuando un fiscal, por resolución de la Fiscalía de la Nación, ha sido destituido del cargo de fiscal provincial y, sin embargo, pese a haber sido notificado y tener conocimiento de la destitución, continúa ejerciendo funciones de fiscal provincial (tomar manifestaciones, levantar cadáveres, participar en autopsias, etc.) alegando que no llega su reemplazo"[15].

En lo que concerta al verbo rector "cesar", la RAE señala su significado: "Dejar de desempeñar un cargo o un empleo". Por lo tanto, el sujeto activo (funcionario o servidor público) aparece desvinculado de la función pública, habiendo perdido el *estatus cualificado*. Al respecto, HUGO ÁLVAREZ[16] indica que: "El cese produce la terminación temporal o definitiva del cargo, sin embargo, a pesar de haber cesado en el cargo, el sujeto activo continua ejerciendo. Asimismo, dicha pérdida laboral, responde a diversos motivos. Según el caso concreto, por ejemplo, el juez cesado por haber cumplido su edad máxima en el cargo, conforme señala el art. 107.9 de la Ley de la Carrera Judicial".

El verbo rector *suspender* implica un criterio de temporalidad. En términos de la RAE, esto implicaría: "Privar temporalmente a alguien del sueldo o empleo que tiene". Es decir, el funcionario o servidor público aparece apartado temporalmente del ejercicio de la función pública, pero a pesar de ello, continúa ejerciendo labores en el cargo. La procedencia de la suspensión puede darse de diversas formas —según la peculiaridad del caso—, una de ellas resulta ser la aplicación de una medida disciplinaria. Por ejemplo, la suspensión del fiscal provincial penal, de conformidad con el art. 53 de la Ley de la Carrera Fiscal. Finalmente, respecto al verbo rector "subrogar", implica: "Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa".

En ese sentido, entendemos que el autor ha sido reemplazado por otra persona en el ejercicio del cargo, y a pesar de ello, persiste en continuar en el ejercicio funcional. Ejemplo del supuesto aludido aparece cuando, el perito nombrado por el juez en un proceso judicial para realizar determinada pericia resulta ser subrogado, sin embargo, continua ejerciendo funciones de tal[17].

15 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., Lima: Grijley, 2016, p. 67.
16 HUGO ALVAREZ, Jorge, "Delitos cometidos por particulares contra la administración pública", p. 75, citado por SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 68.
17 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 70.

2.2.4. Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado

El supuesto fáctico expuesto implica que, el sujeto activo, funcionario o servidor público, ingresa ilegalmente en la esfera laboral pública ajena a su competencia funcional, dicha competencia laboral le corresponde a otro sujeto cualificado. En similares términos, REÁTEGUI SÁNCHEZ indica: "Desde mi punto de vista, el autor —que normalmente será un funcionario público— ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo 'vicio' o 'error' consiste únicamente en que él carece de facultades para tal acto. No hay arbitrariedad, ni abuso, sino técnicamente lo que existe es una cuestión de incompetencia del órgano funcional. Si el acto constituyere, además, un delito de abuso de autoridad, es decir, que fuera abusivo y con perjuicio de tercero, existirá una relación concursal"[18]. GUEVARA VÁSQUEZ[19] señala como ejemplo al fiscal adjunto provincial, quien sin tener autorización expresa —resolución de la presidencia de la Junta de Fiscales Superiores—, emite actos propios del despacho fiscal, como si estuviese encargado del mismo.

2.3. Modalidad agravada

Este tipo penal presenta dos situaciones agravadas, siendo: i) El agente presta resistencia para perpetrar la comisión del delito, y ii) El agente se enfrenta a las fuerzas del orden para cometer el delito.

2.3.1. El agente delictual presta resistencia para perpetrar la comisión del delito

Este supuesto aparece enlazado con el supuesto de hecho del tipo base, es decir: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento, ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento, iii) Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado, y iv) Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado.

Bajo dichas circunstancias, el agente delictual emite resistencia contra la autoridad competente de restablecer el orden legal, esto es, el agente delictual abandona cualquiera de los cuatro supuestos mencionados según cada caso específico. En ese sentido, "resistir", según la RAE, significa: "Oponerse a la acción o violencia de otra"[20]; por lo tanto, observamos que el agente delictual se opone abiertamente al ejercicio de la autoridad competente. De la misma forma, la oposición aludida puede ser física o psicológica (a través de amenazas). FRISANCHO APARICIO indica que: "La resistencia no es más que una desobediencia cualificada por el uso de la fuerza o amenaza. Se entiende que el agente que ha consumado la usurpación de funciones, en cualquiera de sus tres modalidades, se opone a la orden de dejar el cargo o a la orden que le obliga a respetar la competencia de otro funcionario"[21].

18 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, t. I, vol. II, Lima: Legales, 2016, p. 1314.

19 GUEVARA VÁSQUEZ, Iván, *Tópica jurídico penal*, Lima: Ideas Solución, 2013, pp. 458 y ss.

20 R *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, t. I, vol. II, Lima: Legales.

21 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 134.

2.3.2. El agente delictual se enfrenta a las fuerzas del orden para cometer el delito

De la misma forma que el supuesto anterior, la conducta del agente delictual aparece vinculada a los supuestos bases, esto es: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento, ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento, iii) Continuación en el ejercicio del cargo público, a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado, y iv) Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado.

En en el caso concreto, el agente delictual se enfrenta directamente a las fuerzas del orden con la finalidad de obtener el cargo funcional que no le corresponde o asumir facultades ajenas. Finalmente, las dos modalidades agravadas aparecen condicionadas con la proposición *para*, esto significa que la técnica legislativa asume un criterio adelantado de punición (*ex ante*) a la consumación del tipo penal. Dicha situación nos permite advertir, según el *iter criminal*, que sí el agente delictual ingresa en los supuestos de "resistir" o "enfrentar", entonces estaríamos en el escenario delictual de "resistencia o desobediencia a la autoridad" —ilícito previsto en el art. 368 del CP—; es decir, el juicio de tipicidad para este último ilícito resultaría ser *ex post*.

2.4. Clase de delito

Los tipos penales son clasificados de diversas maneras, en ese sentido, Claus ROXIN[22] hace referencia a los delitos de resultado y de mera actividad. Respecto a los delitos de resultado, se puede señalar que son aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada, espacial y temporalmente, de la acción del autor, por ejemplo: el homicidio. En cambio, son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto, no se produce un resultado separable de ella, por ejemplo: el delito de allanamiento de morada.

El delito materia de análisis resulta ser de mera actividad y de peligro abstracto[23], por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho: "usurpar", "continuar"

---

22 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid: Civitas, 1997, pp. 327 y ss.

23 La estructura de los delitos de mera actividad y peligro abstracto tienen similar o idéntica configuración, por cuanto ambos generan un peligro *ex ante* respecto del bien jurídico tutelado por la ley penal, de modo tal que ambos delitos se presentan con la sola manifestación de la conducta desaprobada que consuma el tipo objetivo. En términos similares, HURTADO POZO, precisa que la estructura de los delitos de peligro abstracto obedece a la de los de mera actividad. *Vid.* HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, pp. 785 y ss.
Por otro lado, MATA Y MARTIN, respecto a la temática expuesta, informa que el delito se entiende realizado cuando el agente realiza una conducta ex ante peligrosa, sin que sea necesario verificar que ésta ha generado, en la situación específica, un determinado resultado penalmente relevante. Vid. MATA Y MARTIN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares, 1997, p. 54.
Finalmente y para efectos valorativos, MÁRQUEZ CISNEROS indica que: "[...] los delitos de peligro implican sólo una peligrosidad general de la conducta para el objeto protegido por el Derecho Penal. Es decir, no se exige que dicho objeto sea realmente puesto en peligro, sino que el legislador introduce una presunción *et de iure* de peligrosidad [...]". Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando, *El delito de conducción en estado de ebriedad*, Lima: Instituto Pacífico, 2012, p. 104

y "ejercer", coinciden con el último acto de la acción. De esta manera, discrepamos de la postura de SALINAS SICCHA[24], quien indica que el delito aludido resulta ser de resultado, por lo tanto admite tentativa. Las razones por las cuales discrepamos radican en la naturaleza material del delito aludido, es decir, la descripción típica del delito de usurpación de función pública no contiene el baremo "espacio-tiempo" (propio en los delitos de resultado); por lo tanto, para la consumación típica no se requiere resultado externo alguno (esto es, que se emita un acto funcional ilegal), ya que no resulta posible el fraccionamiento de la conducta[25]. En conclusión, dichos actos funcionales ilegales resultan formas agotadas del delito.

2.5. Forma de ejecución

El delito de usurpación de función pública es un delito de acción, por la misma redacción de los verbos rectores: "usurpar", "continuar" y "ejercer"; los mismos que exigen que el agente delictual exprese su conducta en el mundo real. Por lo tanto, no resulta posible admitir dicho delito por omisión (propia o impropia).

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes son aquellos que no aparecen expresamente definidos en el tipo objetivo, sin embargo, confluyen en la configuración del mismo. Por cuanto su existencia dota de contenido material al tipo penal, estos elementos resultan ser, fundamentalmente: el bien jurídico y la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

En sentido genérico, el bien jurídico protegido resulta ser el *normal funcionamiento de la administración pública*, por cuanto la técnica legislativa aparece orientada a la existencia y operatividad de la función pública en razón de un cargo estatal, el mismo que aparece lesionado con la conducta del agente delictual. En sentido específico, podemos advertir que el bien jurídico protegido resulta ser, conforme indica Carlos CREUS: "la legalidad de la función pública en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública para decidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios"[26], debiendo precisarse que dicho bien jurídico es afín al contenido del bien jurídico genérico, esto es, el regular funcionamiento de la administración pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Para atribuir un resultado a un contenido penal, es necesario que la conducta delictual mantenga una expresión causal con el resultado y además, que dicho resultado

24 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 79.

25 En términos similares, BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 248.

26 CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 148, citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, 5.ª ed., Lima: Ediciones Legales, 2017, p. 118.

le sea objetivamente imputable al autor a título personal —por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado—, debiendo identificar inicialmente la presencia de "riesgos", es decir riesgos permitidos. En ese sentido, ROXIN indica que: "[...] [B]ajo el riesgo permitido, una conducta crea un riesgo jurídicamente relevante, que generalmente (independientemente del caso particular) es permitida, y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo"[27]. Dicho razonamiento es perfectamente admitido en los delitos de resultado, sin embargo, es aún difícil de aceptar respecto a los delitos de mera actividad.

La imputación objetiva contiene dos vertientes: imputación de la conducta e imputación del resultado. Respecto a la imputación de la conducta[28], se advierte que la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo; en lo que compete a la imputación objetiva del resultado, la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*. Siendo así, existe un amplio debate[29] respecto a la admisión de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad, por cuanto, la imputación objetiva exige el criterio "espacio-temporal", presupuesto que aparece en los delitos de resultado y no así en los tipos penales de mera actividad, en razón que en estos últimos existe coincidencia simultánea entre la conducta desplegada y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Por lo tanto, considero que en los delitos de mera actividad, no se cumpliría con los presupuesto propios del baremo "espacio-tiempo", inmerso en los criterios de imputación objetiva.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito mencionado es de naturaleza dolosa, por cuanto el agente delictual no solo tiene conocimiento que el cargo público o facultades que pretende arrogarse no le

27 Cfr. ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducida por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Idemsa, 1997, p. 106.

28 Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta: 1. *Riesgo permitido*: El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado. 2. *Disminución del riesgo prohibido*: El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción. 3. *Riesgo insignificante*: El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico 4. *Principio de confianza*: El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes. 5. *Prohibición de regreso*: Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho. 6. *Autopuesta en peligro de la propia víctima*: Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

29 Respecto al debate aludido, tenemos la evidencia presentada por Juan Luis MODOLELL, manifiestado en su ensayo jurídico "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", quien refiere que Santiago MIR PUIG, para quien así como el resultado causado materialmente por una conducta pueda que no sea imputable a esta, por no ser previsible *ex ante* que causase el resultado, también en los delitos de mera actividad podría no ser previsible, desde un punto de vista *ex ante*; ilustrando su afirmación con el ejemplo siguiente: "El delito de allanamiento de morada ajena contra la voluntad de su morador [...] supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada". Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2015. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>. Ante tal ejemplo, considero que se deberá recurrir a la figura de error de tipo, como elemento negativo de la tipicidad, a efecto de enervar criterios de atribución, y no así a los presupuesto de imputación objetiva.

corresponden, sino que además, tiene la plena voluntad de usurpar la función pública, ejercer facultades que no le corresponden, o continuar en el cargo funcional, a pesar que tiene pleno conocimiento de su desvinculación del mismo. Por lo tanto, no se admite dolo eventual ni formas imprudentes, sino dolo directo.

V. *ITER CRIMINIS*

El hecho delictual aparece ligado al *iter criminis*, esto es, al camino delictual de relevancia para el derecho penal (actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento); situación que será analizada a continuación.

1. Actos preparatorios

Respecto al escenario delictual, no es posible admitir actos preparatorios, por cuanto estos —por regla general— no son punibles, excepto cuando el legislador los pune expresamente; situación ajena al tipo penal materia de análisis.

2. Tentativa

La figura de la tentativa, prevista en el art. 16 del CP, consiste en el hecho de que el agente comienza la ejecución de un delito, sin consumarlo[30]. Es decir, en términos de Nelson PESOA: "el tipo objetivo del injusto tentado se integra con dos notas: una positiva que es 'comienzo de ejecución'; y una negativa que es 'realización incompleta o parcial del tipo objetivo'".[31]

Bajo el escenario expuesto, no es posible admitir la tentativa en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, conforme fue explicado, la tentativa demanda dos escenarios: comienzo del plan delictual y realización incompleta del delito, presupuestos afines en los delitos de resultado y determinados por el baremo "espacio temporal"; situación ajena en los delitos de mera actividad y peligro abstracto.

3. Consumación

La consumación del citado delito aparece cuando, la conducta del agente delictual realiza el verbo rector del tipo penal, situación que genera la puesta en peligro o lesión material del bien jurídico tutelado por la ley penal[32]. Respecto al delito mencionado, el tipo penal alcanzará su perfeccionamiento punitivo en la medida que el agente delictual haya generado *ex ante* un peligro inminente para lesionar el normal funcionamiento de

30 En ese mismo contexto, CEREZO MIR nos indica que, la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la punición de la tentativa, es decir por la punición de las acciones dirigidas por la voluntad del autor a la lesión de un bien jurídico, Vid. CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal. Parte general,* t. I, Lima: Ara, 2006, pp. 510 y ss.

31 PESOA, Nelson, *Injusto penal y tentativa*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 278.

32 Aunado a lo expuesto, se debe tener presente que la consumación implica que al agente delictual haya cumplido con todos los elementos descriptivos o normativos del tipo penal señalados expresamente en el supuesto de hecho, eso incluye también al verbo rector. Dicha descripción aparece orientada tanto para los delitos de peligro y de lesión.

la administración pública[33]. Por lo tanto, la consumación delictual aparece manifiesta en la medida que la conducta del agente delictual se vea inmersa en los verbos rectores: "usurpar", "continuar" y "ejercer", los cuales aparecen integrados en los cuatro supuestos fácticos que abarcan el supuesto de hecho[34].

4. Agotamiento

La fase del agotamiento aparece identificada con posterioridad al momento consumativo, por lo tanto, deviene en irrelevante para la configuración del injusto penal. Sin embargo, resulta relevante a efectos pedagógicos, con la finalidad de identificar el escenario delictivo y la finalidad del autor. Conforme indica Carlos CREUS: "Se ha dicho que el delito se agota cuando, más allá de la consumación, el autor ha logrado la ulterior finalidad que se propuso al cometerlo [...]"[35]. De manera particular, considero que el agente delictivo después de haber incurrido en cualquiera de los verbos rectores: "usurpar", "continuar" y "ejercer", despliega actos funcionales, estos últimos resultan ser la forma agotada del citado delito.

Por lo tanto, respecto al supuesto Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento, este aparecerá en la medida que el agente delictual emita actos funcionales (administrativos, jurisdiccionales, fiscales, etc.) después de haber usurpado la función pública. Con relación al supuesto Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento, la forma agotada aparecerá en la medida que el sujeto activo emita órdenes en sede castrense o policial, asumiendo un cargo sin haberlo ostentado legítimamente. En relación al rubro Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado, el agotamiento delictual exige que el sujeto activo continúe emitiendo actos funciones propios del cargo, como si no hubiese sido perdido el nexo funcional. Por último, respecto al supuesto Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado, podemos advertir que la forma consumada aparece evidenciada en la emisión de actos funcionales por parte del sujeto activo cualificado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Los niveles de intervención delictual aparecen vinculados a los elementos de ampliación del tipo penal, específicamente autoría y participación, conforme se explicará a continuación.

---

33 Es decir, el delito de usurpación de función pública, encuentra su perfeccionamiento, por cuanto por su categoría delictual, delito de mera actividad, el tipo penal aludido se agota en la realización de una acción que, sin bien deber ser (idealmente) lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* Lima: Ara, 2004, p. 223

34 Los cuatro supuestos de hecho son: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento; ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento; iii) Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado; y iv) Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado.

35 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general,* 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 455.

1. Formas de autoría

El art. 23 del CP regula las tres clases de autoría: directa, mediata y coautoría. En el caso concreto, el delito de usurpación de función pública contiene cuatro supuestos o modalidades típicas, siendo los tres primeros supuestos: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento, ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento, y iii) Continuación en el ejercicio del cargo público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado. Dichos supuestos, respecto a la naturaleza formal del sujeto activo, tratarían de un delito común; y con relación a su naturaleza material, resultaría ser un delito de dominio; debiéndose tener presente dicho lineamiento al momento de identificar las tres formas de autoría, conforme se explica a continuación.

La situación expuesta implica que será *autor directo* el sujeto que "por sí mismo" realiza cualquiera de los tres supuestos mencionados, en la medida de que la creación del riesgo jurídicamente relevante aparezca vinculada a los verbos rectores respectivos. Es decir, el mismo sujeto activo usurpa la función pública y sus diversas facultades, con la finalidad de dar órdenes militares o policiales, así como continuar en el cargo público a pesar de haber perdido la vinculación funcional. Por lo tanto, la situación expuesta no demanda dificultad alguna, aún más cuando se trata de un delito de mera actividad, el cual aparece "formalmente" vinculado a un nivel altamente personalísimo, propio de los delitos de propia mano.

Respecto al último supuesto, esto es, *Ejercicio de funciones diferentes al cargo designado,* advertimos que, formalmente se trata de un delito especial (por el estatus especial de funcionario o servidor público) y materialmente, se trataría de un delito de infracción de deber, por cuanto existe una institución extrapenal —Administración pública— que impone deberes en el sujeto activo, en razón de la existencia de una norma de mandato. En ese sentido, la autoría no versa en la posición de dominio, sino en la infracción de un deber específico —deber de lealtad frente a las expectativas sociales impuestas por la administración publica en razón del cargo de funcionario o servidor público[36]—, circunstancias que le otorgan una vinculación directa con el bien jurídico[37]. Por lo tanto, la infracción del deber fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal.

36 La argumentación expuesta encuentra respaldo en el *R. N. N.° 722-2013 Tacna*, de fecha 1 de agosto del 2013, en la cual se indica: "[...] en un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas, mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario; es necesario una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial".

37 Conforme se mencionó líneas arriba, el bien jurídico sería: "la legalidad de la función pública en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública paradecidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios", situación afín a los delitos de infracción de deber.

— Respecto a la autoría mediata[38]: El sujeto activo realiza el injusto penal "por medio de otro", el cual resulta ser instrumentalizado, por cuanto es inimputable o aparece afectado por supuestos de error o coacción. Siendo así, considero que no resulta posible ser admitida en ninguno de los cuatro supuestos, en la medida que resulta ser un delito de mera actividad[39] y se encuentra dotado de un alto contenido personalísimo, exigiendo que el autor realice por sí mismo la conducta prohibida (excluyendo a terceras personas).

— Respecto a la coautoría: Conocido es que, con relación a los delitos de dominio, se exige la existencia de pluralidad de autores ligados por un acuerdo previo y codominio funcional del hecho. En ese sentido, considero que tampoco resulta ser posible la admisión de la misma en el delito de usurpación de función pública, por cuanto en sus cuatro supuestos se advierte un nivel personalísimo respecto del autor (propio de un delito de mera actividad). Respecto al último supuesto cualificado, tampoco sería posible, por cuanto en los delitos de infracción de deber no es posible la coautoría, debido a la calidad personal y excluyente de este deber especial[40].

2. Formas de participación

La participación delictual aparece determinada por la complicidad primaria, secundaria y la instigación, según aparece consignado en los arts. 24 y 25 del CP. En ese sentido, cómplice resultará ser aquella persona que coopera o presta auxilio al plan concreto del autor, verificándose la intensidad de su aporte, a efectos de verificar si es primario o secundario[41]. Por otro lado, instigador resulta ser la persona que determina al autor para que este cometa el hecho punible.

Con relación a los tres primeros supuestos: i) Usurpación de la función pública sin ostentar título o nombramiento, ii) Usurpación de la facultad de dar órdenes militares o policiales sin ostentar título o nombramiento, y iii) Continuación en el ejercicio del cargo

38 El profesor MUÑOZ CONDE indica: "A la autoría mediata o directa se equipara la mediata, es decir, aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable que es quien lo realiza". *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 498.

39 Dejamos la salvedad que respecto a los delitos de dominio, no todos los delitos de propia mano resultan ser delitos de mera actividad, por cuanto, si bien formalmente, en algunos supuestos la descripción típica optada por el legislador nos remite a un alto y excluyente nivel personalísimo, esto es que, el sujeto activo resulta ser el único para la realización del tipo penal por su vinculación directa con el bien jurídico, como resulta ser el caso, sin embargo, materialmente, resultaría posible admitir la autoría mediata en la medida que el sujeto activo no tenga vinculación directa o postura de fomento con el bien jurídico tutelado.

40 En términos similares, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES indica: "La coautoría no es posible, puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento". Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 202.

41 En términos similares, QUINTERO OLIVARES indica: "La complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio, al hecho, anterior o simultaneo, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor". Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed. (reimpr.), Madrid: Marcial Pons, 1992, pp. 489 y ss.

público a pesar de encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado; no advierto ningún problema en la admisión de la complicidad. De esta manera, será cómplice (primario o secundario, según el nivel de aportación) el sujeto que coopera con el plan del autor, desalojando de su despacho al funcionario público que opera legítimamente en el cargo, con la finalidad de usurpar el cargo funcional pretendido por el autor. Asimismo, será instigador el sujeto que determina al autor —creando la idea criminal— a efectos de que incursione en cualquiera de los verbos rectores del supuesto del hecho aludido, según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría.

Respecto al cuarto supuesto: *ejercicio de funciones diferentes al cargo designado*, puedo advertir que, a pesar de tratarse de un delito especial de infracción de deber, también resulta posible la complicidad (primaria y secundaria) e instigación. Por lo tanto, el autor y los partícipes aparecen ligados al injusto penal, el mismo que resulta ser comunicable, más no así las condiciones personales del autor, conforme señala la parte *in fine* del art. 25 del CP, al señalar: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él". Esta situación nos permite advertir —por mandato legal— la existencia de la teoría de la unidad del título de imputación, la misma que surge como referencia para comprender el art. 26 del CP.

VII. PENALIDAD

El art. 361 del CP, por disposición del legislador, señala que el delito de usurpación de función pública —en su forma simple—, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al arts. 36.1 y 36.2 del CP. Por otro lado, respecto a la forma agravada, el legislador aumenta la penalidad, indicando que: "Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayo de ocho años".

CAPÍTULO II
OSTENTACIÓN INDEBIDA DE TÍTULO Y HONORES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 362 CP)

El delito de ostentación indebida de título y honores aparece registrado en el art. 362 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 362.**
> El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.

II. ANTECEDENTES

El art. 362 del CP peruano tiene como antecedente referencial el art. 247 del CP argentino, el mismo que presenta la siguiente descripción típica:

> Articulo 247
> Será reprimido con multa de diez mil a trescientos mil pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores que no le corresponde.

III. TIPO OBJETIVO

El art. 362 del CP presenta los siguientes elementos vinculado al tipo objetivo.

1. Elementos referentes a los sujetos

Los tipos penales de la parte especial, aparecen redactados considerando el centro de imputación en un sistema jurídico. Así tenemos a los sujetos, los cuales serán evidenciados a continuación.

1.1. Sujeto activo

Según la redacción típica, el tipo penal recurre al pronombre impersonal "el que"; aunado a ello, no contiene una institución especial de la cual se pueda advertir algún deber

positivo. Por lo tanto, se trata de un delito común capaz de ser cometido por cualquier persona idónea para responder penalmente, eso incluye también a un funcionario o servidor público.

En el caso de que un funcionario o servidor público realice el injusto penal, el delito mencionado seguirá siendo un delito común, por cuanto, el supuesto de hecho no contiene una norma de mandato, es decir, se advierte ausencia de la institución positiva, siendo esta la razón por la cual el delito es común y no así por el carácter personalísimo respecto a la ejecución del supuesto de hecho (conforme refiere PEÑA CABRERA FREYRE[1], en postura diferente a la tesis de ROJAS VARGAS)[2].

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del citado delito resulta ser el Estado, en su calidad de ente representativo de las insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales u honores y elementos descriptivos vinculados a una función, la cual aparece desarrollada en la administración pública.

Asimismo, el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictiva, registrada en el delito de ostentación indebida de título y honores, presenta diversos elementos descriptivos necesarios de ser analizados, conforme se presenta a continuación.

2.1. De los conceptos referenciales

El legislador presenta una impronta de diversos conceptos seculares, ingresados al derecho penal asumiendo el estatus de elementos descriptivos, así tenemos dos términos de presencia relevante en la descripción del supuesto de hecho, esto es: i) Publicidad y ii) Función pública, conforme se explicara a continuación.

---

1 El autor aludido, precisa lo siguiente: "Observamos, entonces, que al reputarse un delito común (especial) podría ser perpetrado bajo la modalidad de la autoría mediata, sin embargo es un injusto dígase cualificado fácticamente, en el sentido de que la ostentación de presentarse de forma personal, no se podría decir que alguien ostente un cargo a nombre de un tercero, ello no es posible". *Vid.* PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 67.

2 El citado autor indica la admisibilidad de la autoría mediata en el delito materia de análisis. Vid. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 927. La afirmación no resultaría coherente por cuanto los elementos descriptivos tiene una descripción personalísima, situación impropia para justificar la figura de autoría mediata. En ese sentido, concordamos con PEÑA CABRERA FREYRE, empero, dicho nivel personalísimo, en absoluto, justifica materialmente la naturaleza común del delito aludido.

2.1.1. Del concepto de publicidad

La RAE nos presenta el siguiente concepto de publicidad: "Cualidad o estado de público. Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hehos. Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer aposibles compradores, espectadores, usuarios, etc". El concepto coloquial (o semántico) expuesto, opera tal cual para el derecho penal, por tal razón se trataría de un elemento descriptivo del tipo penal. Debemos precisar que este aparece como enlace comunicativo, dotando de contenido o significado al supuesto de hecho, empero, dicha técnica legislativa viene siendo criticada por evidente e innecesaria, conforme indica ABANTO VÁSQUEZ.

2.1.2. Del concepto de función pública

El término función pública resultaría ser el conjunto de actividades desplegadas por los funcionarios y servidores públicos, designados en diversas entidades estatales, cuyo accionar se encuentra determinado por herramientas de gestión de trabajo (las cuales tienen un carácter normativo), impartiendo en los agentes públicos (funcionario y servidor público) una posición de servicio al interes general de una nación[3]. En ese sentido, el supuesto de hecho del delito aludido aparece ligado a un escenario de función pública, a pesar de que, en determinados casos, el autor resulta ser un sujeto común; sin embargo, la conducta del autor aparece desplegada en el escenario de la función pública, conforme aparece registrado en el tipo penal (por voluntad del legislador).

2.2. Modalidades típicas

El delito de ostentación indebida de título y honores, a nuestro juicio, presenta dos modalidades, siendo: i) La ostentación pública de insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce, y ii) La arrogación pública de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden. Dichas modalidades, serán analizadas a continuación:

2.2.1. La ostentación pública de insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce

Según la RAE, el verbo "ostentar" significa: "mostrar o hacer patente algo". Asimismo, REÁTEGUI SÁNCHEZ indica: "El verbo ostentar, empleado para expresar el acto ejecutivo del delito, significa hacer patente o visible una condición o calidad"[4].

Por otro lado, el término "insignia" —según la RAE—, significa "señal, distintivo, o divisa honorífica. Emblema distintivo de una institución, asociación, o marca comercial, que seusa prendido en la ropa como muestra de vinculación o simpatía. Lucía en la solapa una insignia del club". En términos similares, PORTOCARRERO indica: "el dispositivo convencional u honorífico que puede usarse sobre el cuerpo o simplemente

3 Cfr. ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo*, Bogotá: Editorial Temis S.A, 1985, p. 85.

4 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 1319.

portarse como chapas, sortijas, medallas, fajas, bandas, distintivos metálicos, los que se portan en la solapa, por ejemplo, entre otros".

Respecto a los "distintivos", REÁTEGUI SÁNCHEZ, citando a PORTOCARRERO, indica: "es cualquier objeto que señala, distingue o diferencia; en el caso concreto debe servir para diferenciar de los demás a una persona que ejerce el cargo, el uniforme que sirve como distintivo de un cargo público y que por lo tanto diferencia de los demás a la persona que le porta y ejerce función pública"[5]. Por otro lado, según la RAE, "distintivo" significa: "Dicho de una cualidad. Que distingue o caracteriza esencialmente algo".

En ese contexto, se advierte que el agente delictual no ejerce legalmente ninguna función pública, es decir, no tiene cargo público; por lo tanto, la conducta del autor tiene que estar ligada a un escenario público, no bastando la simple tenencia de la insignia o distintivo, sino la ostentación de los mismos frente a terceros con la finalidad de pretender evidenciar la actividad funcional a la cual representaría esta insignia o distintivo. De esta manera, resulta irrelevante para la consumación del injusto penal, la obtención de alguna finalidad ulterior a la ostentación, por cuanto el delito aludido no resulta ser un tipo penal de tendencia; caso contrario es, si el agente delictual utilizaría la insignia o distintivo público, comportándose como funcionario o servidor público, pues estaríamos ante el delito de usurpación de la función pública, previsto en el art. 361 del Código Penal. Un ejemplo de este delito sería la persona que, sin ostentar cargo policial, porta públicamente, frente a terceros, una insignia vinculada a la Policía Nacional del Perú[6].

2.2.2. La arrogación pública de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden

Respecto al verbo "arrogar", la RAE señala que significa: "Atribuir, adjudicar. Apropiarse indebida o exageradamente de cosas inmateriales, como facultades, derechos u honores". Asimismo, CREUS, citado por ABANTO VÁSQUEZ, indica: "significa atribuirse el hecho de ser titular de estos logros. No basta con el ejercicio de la profesión (en el caso de títulos académicos) si el sujeto activo no ha manifestado con algún acto positivo el acto de atribuirse tal profesión". Con relación al "grado académico", según PEÑA CABRERA FREYRE, "es el nivel universitario alcanzado por el estudiante en cuanto al manejo de una terminada área del conocimiento, que a su vez lo habilita para el ejercicio de una profesión". Asimismo, FONTÁN BALESTRA indica: "Los grados académicos deben provenir de un ente público o de aquellas instituciones autorizadas legalmente para expedirlos, por lo que deben reunir, además de la calidad de 'académicos', la de ser público".

5 *Loc. cit.*

6 En términos similares, la Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1995, emitida en el *Exp. N.º 3253-94 Lima*, en la cual se indica: "Que al ser intervenido el procesado y habérsele incautado un carné policial, la sola tenencia de este no puede imputarse como conducta pasible de ser sancionada como usurpación de autoridad, si no existe prueba alguna que acredite la utilización de dicho distintivo". *Vid.* ROJJASI PELLA, Carmen, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, p. 201, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 1320.

En el Perú, según el art. 44[7] de la Ley N.° 30220[8], conocida como la "Ley Universitaria", tenemos tres grados académicos reconocidos: bachiller, maestro y doctor. Explayando esta premisa, para obtener el grado de bachiller, se requiere haber aprobado los estudios de pregrado, así como la aprobación de un trabajo de investigación y el conocimiento de un idioma extranjero, de preferencia inglés o lengua nativa[9]; con relación al grado de *maestro*, se requiere haber obtenido el grado de bachiller, la elaboración de una tesis o trabajo de investigación en la especialidad respectiva, haber aprobado los estudios de una duración mínima de dos (2) semestres académicos con un contenido mínimo de cuarenta y ocho (48) créditos y el dominio de un idioma extranjero o lengua nativa[10]; por último, con respecto al grado de *doctor*, se requiere haber obtenido el grado de maestro, la aprobación de los estudios respectivos con una duración mínima de seis (6) semestres académicos, con un contenido mínimo de sesenta y cuatro (64) créditos y de una tesis de máxima rigurosidad académica y carácter original, así como el dominio de dos idiomas extranjeros, uno de los cuales puede ser sustituido por una lengua nativa[11].

Sobre el *título profesional,* señala ROJAS VARGAS que: "El título profesional se trata de un instrumento o certificación de naturaleza pública, que autoriza el ejercicio de las calidades profesionales o técnicas que están sujetas a reglamentación dada la importancia y utilidad 'de sus cometidos'"[12]. De la misma forma, PEÑA CABRERA FREYRE indica: "Importa la acreditación universitaria de haber alcanzado una calificación suficiente en el examen de grado, luego haber culminado satisfactoriamente los cursos comprendidos en la currícula académica"[13]. Según la Ley N.° 30220 (Ley Universitaria), respecto a la obtención del *título profesional*, se requiere del grado de bachiller y la aprobación de una tesis o trabajo de suficiencia profesional; las universidades acreditadas pueden establecer modalidades adicionales a estas últimas. El título profesional solo se puede obtener en la universidad en la cual se haya obtenido el grado de bachiller[14].

Por otro lado, también por mandato de la Ley N.° 30220, se señala la existencia de título de segunda especialidad profesional, para lo cual se requiere licenciatura u otro título profesional equivalente, haber aprobado los estudios de una duración mínima de dos semestres académicos y un contenido mínimo de cuarenta (40) créditos, así como la aprobación de una tesis o un trabajo académico. En el caso de residentado médico se rige por sus propias normas[15].

Al referirnos a los *honores oficiales*, NUÑEZ RICARDO, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica: "Cuando el legislador utiliza la palabra *honores* se está refiriendo a las distinciones

7 El citado artículo indica: "Las universidades otorgan los grados académicos de bachiller, maestro, doctor y los títulos profesionales que correspondan, a nombre de la Nación [...]".
8 EL PERUANO, *Ley N.° 30220: Ley Universitaria*, Lima: 9 de julio del 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2jEsxLH>.
9 Según el inc. 1 del art. 45 de la Ley N.° 30220: Ley Universitaria.
10 Según el inc. 4 del art. 45 de la Ley N.° 30220: Ley Universitaria.
11 Según el inc. 5 del art. 45 de la Ley N.° 30220: Ley Universitaria.
12 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 931.
13 PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial,* ob. cit. p. 70.
14 Según el inc. 2 del art. 45 de la Ley N.° 30220: Ley Universitaria.
15 Según el inc. 3 del art. 45 de la Ley N.° 30220: Ley Universitaria.

conferidas por el Estado a una persona por su representación o sus méritos"[16]. Asimismo, PEÑA CABRERA FREYRE informa: "Debemos entender aquellos reconocimientos que obedecen a factores o prestigios académicos, méritos excepcionales, años dedicados a la docencia, especialidad investigativa en actividad científica-literaria, defensa del sistema democrático de derecho, logros deportivos, artísticos y culturales, etc. Implica otorgar una especie de homenaje del más alto nivel por parte de universidades, centros de enseñanza técnica, el parlamento así como colegios profesionales: 'doctor honoris causa'. Así también en el ámbito de las fuerzas castrenses y policiales se emiten títulos honoríficos a aquellos valerosos combatientes que pusieron en riesgo su vida a fin de proteger los intereses de la Nación; puede darse también postmortem a sus deudos. A diferencia del grado académico quien recibe el honor no tiene que afrontar una sustentación teórica-conceptual"[17].

2.3. Clase de delito

Respecto a la conducta, el delito de ostentación indebida de título y honores, tiene dos dimensiones: por un lado resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto no se advierte para la consumación delictual el baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultados, basta que la conducta del sujeto activo ingrese al dominio semántico de los verbos rectores "ostentar" (vinculado a la ostentación pública de insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce) y "arrogar" (referido a la arrogación pública de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.) para que asumamos la configuración del injusto penal. De esta manera existe confluencia coetánea entre la conducta y la consumación típica, situación que demanda una peligrosidad inminente de lesión al bien jurídico, encontrándose justificado el adelantamiento de la barrera de punibilidad.

Por otro lado, el citado delito resulta ser un delito de permanencia consumativa[18], por cuanto el sujeto activo deberá permanecer bajo un determinado tiempo en el escenario significativo de los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", caso contrario, estaríamos en un supuesto de ausencia del tipo subjetivo o insignificancia de la conducta propia del riesgo permitido. Ejemplo de ello se da cuando el sujeto que, por realizar una broma a sus compañeros, usa la insignia de la Policía Nacional del Perú; sin embargo, después de haber logrado su cometido jocoso, revela la verdad de los hechos.

16 NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal. Parte especial*, p. 71, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal parte general*, ob. cit., pp. 1325 y 1326.

17 PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 70.

18 En términos similares, DONNA comenta la jurisprudencia de la Sala V, del 21 de febrero de 1984, respecto al sistema jurisprudencial argentino, indicando: "Además, por tratarse de un delito permanente, la resolución originaria de arrogarse públicamente el titulo persiste mientras no cese la ostentación. Así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria, expresando que: "El delito previsto por el art. 247 (2.° párr.) es de los que la doctrina ha caracterizado como permanentes, que son aquellos que, operada la consumación jurídica, el estado de comisión prosigue exteriorizándose en el tiempo, hasta que cese la conducta típica y en los que el tema de la ley más benigna no siempre puede ser resulto con remisión a la que de manera más benévola sanciona la conducta permanente alcanzando por una ley más grave que la que rigió durante los primeros tramos de conducta, es esta última ley la que debe regir en el caso; por cuyo motivo, si la conducta típica continuó en el caso exteriorizándose hasta la aprehensión del causante, la prescripción no pudo operarse". *Vid.* DONNA, Edgardo, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 179 y 180.

2.4. Forma de ejecución

El delito de ostentación indebida de título y honores, por la misma estructura típica, resulta ser un delito de acción y no así de omisión, por cuanto el agente delictual deberá cumplir los verbos rectores "ostentar" y "arrogar" —según el caso concreto— y estos solo pueden darse por un accionar. Negamos la posibilidad de admitir las figuras omisivas, debido a que la omisión propia —si bien resulta afín en los delitos de mera actividad—, exige la redacción expresa del verbo "omitir" en el tipo penal, en razón de la existencia de una norma de mandato, conforme exige el art. 13.1 del CP (situación que no opera en el art. 362 del citado cuerpo legal). Por otro lado, la figura de omisión impropia no exige la taxatividad del verbo "omitir" en la redacción típica[19], lo que advierte su admisibilidad en cualquier tipo penal, en la medida que contenga el baremo "espacio-temporal", es decir, delito de resultado; situación propia de la posición de garante inmersa en dicho tipo penal, circunstancia que tampoco operaria en el caso concreto.

3. Elementos concomitantes

Respecto a los elementos que confluyen en el tipo penal, a pesar de no estar expresamente citados, resultaría ser los siguientes:

3.1. Bien jurídico

El objeto materia de tutela en el delito analizado, deviene en difuso, por la peculiar redacción del tipo penal respecto a consignar insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales y honores oficiales. Por lo tanto, algunos indican que el objeto de protección resulta ser la administración pública, en su exclusiva función de otorgamiento de emblemas, distintivos, títulos y honores oficiales, además de la posibilidad de descrédito y vulgarización de dicho monopolio[20]; sin embargo, otros indican que el bien jurídico tutelado específico resulta ser la lealtad en el uso de títulos[21]. De manera distinta, aquellos que indican que resulta ser la administración pública en sentido amplio, señalan que conviene asegurar el poder público de conferir o reconocer determinados distintivos personales referentes a funciones públicas, servicios, derechos honoríficos o profesionales, contra los actos de usurpación individual[22].

---

19 La doctrina española, entre ellos, SILVA SÁNCHEZ, respecto a la temática, indica: "Un sector doctrinal no está de acuerdo en este planteamiento, sostienen que los tipos ordinarios de la parte especial del Código Penal se refieren a acciones causales y no abarcan omisiones; sentado esto, al sancionar por ciertas omisiones de evitación del resultado típico con la misma pena que la comisión activa no se estarían aplicando dichos tipos tal como el Código Penal los contiene, "sino más bien tipos no escritos que están en relación con los tipos legales". Por ello se propone la creación de números clausus de tipos específicos de comisión por omisión en los delitos que ello se estime procedente". Véase. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Consideraciones sobre la teoría del delito,* Buenos Aires: AD-HOC, 1998, p. 83.

20 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit. p. 927.

21 Así tenemos a SALINAS SICCHA y ABANTO VÁSQUEZ. *Vid.* SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 86.

22 Cfr. GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal,* p. 491, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 66.

Ante ello, considero que el bien jurídico tutelado resulta ser, desde una óptica genérica, el normal funcionamiento de la administración pública, por cuanto el agente delictual afecta dicho escenario propio de la función pública. Por otro lado, de manera específica, resulta ser la lealtad en el uso de títulos vinculada a la entidad que representan lasinsignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales y honores oficiales, siendo siempre dicha entidad de naturaleza pública, mas no así privada.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme fue detallado, este resulta ser un delito de mera actividad y peligro abstracto. Por lo tanto, en razón de la misma estructura de la teoría de la imputación objetiva, la cual exige el binomio "espacio-tiempo" como criterio afín a los delitos de resultado y no así en los tipos penales de mera actividad (en razón que en estos últimos existe coincidencia simultanea entre la conducta desplegada y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado). De esta manera, no se advierte dicho escenario a efectos de analizar criterios de imputación objetiva de la conducta y del resultado, lo que no significa que exista únicamente una relación causal, sino por el contrario lo que existiría serian criterios de atribución jurídico-penal, según los lineamientos de los delitos de mera actividad y peligro abstracto.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito materia de análisis resulta ser un delito de comisión dolosa, esto es, se demanda que el agente delictivo mantenga conocimiento y voluntad respecto a la manifestación de la conducta típica. En ese sentido, se exige dolo directo y no así alguna finalidad que trascienda el elemento subjetivo.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino del delito aparece manifestado en los siguientes escenarios delictuales.

1. Actos preparatorios

No es posible evidenciar actos preparatorios en el escenario, por cuanto, por regla general, estos son punibles en la medida que —excepcionalmente— el legislador las regule expresamente con contenido penal, situación que no aparece en el presente supuesto delictual.

2. Tentativa

El delito de ostentación indebida de título y honores resulta ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, por lo tanto, la tentativa en dichas figuras delictivas no resulta posible de ser admitida, por la misma impropiedad de la naturaleza de dichos tipos penales, es decir, ausencia del criterio "espacio-temporal", propio de los delitos de resultado. Llama la atención las afirmaciones de SALINAS SICCHA, quien admite la tentativa en el delito aludido, justificando su argumento con el siguiente ejemplo: "Se presentará la

tentativa cuando el agente, luego que se ha hecho confeccionar un título profesional de odontólogo en Azángaro, en instantes en que se dispone a colgar su pseudotítulo en una pared de la sala de su vivienda, es intervenido por personal policial. Aquí, el delito no se ha consumado, pues el agente no ha tenido oportunidad aún de mostrarse públicamente como odontólogo, como era su finalidad. El hecho delictivo no se ha consumado debido a que el título profesional falso no ha sido visto por alguna persona"[23].

El ejemplo expuesto, si bien coloquial, encuentra amparo en las reglas del sentido común; sin embargo, técnicamente no resiste, por cuanto, los verbos rectores "ostentar" y "arrogar" por técnica de tipificación aparecen ligados simultánea y copulativamente al criterio descriptivo de "publicidad". De esta manera, en la medida de que no aparezca el factor "publicidad", no existiría figura tentada respecto al delito de ostentación indebida de título y honores, pudiendo subsistir otra figura delictual, por ejemplo, uso de documento privado falso, previsto en el art. 427 del CP.

3. Consumación

El delito de ostentación indebida de título y honores aparece marcado por los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", los cuales aparecen ligados y activados para fines de consumación con el elemento descriptivo "publicidad". Por lo tanto, no se requiere la existencia de un perjuicio concreto o real al bien jurídico, ya que dicho delito resulta ser un delito de peligro abstracto y mera actividad, resultando consumado en la medida en que el agente delictivo ingrese en cualquiera de los verbos rectores, es decir, ostentando públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso concreto.

4. Agotamiento

Este tipo penal alberga formas agotadas del injusto, en la medida de que, producto de la manifestación de los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", el agente delictivo pueda obtener algún provecho o beneficio. Por ejemplo, haber usado insignias policiales en operativos de control de identidad, sin ser miembro de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de evitar intervenciones o registros personales, siendo que dicho beneficio deviene en irrelevante para la consumación del tipo penal, resulta ser delito de mera actividad.

Peculiares y coherentes resultan ser las afirmaciones de CREUS[24], quien indica que el delito de ostentación indebida de título y honores, resulta ser un tipo residual respecto al delito de usurpación de autoridad. Considero que dicha afirmación es correcta, por cuanto, si el agente delictual tiene como finalidad la usurpación de funciones públicas, para lo cual utiliza ilegalmente insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales y honores oficiales, entonces estaríamos ante el delito de usurpación pública,

23 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 88.
24 CREUS, *Delitos contra la administración pública*, p. 176, citado por DONNA ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, pp. 180 y 181.

previsto en el art. 361 del CP, ante una relación de "género a especie", donde prevalecerá el criterio específico.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL.

Los niveles de intervención delictual aparecen vinculados a las categorías de autoría y participación, conforme se procede a desarrollar a continuación.

1. Formas de autoría

El Código Penal regula tres clases de autoría, esto es: directa, mediata y coautoría, conforme aparece consignado en el art. 23. En ese sentido y conforme se ha venido señalando, el delito de ostentación indebida de título y honores, contiene dos supuestos o modalidades típicas, siendo así: i) La ostentación pública de insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce, y ii) La arrogación pública de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden. De esta manera, respecto a la naturaleza formal del sujeto activo, se trataría de un delito común; y con relación a su naturaleza material, resultaría ser un delito de dominio. Estos son criterios necesarios a considerar al momento de identificar las formas de autoría.

La situación expuesta implica que, será *autor directo* el sujeto que "por sí mismo" realiza cualquiera de los dos supuestos mencionados, en la medida que la creación del riesgo jurídicamente relevante aparezca vinculada a los verbos rectores "ostentar" e "arrogar". Por lo tanto, no existe dificultad alguna para admitir la figura de autoría directa, más aún cuando se trata de un delito de mera actividad, el cual aparece "formalmente" vinculado a un nivel altamente personalísimo, propio de los delitos de propia mano.

Respecto a la *autoría mediata*, el sujeto activo realiza el injusto penal "por medio de otro", siendo este último quien asume el *estatus* de "instrumento" (influenciado bajo error o coacción por parte del autor). Siendo así, considero que la autoría mediata no resulta posible de ser admitida en el delito materia de análisis, por cuanto, en la medida que dicho ilícito resulte ser un delito de mera actividad, se deberá proscribir la instrumentalización del tercero por el alto contenido personalísimo en la conducta del autor directo. Evidencia de esto último aparece en los verbos rectores "ostentar" y "arrogar" públicamente insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales y honores oficiales. Respecto a la *coautoría*, en el delito materia de análisis, tampoco sería posible, por el alto nivel personalísimo respecto al autor, propio de un delito de mera actividad, conforme se ha venido explicando anteriormente.

2. Formas de participación

Los arts. 24 y 25 del CP contienen las formas de participación, esto es: instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis, no advierto ningún problema en la admisión de la complicidad. Esto es, será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, con la finalidad que este último ostente públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no

ejerceo, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso concreto.

Asimismo, será instigador el sujeto que determina al autor (en este caso autor directo) creando o sembrando la idea criminal en él, para que este último ostente públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerceo, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso específico. Por lo tanto, la participación delictual (complicidad e instigación) deberá ser analizada según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa como cuantitativamente.

VII. PENALIDAD

El delito de ostentación indebida de título y honores, por mandato legal, presenta una pena de menor reproche jurídico penal, es decir, se indica que el autor será reprimido con pena privativa de libertad "no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas".

CAPÍTULO III
EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 363 CP)

El delito de ejercicio ilegal de profesión aparece registrado en el art. 363 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 363
El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.
La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual" (Artículo modificado por la Ley N.° 28538, del 07 de junio del 2005).

II. ANTECEDENTES

Dentro de los instrumentos legales afines al delito de ejercicio ilegal de profesión, tenemos el art. 403 del CP español, el mismo que por sistemática legal, ubica el aludido delito en las figuras típicas denominadas falsedades personales, asumiendo el *nomen iuris* de intrusismo. Este artículo señala lo siguiente:

> **Artículo 403. Delito de intrusismo**
> El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

En ese contexto, MORILLAS CUELLA indica que intrusismo significa: "el ejercicio de una actividad profesional por una persona que no se halla autorizada para ello, por no tener capacitación ni titulación adecuada"[1].

1 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Falsedades personales*, p. 260, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 73.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de ejercicio ilegal de profesión mantiene una peculiar estructura a nivel del tipo objetivo, conforme será detallado a continuación.

1. Elementos referentes a los sujetos

El tipo penal aludido, respecto a los sujetos, presenta la siguiente dinámica:

1.1. Sujeto activo

El delito materia de análisis resulta ser un delito común, es decir, respecto al sujeto responsable de la acción típica, no existe norma de mandato. Por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede cometer el delito aludido.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo resulta ser el Estado peruano, por cuanto resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". De la misma forma, existen agraviados o perjudicados en el plano expuesto, así tenemos a: los colegios profesionales vinculados a determinadas carreras, abogados, ingenieros, arquitectos, médicos, periodistas, etc.; los cuales aparecen en calidad de agraviados en la medida que el sujeto activo ejerza la profesión utilizando la nomenclatura de los citados colegios. En términos similares, ORTS BERENGUER indica: "Pueden ser perjudicados los eventuales clientes y grupos profesionales afectados"[2].

2. Elementos referentes a la conducta

El delito materia de análisis, con respecto a la conducta, presenta los siguientes indicadores:

2.1. Contenido de la conducta típica.

La conducta típica contiene diversos elementos descriptivos y normativos, los cuales son detallados a continuación:

2.1.1. Ejercicio de la profesión

Según la RAE, profesión significa: "Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución". Siendo así, el tipo penal aludido exige que el autor ejerza una profesión, es decir, un oficio o actividad laboral por la cual obtenga

2 ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código Penal*, p, 1770, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 74.

una retribución a cambio, sin embargo, dicha actividad aparece al margen de la ley, por cuanto la profesión invocada por el autor no cuenta con los requisitos legales. Aunado a lo expuesto, el término "profesión" opera como elemento normativo del tipo penal, por cuanto exige diversos juicios de valoración, de esta manera, el agente de derecho tendrá que verificar la clase, características y lineamientos de la profesión invocada por el agente delictual.

De manera complementaria, el juicio de valoración expuesto encuentra sustento en las normas especiales. Así, tenemos el art. 44 de la Ley Universitaria (Ley N.° 30220[3]) cuando indica: "Las universidades otorgan los grados académicos de bachiller, maestro, doctor y los títulos profesionales que correspondan, a nombre de la Nación. Las universidades que tengan acreditación reconocida por el organismo competente en materia de acreditación, pueden hacer mención de tal condición en el título a otorgar. Para fines de homologación o revalidación, los grados académicos o títulos otorgados por universidades o escuelas de educación superior extranjeras se rigen por lo dispuesto en la presente ley". El citado artículo clarifica la situación para la obtención del título o grado académico, al señalar:

> **Artículo 45**
>
> La obtención de grados y títulos se realiza de acuerdo a las exigencias académicas que cada universidad establezca en sus respectivas normas internas. Los requisitos mínimos son los siguientes:
>
> 45.1 Grado de bachiller: requiere haber aprobado los estudios de pregrado, así como la aprobación de un trabajo de investigación y el conocimiento de un idioma extranjero, de preferencia inglés o lengua nativa.
>
> 45.2 Título profesional: requiere del grado de bachiller y la aprobación de una tesis o trabajo de suficiencia profesional. Las universidades acreditadas pueden establecer modalidades adicionales a estas últimas. El título profesional sólo se puede obtener en la universidad en la cual se haya obtenido el grado de bachiller.
>
> 45.3 Título de segunda especialidad profesional: requiere licenciatura u otro título profesional equivalente, haber aprobado los estudios de una duración mínima de dos semestres académicos con un contenido mínimo de cuarenta (40) créditos, así como la aprobación de una tesis o un trabajo académico. En el caso de residentado médico se rige por sus propias normas.
>
> 45.4 Grado de maestro: requiere haber obtenido el grado de bachiller, la elaboración de una tesis o trabajo de investigación en la especialidad respectiva, haber aprobado los estudios de una duración mínima de dos (2) semestres académicos con un contenido mínimo de cuarenta y ocho (48) créditos y el dominio de un idioma extranjero o lengua nativa.
>
> 45.5 Grado de doctor: requiere haber obtenido el grado de maestro, la aprobación de los estudios respectivos con una duración mínima de seis (6) semestres académicos, con un contenido mínimo de sesenta y cuatro (64) créditos y de una tesis de máxima rigurosidad académica y de carácter original, así como el dominio de dos idiomas extranjeros, uno de los cuales puede ser sustituido por una lengua nativa.

En ese sentido, se exige una conducta activa desplegada por el autor. Por ejemplo, el agente delictual que brinda asesoría, participa en diligencias o actividades propias de la profesión y se comporta frente a terceros como profesional habilitado válidamente, empero carece de tal legitimidad profesional, al no cumplir con los requisitos legales antes

3 EL PERUANO, *Ley N.° 30220: Ley Universitaria*, Lima: 9 de julio del 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2jEsxLH>.

señalados. El agente del derecho deberá tener en cuenta la ley mencionada, según cada caso concreto, para realizar un correcto juicio de tipicidad.

2.1.2. Del ejercicio profesional sin requisitos legales

La conducta típica descrita presenta una variedad de supuestos, es decir, se advierte una laxitud respecto a la descripción "requisitos legales", por cuanto no precisa su contenido. Siendo así, se deberá entender la intensión del legislador, ya que cada caso concreto tiene sus propias peculiaridades —entendiendo que en nuestra sociedad existe una pluralidad de profesiones y sus respectivos colegios profesionales—, señalando determinados "requisitos" para el ejercicio de la profesión. Así por ejemplo, para desempeñar la profesión de abogado, no es suficiente contar con el título de abogado, sino que, además de ello, se requiere encontrarse registrado en el respectivo Colegio de Abogados, situación que habilita el ejercicio de la profesión abogadil.

Por otro lado, ROJAS VARGAS realiza una pregunta reflexiva: ¿A qué requisitos hace alusión la norma penal: a los de naturaleza administrativa corporativa (colegiación, pago de aportaciones), o es que acaso se está refiriendo a un marco difuso de incompatibilidades y deberes legales de cumplimiento obligatorio para el profesional?[4] Ante ello, se absuelve la pregunta considerando el interés público, es decir: "[...] Imputar delito cuando solo está pendiente de un acto administrativo la habilitación, debe ser visto con bastante serenidad por parte del fiscal y juzgador, dado que no habría posibilidad de apreciar la lesión del interés público tutelado, constituyendo el hecho un caso de evidente atipicidad"[5].

Según el escenario expuesto, conviene indicar que la habilitación otorgada por los colegios profesionales está vinculada al ejercicio de la profesión y no así al otorgamiento del título profesional. Por lo tanto, advierto que la finalidad del legislador estaría avocada a la protección del interés público respecto a la "profesión", es decir, afirmar el proceso comunicativo en sociedad, consistente en el hecho que obtener el título de profesional implica someterse a las reglas del proceso educativo, el mismo que contiene un escenario progresivo y exige diversas etapas académicas prefijadas por centros de estudios superiores (universidades, institutos, etc.), las mismas que culminan con el título profesional respectivo. De esta manera, resultarían faltas administrativas, cuando habiéndose obtenido válidamente el título profesional, no se cumplió con algunos requisitos fijados por los colegios profesionales. En ese sentido, considero la necesidad de realizar un trato diferenciado entre el campo administrativo y el campo jurídico penal, por cuanto, las faltas administrativas no tienen contenido penal; siendo así, este delito encuentra su configuración en la medida de que se lesione el normal funcionamiento de la administración pública, lesión que estará ligada al "título profesional", advirtiéndose una manifiesta protección a la "profesión". Por ejemplo, el abogado que debida y válidamente titulado —sin tener mandato judicial que inhabilite su ejercicio abogadil—, ejerce la profesión sin encontrarse "habilitado"

4 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 941.
5 *Ibid.,* p. 942.

ante el Colegio de Abogados (por retraso de las cuotas dinerarias respectivas), no cometería el delito de ejercicio ilegal de profesión, subsistiendo únicamente la falta o sanción administrativa, de ser el caso.

La argumentación expuesta, encuentra sustento en el entendido de que el derecho penal resulta ser el último recurso del ordenamiento jurídico, por lo tanto, el agente del derecho (juez) deberá realizar los respectivos juicios de valoración en cada caso concreto, aún más, cuando el término "profesión" opera como elemento normativo del tipo, esperando una valoración apropiada de los estándares de un derecho penal de *ultima ratio*.

En sentido contrario a lo expuesto, GUEVARA VÁSQUEZ indica: "Cuando el art. 363 del CP señala: 'El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos [...]'; lo que se sanciona es la no reunión de los requisitos legales que se refiere básicamente al no estar colegiado en el colegio profesional respectivo, lo que implica o incluye ciertamente la inscripción del título profesional en la Corte de justicia correspondiente para el caso de la profesión jurídica. La falta de los requisitos de ley tiene que ser anterior o actual a la fecha de la comisión de los hechos"[6]. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ indica: "En otras palabras, el agente realiza actos 'propios' de una profesión, sin la habilitación legal requerida. En efecto, como da cuenta un caso de la jurisprudencia peruana; así: "El procesado, bachiller en Derecho, al prestar asesoramiento legal, confeccionar escritos y asistir a diligencias judiciales, ha realizado actos propios de la profesión de abogado de naturaleza dolosa, pues en su condición de bachiller tenia pleno conocimiento que no podía realizar actos de intrusión en el campo profesional del abogado, y sin embargo los realizaba en conveniencia con el letrado"[7].

Conforme se advierte, los autores aludidos no discriminan entre el supuesto de obtener un título profesional bajo las reglas del sistema educativo (el mismo que es otorgado por una casa de estudios), y el supuesto de habilitación por los colegios profesionales; por cuanto, en el caso del "bachiller de derecho" no existe duda alguna del delito aludido -por la inexistencia del título profesional y subsecuente ejercicio ilegal de la profesión, de tal manera que el bachiller responde frente al derecho penal por no haber cumplido con una de las etapas del proceso educacional, esto es, obtener su título profesional. Sin embargo, cosa distinta resulta el abogado legítimamente titulado que ejerce la profesión "inhabilitado" por el Colegio de Abogados, debido a diversas causales, por ejemplo, retraso en el pago de cuotas dinerarias por membresía. En ese sentido, según el caso concreto, se deberá realizar un trato discriminador, entre injusto administrativo e injusto penal.

---

6 GUEVARA VÁSQUEZ, *Tópica jurídico-penal.*, p. 469, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 114.

7 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 115.

2.1.3. Del ejercicio profesional con título falso

Según la RAE, "falso" significa "incierto y contrario a la verdad". En ese sentido, el término"falso" opera como elemento descriptivo del delito aludido, por lo tanto, el título profesional otorgado por una casa de estudios no habilitada por el Estado para ese fin, tiene que ser contrario a la verdad, entendiendo que dicho título profesional no solo incumple las características y exigencias del sistema educacional, sino que además, no existe en el sistema educativo -a pesar que el agente delictual lo haya ingresado al trafico social o documental-. Por esta razón, discrepamos de la tesis sustentada por REÁTEGUI SÁNCHEZ[8] y ROJAS VARGAS[9], al indicar que: "El falso título es el instrumento que adolece de autenticidad, o que siendo autentico resulta insuficiente para habilitar al sujeto para el ejercicio de la profesión", por cuanto, el *thelos* del delito comentado aparece orientado a la falsedad material del título. Dicha finalidad se advierte con meridiana claridad en el orden sistemático del supuesto de hecho, es decir, en la primera parte del artículo, cuando la norma prohibitiva aparece orientada al "ejercicio profesional sin reunir los requisitos legales", lo que significaría -en un palmario y manifiesto supuesto- que el imputado no cuente con un título profesional; empero, la segunda parte exige "ejercer la profesión con falso título", lo que implicaría que el agente delictual, además de no contar con un título profesional, falsifica o usa un título falso.

2.1.4. Del ejercicio profesional en el ámbito público o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual

En el supuesto esbozado, nos encontramos ante una modalidad agravada y específica, tal cual en el segundo supuesto se advierte que el agente delictual ejerce la profesión sin contar con los requisitos establecidos, es decir, prestando servicios al Estado, en razón de au profesión, sin contar con el título respectivo o en su defecto, presentando un título falso.

Siendo así, existen diversas posibilidades por las cuales el agente delictual puede incurrir en dicha causal. Por ejemplo, cuando el agente delictual aduce tener el título de abogado —sin tenerlo— con la finalidad de ganar una vacante ante determinadas instituciones estatales, ya sea Ministerio Público, Poder Judicial, Sunat, etc., situación que habilita el supuesto para contratar con el Estado en las diversas modalidades contractuales.

2.2. Clase de delito

Respecto a la conducta, considero que se trata de un delito de resultado, debido a los elementos descriptivos y normativos registrados precedentemente en los cuatros escenarios[10]. Considerando el baremo "espacio-tiempo", entre la conducta desplegada por el autor y el resultado lesivo, nos encontramos ante un delito de resultado. De la

8 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 115.
9 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 944.
10 Así tenemos: i) Ejercicio de la profesión; ii) Del ejercicio profesional sin requisitos legales; iii) Del ejercicio profesional con título falso; y iv) Del ejercicio profesional en el ámbito público o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

misma forma, se deberá realizar la aclaración de que no nos encontramos ante un delito de tipo proceso, en el cual un acto te lleva a otro secuencialmente, pues según cada caso concreto se puede advertir cualquier supuesto necesario para habilitar la consumación típica. Siendo así, parece apropiado el análisis desarrollado por FRISANCHO APARICIO, quien indica acerca de la concurrencia de tres supuestos —que a nuestro modo de ver el escenario, serían supuesto genéricos vinculantes—, siendo: a) La realización de los actos propios de una profesión que requiera un título oficial habilitante, sin poseerlo, b) La violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida, y c) La conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegitima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por los que se rige aquella[11].

2.3. Forma de ejecución

El delito mencionado exige una forma activa para su configuración, por la misma propiedad del verbo "ejercer", el mismo que no puede manifestarse mediante situaciones omisivas. Asimismo, por técnica de tipificación, no es admisible la figura de omisión propia, por cuanto, no aparece expresamente señalada en el tipo penal comentado. De la misma forma, deviene en dificultoso o imposible (en cierta forma) admitir la figura de omisión impropia, por cuanto, no se advierte con facilidad las fuentes materiales o formales propias de la institución aludida.

3. Elementos concomitantes

El tipo objetivo exige ciertos elementos concurrentes, que si bien no aparecen expresamente detallados en el tipo penal, no significa que no existan, siendo de necesidad obligatoria considerarlos en la dinámica argumentativa, siendo:

3.1. Bien jurídico

Existe un bien jurídico genérico —por la misma ubicación sistémica del tipo penal—, esto es, la correcta administración pública; sin embargo, advierto que existe una pluralidad de intereses protegidos, los cuales fluyen de la misma redacción típica. En ese sentido, la voluntad legislativa es manifiesta: pretender proteger otros intereses. Conforme señala SALINAS SICCHA, como ejemplos: la exclusividad de la habilitación, confianza pública, solvencia profesional, etc[12].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

El tipo penal (considerado como delito de resultado, marcado por el baremo "espacial-temporal") admite, sin lugar a dudas, los lineamientos de la relación causal y los criterios de la imputación objetiva —tanto en su vertiente de la conducta, como el resultado—, debiéndose identificar, según el caso concreto, el filtro de imputación, a efecto de enervar responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el sujeto que contando con

11 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 151.

12 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 95.

título profesional legal, no se encuentra habilitado en el colegio de abogados (por cuanto no cancelo la tasa administrativa impuesta por dicho cuerpo colegiado) nos presenta ante un supuesto de relación causal, empero, el resultado no puede atribuirse al autor, por cuanto no existe riesgo relevante o insignificante para el derecho penal, tratándose en su defecto de una infracción administrativa, de ser el caso.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito mencionado es un delito de comisión dolosa, por cuanto, en su estructura típica no aparece la cláusula de referencia expresa vinculada a la culpa, conforme señala la parte *in fine* del art. 12 del CP, entendiéndose que el dolo es inferido. Por lo tanto, se requiere en el autor tenga conocimiento y voluntad en la relación de las modalidades típicas.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del delito de intrusismo es evidente, conforme se detalla a continuación.

1. Actos Preparatorios

Podemos afirmar que no es posible evidenciar actos preparatorios en el delito aludido, por cuanto, por regla general, estos actos preparatorios (para ser punibles) tienen que estar regulados expresamente, situación que no aparece en el presente supuesto delictual. Por lo tanto, no es posible admitir dicha figura.

2. Tentativa

En la medida de que, conforme se manifestó anteriormente, es un delito de resultado lesivo, entonces es perfectamente posible admitir el delito tentado. Siendo así, se consideran los presupuestos señalados, esto es: "El agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo", y aunado a la existencia del baremo "espacio-temporal", según los presupuestos normativos y descriptivos del delito analizado, es posible, por ejemplo, que el sujeto (bachiller en derecho) sin tener título de abogado, realice las tratativas con terceras personas para ejercer defensa (presenta estrategia legal, fija honorarios, señala plazos, etc.), sin embargo, no llega a la emisión de actos propios del ejercicio de la profesión respectiva, por ser descubierto, quedando el caso en grado de tentativa.

En el caso expuesto, considero que podría tratarse según las reglas de un concurso ideal, por cuanto, se advierte presencia de sus diversos presupuestos[13]: manifiesta presencia de actos de engaño (propio del delito de estafa), y la inminente intensión de ejercicio de la profesión, sin reunir los requisitos legales requeridos. Por lo tanto, se deberán aplicar las reglas previstas en el art. 48 del CP, es decir, considerar la nomenclatura típica y

13 Unidad de acción, unidad de autor y pluralidad de tipos penales.

penológica de las dos figuras delictivas previstas en los arts. 196 y 363 del CP, aplicando como solución el principio de absorción, respectivamente. En ese sentido, no aceptamos la tesis esbozada por ABANTO VÁSQUEZ, al indicar que: "El atentado contra el bien jurídico 'correcto funcionamiento de la Administración pública' no es tan visible en el tipo penal peruano. El ejercicio ilegal de profesiones tiene más bien que ver con la fe pública en la capacidad de los que desempeñan profesiones y oficios para los cuales se requiere una titulación oficial. La Administración pública solamente interviene en el momento de la concesión de estos títulos; un atentado contra su funcionamiento solamente sería sostenible en cuanto a la credibilidad de sus actividades. Por ejemplo, si se constatara que los delitos son cometidos por personas que utilizan 'falsos títulos' provenientes de determinada universidad, esta se vería desprestigiada y probablemente sufriría también otros perjuicios (menos postulantes, menos puestos de trabajo para sus egresados, etc.)"[14].

La discrepancia radica en que, en el delito de intrusismo —según el telos del legislador—, lo que se busca no es lesionar (en primer orden) la fe pública, sino la administración pública, por cuanto el agente delictual, tiene como finalidad esencial asumir cualidades profesionales que no posee. Por lo tanto, la falsificación de título profesional, sería un medio para concretar el núcleo delictual contenido en el delito de intrusismo, el mismo que, además de la ubicación del bien jurídico, contiene íntegramente el supuesto fáctico aludido.

3. Consumación

La consumación del delito aparece evidenciada en la medida que el agente delictual, sin reunir los requisitos legales requeridos para ejercer una determinada profesión, mantiene su conducta como tal, esto es, como profesional en el mundo laboral de la citada profesión, incurriendo en cualquiera de los supuestos antes esbozados[15].

Por otro lado, son rescatables las afirmaciones de FRISANCHO APARICIO, quien indica que: "La consumación del delito aludido aparece cuando concurren dos requisitos, siendo: a) Que se ejerza una actividad profesional sin poseer título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, b) Que la actividad profesional desarrollada exija un título oficial"[16]. La situación expuesta nos llevaría a sostener que las actividades informales, esto es, aquellas que no tengan vinculación o sustento con actividades profesionales reconocidas como tal (por ejemplo: el curanderismo, parteras informales y empíricas, etc.), no tendrían contenido penal respecto al delito analizado, por cuanto, dichas actividades no mantienen formalidad profesional; por el contrario, conforme se indicó líneas arriba, dichas conductas tendrían esfera delictiva en la medida que el agente delictual asuma el estatus de profesional, por ejemplo: que el curandero

14 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit, p. 134.

15 i) Ejercicio de la profesión; ii) Del ejercicio profesional sin requisitos legales; iii) Del ejercicio profesional con título falso; y iv) Del ejercicio profesional en el ámbito público o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

16 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 158.

asuma ostentar el título de médico general, la partera asuma el título de enfermera u obstetra, entre otros; situaciones que tendrían alcance en el delito analizado.

En el escenario abogadil, el delito de consumaría en la medida que el agente delictivo, sin tener el título de abogado —estudiante de derecho o bachiller—, asume el estatus laboral y profesional de abogado, exteriorizandolo al liberar su conducta suscribiendo escritos, falsificando documentos o el título profesional mismo. En términos similares, FRISANCHO APARICIO precisa con nitidez los siguientes supuestos: "No se reprime como *intrusismo* la actividad del que, sin ser titulado, da asesora académica o técnica al que está habilitado para ejercer la carrera. Sobre todo, si quien ejercita directamente la profesión es el que está facultado legalmente para ello y figura como único titular de los actos profesionales. Esto no ocurre si el agente comete el delito con la ayuda de un profesional que ampara con su firma el trabajo, sabiendo que quien se la solicita no tiene título para ejercerlo. Aquí el profesional titulado y legalmente habilitado cometerá el delito de participación en el ejercicio ilegal de la profesión, descrito en el art. 364 del CP. En cambio, el solicitante de la firma responderá por el delito de intrusismo"[17].

4. Agotamiento

La forma agotada aparece evidenciada en la medida que el agente delictual, producto de haber ostentando el cargo profesional sin tenerlo, se vale de las diversas modalidades típicas expuestas, obteniendo algún provecho o beneficio.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de intrusismo admite las diversas formas de intervención delictual, conforme se detalla a continuación.

1. Formas de autoría

La autoría aparece determinada en el art. 23 del CP, así tenemos: *autoría directa*, por cuanto, naturalísticamente, el autor domina el curso de la acción delictual; *autoría media,* fenomenológicamente, el autor de atrás domina la voluntad del instrumento, siendo este último quien está bajo los efectos de error o coacción; y la *coautoría,* finalisticamente, implica el codominio de la acción por diversos autores, quienes aparecen determinados por acuerdo previo, repartición de roles y ejecución material o ideal del plan delictual.

En el delito de intrusismo operan las tres formas de autoría, es decir: *autor directo*, será aquel que sin ostentar profesional alguna, ejerce la misma, en la medida del cumplimiento de los elementos descriptivos y normativos antes expuestos; de la misma forma, es posible la *autoría mediata*, a pesar del nivel alto de exigencia personal, por cuanto el tipo penal exige que el autor ejerza la profesión, sin embargo, ello no es obstáculo para que instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de *error*. Por ejemplo, el agente delictivo que cuenta con título o carnet falso de abogado, asume tal condición públicamente y

17 *Ibid.*, p. 151

en reiteradas oportunidades viene firmando escritos abogadiles, de manera que, en una defensa conjunta, por no encontrarse en el lugar de los hechos, solicita que el abogado con el cual ejerce defensa conjunta, firme el escrito abogadil que el mismo agente delictivo elaboró en calidad de defensa conjunta, por cuanto, el abogado habilitado, convencido de esta, lo realiza. Lo mismo opera en el supuesto de *coacción*, el agente delictivo impone la orden para que un abogado habilitado firme el escrito que él mismo elaboró sin tener el estatus de abogado, todo ello, bajo amenaza de delatar una infidelidad sexual del letrado habilitado.

En sentido contrario, respecto a la *autoría mediata*, PEÑA CABRERA FREYRE, indica que: "[...] en el supuesto delictivo no operaria la autoría mediata, por considerar a este tipo penal como fácticamente cualificado, de forma que no resulta admisible esta clase de autoría, pues el ejercicio profesional ha de tomar lugar de forma personalísima".[18]Ante ello, discrepamos de la versión expuesta, por cuanto el criterio personalismo no tendría la consistencia suficiente, como si lo tiene en los delitos de especiales de infracción de deber, situación que no funciona en el delito de intrusismo; por otro lado, conforme los ejemplos expuesto, lo personalísimo, deja de ser en los casos de error, defensa conjunta, y coacción. Respecto a la *coautoría*, también resulta posible, en la medida que los agentes delictivos, sin contar con el título profesional —de manera premeditada—, deciden aperturar un estudio médico, abogadil, etc., desplegando actos propios de la actividad profesional, cumpliendo cada uno sus roles y manifestaciones materiales según el caso concreto.

2. Formas de participación

Las figuras de participación delictual, resultan ser, complicidad —necesaria e innecesaria— e instigación, previstas en los arts. 24 y 25 del CP, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis, no advierto ningún problema en la admisión de la complicidad, esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor, con la finalidad que este último ejerza actos de profesión sin reunir los requisitos respectivos —según el caso concreto—, correspondiendo su calificación jurídica según los lineamientos del art. 364 del CP. Asimismo, es perfectamente admisible la instigación en la medida que el agente delictual determine al autor, en este caso, al profesional habilitado como tal para que acepte firmar documentos abogadiles (los cuales fueron elaborados por el instigador), por cuanto este último no cuenta con el título profesional —estudiante o bachiller—, ofreciéndole al agente profesional habilitado, una cuantiosa suma de dinero; situación aceptada por este último.

Finalmente, precisamos que cada casa concreto, respecto a la participación delictual, deberá ser analizado según los componentes del principio de accesoriedad limitada, en grados cualitativos y cuantitativos.

18 PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 74

VII. PENALIDAD

El delito de intrusismo presenta tres dimensiones de pena. En el *primer supuesto,* respecto al ejercicio de la profesión sin reunir los requisitos legales, impone una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En el *segundo supuesto*, esto es, ejercer profesión con falso título, el agente delictual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Finalmente, en el *tercer supuesto*, cuando el agente delictual haga ejercicio de la profesión en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado, bajo cualquier modalidad contractual, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El análisis político criminal, intensificado por el legislador en la pena, encuentra sentido en la medida de la densidad del reproche de la conducta del agente delictual, el mismo que viene en incremento progresivo en cada uno de los supuestos aludidos.

CAPÍTULO IV
PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 364 CP)

La figura típica de la participación del ejercicio ilegal de profesión aparece registrado en el art. 364 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 364**
> El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

II. ANTECEDENTES

Un antecedente referencial directo aparece durante el tiempo de vigencia del CP de 1924, conforme indica Reátegui Sánchez: "Según el D. Ley N.º 11363 del 19 de mayo de 1950, se reprimía el delito de ejercicio ilegal de la abogacía, debiendo advertir que la criminalización se limitaba a aquellas conductas en donde el abogado favorecía a otro en el ejercicio de la profesión [...]"[1]. A pesar de lo expuesto, en la redacción del artículo aludido se advierte una técnica legislativa inapropiada —a la luz de las formas de ampliación del tipo pena—, debido a que las formas de participación delictiva —complicidad primaria, secundaria e instigación— aparecen registradas en la parte general, sin embargo, las figuras delictivas de la parte especial están dirigidas fundamentalmente a las formas de autoría. Por ello, el sujeto activo, cualificado o no, siempre aparece antecediendo en la ubicación típica al supuesto de hecho, el mismo que contiene la norma prohibitiva o de mandato, los verbos rectores y los elementos descriptivos y normativos, según el caso concreto.

De esta manera, nos llama poderosamente la atención esta técnica desencajada, al pretender elevar un escenario de participación delictual a nivel de autoría, cuando a todas las luces, sería correcto aplicar la cláusula de remisión y limitarnos únicamente a considerar el delito de intrusismo (previsto en el art. 363 del CP), y el supuesto delictivo

1 Reátegui Sánchez, *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, pp. 117 y ss.

que se pretende punir en el delito comentado, calzaría de manera cómoda —utilizando la figura de complicidad primaria— respecto del profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo. El legislador, de manera similar, viene aplicando reiteradamente esta técnica perniciosa. Así, por ejemplo, el art. 184 del CP, implementado mediante una "disposición común", sanciona con al misma pena del autor al pariente cooperante, en los delitos de ofensa al pudor público.

Por otra parte, se podría pensar que la creación del art. 364 del CP encuentra justificación a nivel de autoría en la medida que se exige la calidad cualificada del sujeto activo, esto es, "el profesional". Sin embargo, considero que dicha necesidad no justifica la creación de una figura de autoría, por cuanto estaríamos lesionando la "unidad del hecho", es decir, el hecho concreto que es el ejercicio legal de profesión cometido por un sujeto carente de profesión habilitada, y no así por un sujeto que ostenta legítimamente una profesión.

Dicho razonamiento conlleva a que el profesional deba responder como cómplice primario del delito de intrusismo por contribuir al hecho concreto de un sujeto no cualificado, armonizando con la ubicación sistémica del título XVIII del Código Penal, esto es, delitos cometidos por particulares contra la administración pública; empero, a pesar de las objeciones expuestas, el agente del derecho, por imperio legal, deberá afrontar y considerar el delito materia de análisis, a título de autoría.

III. TIPO OBJETIVO

El delito materia de comentario, a nivel del tipo objetivo, presenta la siguiente estructura objetiva.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro tenemos al sujeto activo y pasivo, conforme se detallará a continuación.

1.1. Sujeto activo

Por mandato legal, el legislador impone un título cualificado formal, restringiendo el radio de acción de los posibles autores. Es decir, se trata de un delito especial propio, por cuanto, la condición especial fundamentaría el injusto penal. En términos similares, SALINAS SICCHA indica: "Se trata de un delito especial, pues solo puede ser autor aquella persona que tiene título profesional a nombre de la nación. Aquel que no tiene tal título, no puede realizar este delito en análisis."[2]

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo resultaría ser el Estado, por cuanto resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte

2 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 101.

Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

En este apartado tenemos la acción típica, la cual contiene elementos descriptivos. Por ejemplo, el verbo "amparar", según la RAE, significa: "favorecer, proteger"; es decir, el sujeto activo favorece el injusto del autor del delito de intrusismo, continuando con su accionar espurio. En ese sentido, se advierte que hasta la misma semántica confabula coherentemente para la admisión de complicidad en el delito de ejercicio ilegal de la profesión. Además de lo expuesto, tenemos que analizar la clase del delito y la forma de ejecución, siguiendo las reglas de técnicas de tipificación, teniendo los apartados mostrados a continuación.

2.1. Clase de delito

Se trata de un delito de resultado, por cuanto aparece determinado por el baremo "espacio-tiempo", es decir, entre la conducta desplegada por el autor y el resultado lesivo no se advierte inmediatez —propia de los delitos de mera actividad—. Según la redacción del tipo penal, se indica que "el profesional ampara con su firma el trabajo de quien no tiene el título", en ese sentido, el concepto de acción —entendida tanto naturalistica o normativativamente—, no puede pasar por alto el baremo antes expuesto.

2.2. Forma de ejecución

En términos similares que el delito de intrusismo —por la misma redacción típica—, resulta ser un delito de acción, es decir, el tipo penal exige un hacer materializado en el ejercicio de la profesión, equiparando el autor cualificado en el injusto penal con el sujeto no cualificado, previsto en el delito de intrusismo del art. 384 del CP. Asimismo, por técnica de tipificación, no es posible la omisión propia, por cuanto no opera expresamente en la redacción típica.

De la misma forma, el verbo "omitir" no advierte posibilidad alguna para admitir la omisión impropia, por cuanto la cualidad especial del sujeto tiene una fundamentación formal y no material, es decir, no tiene un deber cualificado típico con la administración pública. No es funcionario o servidor público a quien el Estado encomendó deberes en ese nivel, por lo tanto la posibilidad de salvamento frente al bien jurídico responde a una norma de prohibición solucionado bajo la dinámica de los delitos de dominio, es decir estamos ante un delito especial y no de infracción de deber.

3. Elementos concomitantes

En el presente rubro se analizarán dos elementos de suma importancia, el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva, conforme se detalla a continuación:

3.1. Bien jurídico

El tipo penal —por la ubicación nomenclatural, esto es, delitos contra la administración pública— tiene como objeto general proteger el correcto o normal ejercicio de la administración pública. Por otro lado, específicamente se busca proteger y garantizar la facultad del Estado para autorizar el ejercicio de las diversas profesiones que requieren acreditación de títulos oficiales, todo ello, dentro del sistema educacional que pretende garantizar el desarrollo social.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Teniendo presente que el delito analizado corresponde a la clasificación de los delitos de resultado, determinado por el criterio "espacio-temporal", se admite sin lugar a dudas los lineamientos de la relación causal y los criterios de la imputación objetiva, el mismo que aparecerá según el caso concreto. Así, por ejemplo, el abogado que habilitado legalmente, confía en el intruso —el que viene ejerciendo ilegalmente la profesión por contar con título falso, empero mediante ardid, socialmente vende la idea de ser abogado—, en cuanto al pedido realizado por este para firmar y amparar su escrito abogadil; ante ello, nos encontramos con la manifestación del principio de confianza, como criterio de imputación objetiva, el mismo que enerva responsabilidad jurídico penal.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito citado resulta ser un delito de comisión dolosa, por cuanto, se demanda en el autor conocimiento y voluntad para consumar el delito, esto es, que el profesional conozca que el intruso no cuenta con el título profesional y a pesar de ello, ampara su escrito, firmándolo. El concepto del dolo en el Perú, responde a una concepción ontológica y no así normativa, conforme indica la Casación N.° 367-2011 Lambayeque, de fecha 15 de julio del 2013, la misma que tiene efecto vinculante.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal en comentario, se desarrolla en los términos siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios son punibles en la medida de ser expresos típicamente, supuesto que no opera en el presente caso.

2. Tentativa

Es posible admitir la tentativa, por cuanto el delito aludido resulta ser un delito de resultado, marcado por el criterio "espacio-temporal". En ese sentido, se deberá tener en cuenta los lineamientos del art. 14 del CP, según el caso concreto.

3. Consumación

El delito se consuma —conforme se advierte de la redacción típica— en la medida que el agente delictual firma el documento entregado por el intruso, amparando su trabajo espurio. De esta manera, comparto la idea desarrollada por FRISANCHO APARICIO, quien indica: "El delito se consuma desde el momento en que el profesional firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo. No es necesario que realice otra actividad en apoyo del que carece de título"[3].

En postura contraria, SALINAS SICCHA, citando a ROJAS VARGAS, indica: "El supuesto delictivo se consuma o perfecciona cuando el tercero al que favorece el agente, utiliza el documento firmado por aquel en el ejercicio legal de una profesión. Es decir, no es suficiente que el agente estampe su firma en un documento cualquiera que le solicite el tercero, sino que es necesario que este documento sea utilizado por el tercero en actos que impliquen ejercicio ilegal de profesión"; de este modo se señala que la firma colocada en un escrito no utilizado, no constituye la consumación del delito"[4]. La postura expuesta no es aceptada, por cuanto no se puede distinguir donde no es requisito condicionante —por no ser elemento descriptivo y menos normativo— la utilización del documento cuestionado, situación de suma riqueza probatoria, más no así para temas de consumación, pues con la firma del documento espurio, el bien jurídico —correcta administración pública— y la facultad del Estado para proteger y garantizar el ejercicio de las diversas profesiones que requieren acreditación de títulos oficiales, ya estaría lesionado al ingresar el documento cuestionado al trafico documental, resultando el acto de agotamiento.

4. Agotamiento

La forma agotada es posible en la medida que el documento espurio ingrese al tráfico social o documental, según el caso concreto, para que cumpla su finalidad.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito comentado admite las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, esto es: *autoría directa*, como dominio de la acción delictual; *autoría media*, como dominio de la voluntad del instrumento; y *coautoría*, como codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores. Siendo así, conforme aparece redactado el delito de amparo indebido en el ejercicio ilegal de la profesión, nos encontramos en primero momento ante *autorías paralelas,* es decir, el intruso responderá como autor del delito previsto en el art. 363 del CP, empero, el que ampara indebidamente la pretensión del intruso, responderá como autor del art. 364 del citado cuerpo legal, por cuanto se trata de un delito especial propio. Respecto a la *autoría*

3 Cfr. FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública, Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 166.

4 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 102.

mediata, considero que no es posible aceptarla debido a la misma redacción típica, en la cual el sujeto cualificado no puede instrumentalizar a un tercero, toda vez, que el agente delictual tiene que amparar con su firma el trabajo de quien no tiene el título para ejercerlo, por lo tanto, por lo personalísimo del hecho, no es de recibo la autoría mediata. Respecto a la *coautoría*, esta es posible en la medida que existan dos o más sujetos cualificados que amparen con su firma el trabajo de quien no tiene el título para ejercerlo, ejemplo de ello se da en un consorcio de profesionales, quienes firman el documento espurio.

2. Formas de participación

En el delito materia de análisis no advierto ningún problema para admitir las formas de complicidad (primaria y secundaria), siendo participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado. Dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la instigación, deviene en imposible, en la medida que el autor del delito de ejercicio ilegal de profesión resulta ser quien gesta el plan delictual, confeccionando el documento espurio; en este extremo, el sujeto cualificado no puede ser instigador, por la misma impropiedad de la redacción típica. Por otro lado, el sujeto cualificado no puede instigar a un tercero, por cuanto la semántica típica advierte que el acto ilícito es gestado por el mismo cualificado, toda vez que se exige que ampare con su firma el trabajo espurio.

VII. PENALIDAD

El delito aludido es sancionado, por imperio del legislador, con una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP.

CAPÍTULO V
VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD – ATENTADO CONTRA EL LIBRE EJERCICIO FUNCIONAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 365 CP)

El delito de violencia y resistencia a la autoridad aparece previsto en el art. 365 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 364**
> El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

II. ANTECEDENTES

Existen diversos antecedentes legislativos, en ese sentido, MANZINI al comentar el CP italiano de 1930, respecto a la figura delictiva expuesta, presenta diversos antecedentes legislativos italianos, así tenemos: el CP de 1859 (Código Penal sardo italiano), el mismo que mantuvo un escenario similar con el CP de 1889. De esta manera, el sistema penal italiano de 1930 precisó la descripción típica en el art. 336 en los siguientes términos: "Quienquiera que use de la violencia o amenaza contra un oficial público o contra un encargado de servicio público, a fin de constreñirlo a realizar un acto contrario a sus deberes u omitir un acto de su oficio o servicio, es castigado con la reclusión de seis meses o cinco años. La pena es la de reclusión hasta de tres años, si el hecho se comete para constreñir a alguna de las antedichas personas a realizar un acto del propio oficio o servicio o para influir de cualquier modo sobre ella"[1].

Por otro lado, el CP peruano de 1924 señaló lo siguiente: "El que sin alzamiento público, por violencia o amenaza, impidiera a una autoridad o a un funcionario ejercer sus funciones, o le obligara a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de estas, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días. La prisión será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más de tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad".

1 Cfr. MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho penal*, ob. cit., pp. 92 y 93.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de violencia y resistencia a la autoridad, a nivel del tipo objetivo, presenta diversos componentes, conforme se advierte a continuación:

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro encontramos los sujetos intervinientes en el injusto penal, siendo necesario precisar que el centro de imputación radica en el *extraneus*, es decir, si bien nos encontramos en el rubro de los delitos contra la administración pública, específicamente tenemos sujetos particulares, carentes de relación especial o deber de salvamento con la administración pública.

1.1. Sujeto activo

El delito de violencia y resistencia a la autoridad se trata de un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del delito mencionado, por cuanto la estructura típica no exige una cualidad especial en el autor y tampoco advierte una institución especial que vincule al autor. De la misma forma, es necesario precisar que el inc. 2 del art. 367 del CP, si bien precisa la condición especial en el autor del delito materia de comentario, también es cierto que dicha situación típica opera como una circunstancia agravante, más no así como elemento normativo propio del injusto penal previsto en el art. 365 del código acotado.

1.2. Sujeto pasivo

Debido al supuesto fáctico previsto en el delito analizado, se advierte la existencia indisoluble entre el funcionario público —sujeto sobre el cual recae la acción típica—, y la administración pública, la misma que emana del escenario regulado y previsto por el Estado, siendo que en este último caso, nos encontramos ante el supuesto conocido como "titular del bien jurídico". El sujeto pasivo en este delito resulta ser el Estado, siendo el único titular del bien jurídico tutelado (titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública), esto es, correcta "administración pública". En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, se señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". En términos opuestos, PEÑA OSSA indica que la administración pública resultaría ser el sujeto pasivo, por cuanto, al considerar como bien jurídico genérico a la administración pública, no puede tomarse como tal al Estado que es su titular[2].

Por otro lado, el "sujeto sobre el cual recae la acción típica", resulta ser el funcionario o servidor público que ejerce sus funciones, las mismas que son impedidas por el autor

2 PEÑA OSSA, Erleans, *Delitos contra la administración pública*, p. 276, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, p. 169 y ss.

delictual. La afirmación expuesta, resulta ser obvia, por la misma propiedad del hecho, no exigiendo explicación alguna.

2. Elementos referentes a la conducta

La técnica legislativa del delito aludido presenta diversos presupuestos, elementos descriptivos y normativos y una pluralidad de verbos rectores, conforme se explicará en los términos siguientes.

2.1. Sin alzamiento público

El término "alzamiento" aparece ligado a los verbos "alzar" y "sublevar", por lo tanto, su significado aparece contextualizado al hecho de "apoderarse de algo con usurpación"[3]. En ese sentido, el tipo penal advierte que el agente delictivo no tiene como finalidad sublevarse públicamente. El legislador, de manera discriminada, precisa la descripción "sin alzamiento público", es decir, el *thelos* o finalidad del tipo penal opera en la medida que busca diferenciarse del delito de rebelión previsto en el art. 346 del CP, por cuanto, el agente delictivo no busca cambiar o amenazar la forma de gobierno imperante (previsto en el art. 43 de la Constitución vigente), situación contraria se da con la intensión del agente en el delito de violencia y resistencia a la autoridad, la cual consiste en impedir que el funcionario o servidor público cumplan sus funciones. De esta manera, deviene en correcto y oportuno el trato diferenciado, por la misma ubicación típica y la naturaleza del bien jurídico tutelado.

2.2. Conducta violenta

El tipo penal exige que el agente delictivo ejerza violencia contra el funcionario o servidor público. En ese sentido, existen diversas clases de violencia, así tenemos, en términos de MOLINA ARRUBLA: i) violencia personal, cuando recae directamente sobre las personas, ii) Violencia real, cuando se ejerce sobre las cosas, iii) violencia impropia, en la cual no obra fuerza física, sino, utilización de otros medios a través de los cuales finalmente se logra doblegar la voluntad del individuo, por ejemplo, cuando se le administra algún narcótico con lo cual se priva de sus sentidos a la víctima[4]. ROJAS VARGAS precisa: "violencia es el empleo de la fuerza o energía física sobre las personas especiales señaladas en el tipo legal para el logro de los resultados en la figura penal, tratándose por lo tanto de una violencia instrumental. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando esta es usada como medio para dificultar o imposibilitar al sujeto público el ejercicio de sus funciones"[5].

En ese sentido, considero que el tipo penal aparece perfeccionado en la medida que opere cualquier clase de violencia impuesta por el agente delictivo contra el funcionario o servidor público, por cuanto, la técnica legislativa no hace discriminación, limitándose a precisar el impedimento del ejercicio de la función pública. Dicha afirmación, aparece

3 Enlace: http://dle.rae.es/?id=2B1SmeX
4 MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit. p. 86.
5 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 976.

integrada sistemáticamente con la violencia impuesta contra las cosas, conforme se advierte en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales[6]. Por otro lado, es necesario precisar que no todo tipo de violencia deviene en pertinente para consumar el supuesto de hecho analizado, ya que tiene que ser *idónea* (a nivel de *vis absoluta)*, generando en el funcionario o servidor público la imposibilidad de cumplir su función y obligándolo a practicar un acto determinado propio de su función o estorbándolo en el ejercicio de la función pública. Siendo así, el término *vis absoluta* aparece entendido como fuerza irresistible empleado contra el funcionario o servidor público.

En términos aclaratorios, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la temática, así tenemos: "La violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiera o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podía hacer, que siendo así, el intercambio de palabras entre los procesados y los efectivos policiales, que llegó a un faltamiento de respeto a estos últimos, hecho de por si censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza"[7]. En términos similares, "[...] la violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un funcionario para que se abstenga de realizar sus funciones [...]."[8]

Finalmente, el tipo penal analizado alcanzará nivel consumativo en la medida que el funcionario o servidor público aparezca cumpliendo su labor funcionarial, es decir, en cumplimiento del ejercicio público en razón del cargo. Siendo así, si el agente público sufre violencia, pero no cumpliendo la labor pública, no podemos hablar del delito mencionado; existiría la posibilidad —según el caso concreto—, de analizar el delito de coacción, sin embargo, no así el delito de violencia o resistencia contra la autoridad pública.

2.3. Conducta amenazante

La amenaza, en términos de SALINAS SICCHA: "[...] consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo funcionario o servidor público, cuya finalidad es intimidarlo para que deje de cumplir sus funciones. También puede obligarlo a realizar determinados actos o estorbarlo en el ejercicio de sus funciones normales. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo"[9].

Siendo así, la amenaza opera tal cual que la violencia, es decir, pretende que el funcionario o servidor público incumpla su función, obligándolo a practicar un acto

6 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 259-2013 Tumbes*, Lima: 22 de abril del 2014, f. j. n.° 4.6 que señala: "[...] la violencia a la que hace referencia el inc. 2 del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble [...]". En términos similares: SALA PENAL PERMANENTE, la *Casación N.º 273-2012 Ica*, Lima: 29 de mayo del 2014, f. j. n.° 4.9; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 233-2013 Arequipa*, Lima: 21 de octubre del 2014, f. j. n.° 5.

7 EJECUTORIA SUPERIOR DE LA SALA PENAL DE APELACIONES PARA PROCESOS SUMARIOS CON REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Expediente N.º 137-98*, citado por BACA CABRERA; ROJAS VARGAS y NEMA RUMIAN, *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 493.

8 EJECUTORIA SUPREMA, *Expediente N.º 8891-97 Lima*, citado por SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal,* Lima: Jurista, pp. 24 y ss.

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit. p, 109.

determinado, propio de su función o estorbándolo en el ejercicio de la función pública. De la misma forma, la amenaza tiene que ser "idónea", esto es, suficiente para quebrar el ejercicio de la función pública desarrollada por el sujeto cualificado; por lo tanto, cualquier tipo de amenaza no es suficiente, tiene que tener la fuerza suficiente —según el caso concreto— para lesionar el cumplimiento funcional. Así, por ejemplo, no existirá amenaza idónea cuando el funcionario o servidor público es amenazado por el autor con ser denunciado por el delito de abuso de autoridad, por cuanto, el ejercicio de un derecho, en el caso de verificarse el abuso de autoridad, no resulta ser una amenaza.

Por otro lado, la amenaza también puede ser directa o indirecta, pudiendo recaer directamente en el funcionario o servidor público como también en personas o cosas vinculadas a él, además que el ejercicio violento se deberá aplicar en cada caso concreto. Finalmente, GRISPIGNI advierte de la existencia de una "amenaza psíquica", es decir: "Como es sabido, el constreñimiento físico, más que una forma de influencia sobre la voluntad, es la anulación de la voluntad, en el sentido de que en el sujeto pasivo non agit sed agitur, el acto no es suyo sino de quien se sirve de él como instrumento. En el constreñimiento psíquico, en cambio, el sujeto pasivo toma una decisión: se determina a actuar luego de una escogencia; sin embargo, entre los motivos de la determinación esta precisamente la representación del peligro del mal amenazado"[10]. Ante ello, considero que es perfectamente posible la admisión de la amenaza psíquica, en la medida que se advierta su idoneidad impuesta en la voluntad del sujeto cualificado.

2.4. Medios comisivos

El delito mencionado presenta tres verbos rectores: "impedir", "obligar" y "estorbar", los cuales serán analizados en los siguientes renglones.

2.4.1. El impedir

Según la RAE, "impedir" significa: "estorbar o imposibilitar la ejecución de algo", esto nos lleva a postular que el sujeto activo tiene como finalidad la *no realización de la función pública por parte del sujeto cualificado*; en términos del Código Penal: "impide el ejercicio de sus funciones" por parte del sujeto cualificado, siendo así que este delito presenta un verbo activo y no omisivo, es decir, el agente delictivo tiene que desplegar una conducta obstruccionista. De la misma forma, el verbo "impedir" genera una comisión instantánea, es decir, el delito aludido resulta ser de comisión inmediata, por cuanto no requiere para su consumación el cumplimiento o incumplimiento de la actividad funcional. La manifestación del verbo "impedir" tiene que aparecer momentos antes que el sujeto cualificado cumpla con las actividades funcionales propias del cargo público, siendo este supuesto lo que nos llevaría a diferenciarlo del delito de violencia contra la autoridad, previsto en el art. 366 del CP.

10 GRISPIGNI, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma: Ricerche, 1953, p. 40, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús, ob. cit., p. 252.

2.4.2. El obligar

La RAE define el verbo "obligar" como: "Hacer fuerza en una cosa para conseguir un efecto". En términos apropiados de REÁTEGUI SÁNCHEZ: "Se trataría, en consecuencia, de una conducta de carácter extorsivo que impide que el funcionario público realice sus actividades funcionales de acuerdo a su libre voluntad. La normal penal no exige expresamente determinados "medios" o "instrumentos" para obligar al funcionario público o servidor a realizar un acto, sino que bastará con lo estrictamente necesario y suficiente para doblegar la voluntad del funcionario o servidor público, y caer a la merced o designios del sujeto activo"[11].

Según lo expuesto, nos encontramos ante un verbo comisivo y nunca omisivo, siendo que dicho verbo aparece vinculado a practicar un determinado acto funcional del sujeto cualificado, en ese sentido, el delito analizado —según la conducta—, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, si bien se exige que el agente delictivo obligue al sujeto cualificado; la obtención perniciosa del plan delictual del sujeto activo, no condiciona la configuración del delito, por cuanto, típicamente, no se exige la concreción delictual en el sentido que el funcionario cumpla con las imposiciones perniciosas del agente delictual, sino, por el contrario, solo se exige que la amenaza o violencia (idónea) conminen al agente público al cumplimiento de pretensiones delictuales, ajenas a la función pública.

2.4.3. El estorbar

Proviene del latín *exturbare*, en términos de la RAE: "Poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo", es decir, el agente delictual perturba o entorpece el libre ejercicio funcional del sujeto cualificado, por lo tanto, el termino aludido nos conlleva a precisar que estaríamos ante un delito de comisión instantánea, resultando irrelevantes los detalles anteriores y posteriores, por cuanto, por la misma propiedad semántica del verbo, estamos ante un accionar comisivo que deberá operar concomitantemente con el ejercicio de la actividad pública del sujeto cualificado.

2.5. Clase de delito

El delito deviolencia y resistencia a la autoridad es un delito de mera actividad, tanto en los supuestos de "violencia" o "amenaza", por cuanto, resulta irrelevante para la configuración delictual el cumplimiento o incumplimiento de la función que pretende realizarel funcionario o servidor público. El solo "impedimento", "imposición" o "estorbo" desplegado por el agente delictual con la finalidad que el agente público no cumpla su labor, configura el tipo penal señalado. En ese sentido, la conducta delictual inmersa en cualquiera de los supuestos típicos, no solo configura el injusto penal, sino que también, lesiona el bien jurídico, en este caso, administración pública.

11 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2017.

2.6. Forma de ejecución

Por la misma redacción típica, resulta ser un delito de acción, es decir, demanda que el agente delictivo desplegué un accionar —materializado en cualquiera de los supuestos típicos—, no siendo posible la forma omisiva, tanto propia o impropia. Es decir, técnicamente es imposible la omisión propia, por cuanto dicha figura tiene que ser expresa, situación que no opera en el delito materia de comentario. Por otro lado, tampoco se advierte la posibilidad de omisión impropia, toda vez que sobre el agente delictivo no se advierte un deber de salvamento, sino por el contrario, se trata de un sujeto común liberado de todo deber cualificado.

3. Elementos concomitantes

En este rubro se analiza la identificación del bien jurídico, la relación casual e imputación objetiva, según se advierte en las siguientes líneas.

3.1. Bien jurídico

Conforme aparece registrado líneas arriba, el bien jurídico genérico resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, la misma que encuentra representación en el Estado como un ente político y socialmente organizado; sin embargo, también podemos advertir la presencia de un bien jurídico específico, el mismo que aparece ligado a la determinación o libertad de funcionario o servidor público, por cuanto, específicamente ejerce la representación de los intereses del Estado, habiéndosele dotado de la autoridad respectiva para viabilizar los intereses estatales. En términos similares, los argumentos de TERRAGNI indican: "[...] el bien jurídico tutelado por esta figura es la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de su función pública, es decir, al ejecutar sus decisiones; lo cual es indispensable para el normal desenvolvimiento de la administración de los asuntos del Estado"[12].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Por la misma naturaleza técnica del delito, esto es, delito de mera actividad, no resultaría posible identificar concurrentemente los criterios de relación causal e imputación objetiva, por cuanto no existe el criterio "espacio–tiempo", resultando impropio la identificación de los supuestos aludidos.

IV. TIPO SUBJETIVO

Este delito es de naturaleza dolosa, debido a la misma redacción típica, es decir, el dolo es inferido y expreso. En ese sentido, la figura delictual solo puede darse por dolo directo, esto es, el agente delictual —en términos naturalísticos— deberá actuar con conocimiento y voluntad.

12 TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II*, t. III., Buenos Aires, 2012, p. 325 en REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2017, p. 131.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictivo aparece determinado por la fase externa, conforme se detalla a continuación.

1. Actos preparatorios

No es posible la admisión de los actos preparatorios en el delito citado, por cuanto estos tienen que ser expresos a nivel de punibilidad, situación que no existe por ausencia de mandato legal, respecto al delito aludido.

2. Tentativa

El delito analizado tampoco admite la tentativa, por cuanto, conforme aparece señalado líneas arriba, los verbos rectores tienen una connotación instantánea y activa, por lo tanto, no es posible la tentativa debido a la ausencia del baremo "espacio–tiempo". En el supuesto que el agente delictual obtenga sus objetivos, esto es, impedir que el agente público ejerza sus funciones; practique un determinado acto, contrario a su libre voluntad; o aparezca estorbado en sus funciones, no son condiciones para la configuración típica, aunque serían de rica utilidad para fines probatorios, pero por la misma propiedad de los verbos rectores, exigen una consumación instantánea.

En términos similares, Carlos CREUS[13] niega la tentativa en el delito aludido, quien expande dicha imposibilidad tanto para el supuesto de violencia y amenaza. Por el contario, SALINAS SICCHA indica que es posible la tentativa respecto a los verbos "impedir" y "obligar", pero respecto al verbo "estorbar" no sería posible[14]; MOLINA ARRUBLA señala que la tentativa es admisible respecto al rubro de amenazas[15].

3. Consumación

La consumación aparece con la identificación de los verbos rectores: "impedir", "obligar" o "estorbar". Conforme aparece asumido por el autor líneas arriba, se trataría de un delito de consumación instantánea en todos sus verbos rectores, por lo tanto, la consumación deviene en instantánea por la propiedad semántica de los verbos rectores activos, remitiéndome a su explicación registrada líneas arriba.

4. Agotamiento

Las formas agotadas del delito comentado aparecen evidenciadas según los actos posteriores de los verbos rectores, es decir: respecto al verbo "impedir", la forma agotada del delito resultaría ser en la medida que el autor logra su cometido eficazmente, esto es, el agente público no realiza la actividad funcional encomendada o aquella que pretende llevar a cabo en razón de su cargo, de tal manera que la no ejecución de la función pública

13 CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 25, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., 172.
14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit. p, 116.
15 MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 287.

resulta ser la forma agotada del delito, por cuanto la consumación aparece nítidamente identificada con la sola presencia del verbo de comisión instantánea, esto es, "impedir".

Respecto al verbo "obligar", la forma agotada aparece en la medida que el agente delictual logró concretar su plan delictivo, esto es, logró que el agente público practique —en el mundo real— un acto funcional determinado, contrario a la voluntad del funcionario o servidor público; dicho acto funcional viciado en el ejercicio de la voluntad, constituye el acto agotado. Con relación al verbo "estorbar", la fase agotada es difusa, por cuanto dicho accionar se consuma armónicamente con la lesión al bien jurídico, quedando culminada en el verbo aludido, esto es, en la fase consumativa, no advirtiéndose otro supuesto posterior.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Las formas de intervención delictual no pueden pasar por alto a la temática, conforme se analizará en los términos siguientes.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto el delito de violencia y resistencia a la autoridad es un tipo penal de acción, el mismo que demanda, en primera alternativa —y no así la única—, la presencia fáctica del agente delictual en el escenario delictivo, esto es, en el momento del ejercicio de la función pública por parte del sujeto cualificado. De la misma forma, el autor, bajo una conducta violenta o amenazante, puede cometer el delito utilizando cualquiera de los verbos rectores, esto es: "impedir", "obligar" o "estorbar". Con relación a la *autoría mediata*, considero que no es posible aceptarla, por la misma naturaleza del delito, esto es, no es admisible la autoría mediata en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[16], por lo personalísimo del escenario delictivo. En el supuesto caso que se advierta la presencia de un instrumento operando bajo escenario de error o coacción (presupuesto de la autoría mediata), el problema se deberá solucionar a través de la figura de error de tipo y ausencia de dolo, respectivamente.

Respecto a la *coautoría*, no es admisible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad. Siendo así, se deberá optar, en el caso de pluralidad de intervinientes, por autorías paralelas o directas.

2. Formas de participación

No observo problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual en el delito analizado, es decir, es perfectamente posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor, con la finalidad de

16 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; Fermín MORALES PRATS y Josep PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 1029 y ss.

que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado. En ese sentido, las formas de ampliación del tipo penal, en el delito de violencia y resistencia a la autoridad, son posibles, por cuanto se trata de un delito común, el mismo que no restringe el radio de acción de los autores ni la intervención de los partícipes.

VII. PENALIDAD

El delito analizado es sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de dos años, teniendo una pena irrelevante, cuantitativamente.

CAPÍTULO VI
VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO FUNCIONAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 366 CP)

El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional aparece previsto en el art. 366 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 366**
> El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas" (artículo modificado según Ley N.º 27937, del 12 de febrero del 2003).

II. ANTECEDENTES

El tipo penal analizado mantiene relación histórica con el art. 365, esto es, respecto al delito de atentado con la autoridad o funcionario. Por lo tanto, MANZINI[1] —comentando el CP italiano de 1930—, respecto a la figura delictiva expuesta, presenta varios antecedentes legislativos italianos, entre ellos, el CP italiano de 1859 (Código Penal sardo italiano) y los códigos penales italianos de los años 1889 y 1930, resaltando que este delito asumió la nomenclatura de "violencia a oficial público o a encargado de servicio público – violencia pública", sin embargo, se deberá dejar en claro que los matices expuestos no se condicen con la redacción típica del actual art. 366 del CP nacional.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional, a nivel del tipo objetivo, presenta diversos componentes, conforme se advierte a continuación:

1 MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 92 y ss.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro, tenemos que la finalidad del legislador consiste en regular la conducta del *extraneus*, es decir, la persona que no cuenta con las condiciones especiales propias de una institución cualificada. A pesar de ello, dicho accionar atenta contra bienes jurídicos de naturaleza cualificada, en este caso resultaría ser la administración pública.

1.1. Sujeto activo

El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional, se trata de un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede ser autor del delito mencionado, por cuanto la estructura típica inicia con el pronombre impersonal "el que", no demandando cualidad especial en el autor. Asimismo, no se advierte institución especial, precisándose que lo señalado en el inc. 2 del art. 367 del CP opera como una circunstancia agravante y no así como circunstancia especial que fundamenta el injusto penal del delito analizado.

1.2. Sujeto pasivo

Considerando que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, resulta ser el Estado peruano, por cuanto, conforme fue explicado en el delito previsto en el art. 365 del CP, por técnica de representación de intereses sociales, la titularidad de la administración pública, pertenece al Estado, ello en razón del modelo constitucional vigente[2]. En ese mismo camino de argumentación, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". En términos opuestos, PEÑA OSSA indica que, la administración pública resultaría ser el sujeto pasivo, por cuanto, al considerar como bien jurídico genérico a la administración pública, no puede tomarse como tal al Estado que es su titular[3].

Por otro lado, no podemos pasar por alto al funcionario público o al asistente que opera en razón de un deber legal, siendo dichas personas, el "sujeto sobre el cual recae la acción típica", empero, siempre, el agraviado como tal, será el Estado.

2. Elementos referentes a la conducta

El delito analizado presenta diversos elementos descriptivos y normativos, es decir, el supuesto de hecho nos muestra una amplia técnica legislativa, conforme se explicará en los términos siguientes.

---

2 En términos similares, SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, Casación N.° 103-2017 Junín, Lima: 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

3 Cfr. PEÑA OSSA, Erleans, *Delitos contra la administración pública*, p. 276, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., pp. 169 y ss.

2.1. Intimidación

Según la RAE, "intimidar" proviene del latín *intimidare*, cuyo significado resulta ser: "Causar o infundir miedo, inhibir". Ante ello, surge la pregunta: ¿El verbo "intimidar" es sinónimo del verbo "amenazar"?, la respuesta no es nada pacifica, así tenemos, por ejemplo, que para ABANTO VÁSQUEZ, existe una correlación o correspondencia en los términos intimidación y amenaza, es decir: "[...] intimidación es asimilable a la "amenaza" o "violencia psíquica" [...]. El que la ley diga "intimidación" en vez de amenaza (como en el artículo anterior) no tiene trascendencia alguna"[4]. En el mismo sentido, SALINAS SICCHA, quien indica: "La intimidación no es otra cosa que la amenaza como facilitador del delito de atentado contra funcionario público."[5]

Según lo expuesto, considero que "intimidar" no es lo mismo que "amenazar", por cuanto, conforme indica la RAE, "intimidar" implica "causar o infundir miedo", sin embargo, respecto al verbo "amenazar", la misma RAE señala que su significado consiste en "Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien". En ese sentido, la diferencia, además del criterio semántico y lexicográfico advertido, apunta en la finalidad obtenida y lograda por el agente delictual para con el funcionario público o su asistente, es decir, en la intimidación, siendo que la finalidad del autor es infundir miedo en el agente público o su asistente, empero, en la amenaza el autor expone una realidad nociva y perjudicial para con el agente público, siendo este último, quien a pesar de contemplar la situación adversa en su contra o en contra de su asistente, no puede ser afectado por el fenómeno psíquico del miedo, situación diferenciada.

La operatividad del trato diferencial es de suma importancia para lograr la configuración típica, por cuanto, la causa por la cual el agente público o asistente aparecen impedidos o trabados para cumplir su deber público, deberá ser el escenario medroso generado por el autor, por la inminencia reacción lesiva. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ y ROJAS VARGAS, al indicar: "El uso por el legislador peruano del sustantivo 'intimidación' en lugar de 'amenaza' enfatiza más en el efecto temor o miedo que el agente procura obtener mediante su accionar sobre el funcionario público y su asistente (por ejemplo, la sola presencia de matones, el dirigirle cartas amenazantes contra su vida o la de los suyos, el colocarle una bomba detonante en su casa, etc.)[6]. Finalmente, la intimidación tiene que ser idónea, es decir, suficiente, a nivel de *vis absoluta*, que permita influir en la determinación del agente público y su asistente.

2.2. Violencia

Conforme fue explicado en el art. 365 del CP, existen diversas clases de violencia, así, de acuerdo a los aportes de MOLINA ARRUBLA tenemos: *i) violencia personal*, cuando recae directamente sobre las personas; *ii) violencia real,* cuando se ejerce sobre las cosas y; *iii) violencia impropia,* en la cual no obra fuerza física, sino, utilización de otros medios a través de los cuales finalmente se logra doblegar la voluntad del individuo, por

4 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 156.
5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit. p, 119.
6 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 136.

ejemplo, cuando se le administra algún narcótico con lo cual se priva de sus sentidos a la víctima[7]. En términos complementarios, SALINAS SICCHA indica: "Consiste en un energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona del funcionario o servidor público (victima). No es posible interpretar que también engloba el delito la violencia ejercida sobre las cosas. Si el agente recurre a la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público para que este realice lo que aquel le exige, estaremos ante un supuesto de amenazar, debido a que por temor el sujeto pasivo especial dejará de hacer o realizará lo que exige el sujeto activo"[8]. Finalmente, en términos similares que la "intimidación", la violencia tiene que ser idónea, es decir, *vis absoluta*, impidiendo o trabando el ejercicio funcional del funcionario público o su asistente.

2.3. Medios comisivos

El delito mencionado, presenta dos verbos rectores: "impedir" y "trabar", los cuales serán analizados en las siguientes líneas:

2.3.1. El impedir

Conforme fue explicado en líneas anteriores, citando los lineamientos de la RAE, "impedir" significa: "estorbar o imposibilitar la ejecución de algo". Dicha situación conlleva al supuesto que el sujeto activo tiene como finalidad la no realización de la función pública por parte del sujeto cualificado o su asistente. En términos del Código Penal: "impide la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones", por lo tanto, el delito presenta un verbo activo y no omisivo, es decir, el agente delictivo tiene que desplegar una conducta obstruccionista.

Asimismo, el verbo "impedir" conlleva a identificar el delito como un tipo penal de comisión instantánea, es decir, delito de comisión inmediata, por cuanto no requiere para su consumación el cumplimiento o incumplimiento de la actividad funcional. La manifestación del verbo "impedir" tiene que aparecer en el momento que el sujeto cualificado o su asistente este cumpliendo con sus actividades funcionales propias del cargo público, siendo este supuesto lo que nos llevaría a diferenciarlo del delito previsto en el art. 365 del CP.

Es pertinente el desarrollo presentado por ROJAS VARGAS[9], al indicar la presencia de tres requisitos: el primero, la existencia de una resolución adoptada por el funcionario público; el segundo, el acto a ejecutar sea propio del cargo o de la función; y el tercero, que el acto sea legítimo, es decir, no importa arbitrariedad o abuso.

2.3.2. Trabar

La RAE define el verbo "trabar" en los siguientes términos: "Entorpecer algo o impedir su normal actividad o desarrollo." FONTÁN BALESTRA indica: "sólo se puede

7 MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 86.
8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed., ob. cit. p. 118.
9 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit. pp. 991 y 992.

impedir o trabar la ejecución de un acto cuando el autor se opone a la acción del funcionario[10]. En términos similares y complementarios, SALINAS SICCHA precisa: "En suma, en la modalidad de impedir se busca una omisión de la actividad funcional y en el supuesto de trabar se busca un entorpecimiento de la comisión del acto funcional por parte del funcionario"[11]. Siendo así, el supuesto descriptivo vinculado al verbo "trabar", implica que el agente delictivo tiene como finalidad obstaculizar la gestión o labor del sujeto cualificado o el asiste respectivo, situación que implica un accionar de mera actividad, siendo irrelevante para la configuración del delito que el agente delictual logre su cometido, esto es, que no se lleve a ejecutar la función pública.

2.4. Clase de delito

El delito analizado es un delito de mera actividad, tanto en los supuestos de "impedir" o "trabar", por cuanto resulta irrelevante para la configuración delictual que el agente delictivo obtenga la concreción de su plan delictual. En ese sentido, el accionar delictivo inmerso en cualquiera de los supuestos típicos, no solo configura el injusto penal, sino que también lesiona el bien jurídico, en este caso, administración pública. De manera contraria, James REÁTEGUI indica: "[...] se trata de un delito de resultado lesivo. Es decir, no se consuma cuando el agente emplea 'intimidación' o 'violencia' contra un funcionario o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber o ante requerimiento de aquel, que más bien serían considerados como 'medio' (conducta típica) para un objetivo concreto: para 'impedir' o 'trabar' la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones"[12]. Ante lo dicho, no compartimos las afirmaciones del autor citado, por cuanto la finalidad del autor es utilizar un "medio" para un objetivo concreto, siendo que "impedir" o "trabar" estaría vinculado al nivel subjetivo del autor, situación que nos llevaría a determinar si estaríamos ante un tipo penal de tendencia; sin embargo, ello no conllevaría a la determinación de la naturaleza del tipo penal respecto a la conducta, la misma que aparece definida por los elementos descriptivos y verbos rectores fijados en el tipo objetivo y no así a nivel del tipo subjetivo.

2.5. Forma de ejecución

El tipo penal analizado, por voluntad del legislador, es un delito de acción, es decir, exige que el agente delictivo despliegué un accionar, concretado en cualquiera de los supuestos típicos, esto es: "impedir" o "trabar". Por lo tanto, no es posible la forma omisiva (propia o impropia), toda vez que, por técnica legislativa, no se advierte el verbo "omitir" (respecto a la omisión propia) y tampoco se advierte un deber de salvamento (respecto a la omisión impropia).

3. Elementos concomitantes

En este rubro tenemos, el bien jurídico, la relación casual e imputación objetiva, según se advierte en las siguientes líneas.

10 FONTÁN BALESTRA, *Trartado de derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 162.
11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed., ob. cit., p. 121.
12 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 139.

3.1. Bien jurídico

El bien jurídico genérico resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, representando en el Estado —entendido como ente político y socialmente organizado—. Por otro lado, tenemos la presencia de un bien jurídico específico, el mismo que aparece ligado a la determinación o libertad de funcionario público o al asistente que opera en virtud de un deber legal desplegado por el funcionario público. En términos de SALINAS SICCHA: "[...] por excepción, la titularidad especifica del sujeto pasivo se extiende al asistente que actúa en virtud de un deber legal o ante un requerimiento efectuado por el funcionario público"[13].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Al tratarse de un delito de mera actividad, no resultaría posible identificar concurrentemente los criterios de relación causal e imputación objetiva, por cuanto no existe el criterio "espacio–tiempo", resultando impropio la identificación de los supuestos aludidos.

IV. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal analizado exige en el agente delictivo un accionar doloso, esto es, en términos naturalisticos, según la doctrina mayoritaria, se exige conocimiento y voluntad.

V. *ITER CRIMINIS*

La fase externa del camino delictivo, aparece manifestada conforme se detalla a continuación.

1. Actos preparatorios

En la medida que el legislador haya dotado de contenido penal los actos preparatorios, estos tendrán relevancia, en ese sentido, en la figura analizada no es posible la admisión de actos preparatorios punibles, por no existir típicamente.

2. Tentativa

Al tratarse de un delito de mera actividad, no es posible la admisión del delito tentado, debido a la ausencia del baremo "espacio-temporal". En términos similares, DONNA indica que la tentativa no es posible, ya que en el instante mismo en que se comienza a ejercer violencia o intimidación, el delito queda consumado[14].

3. Consumación

Al tratarse de un delito de mera actividad, la consumación opera en la medida que se activen cualquiera de los verbos rectores ("impedir" o "trabar") ligados al accionar

13 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed., ob. cit. p. 122.

14 DONNA, Edgardo, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 84, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*. ob. cit. p. 180.

intimidatorio o violento. Por lo tanto, la consumación deviene en instantánea, según cada caso concreto.

4. Agotamiento

El escenario agotado aparece en la medida que el agente delictivo, mediante la intimidación y violencia, logra que el deber funcional del agente público o su asistente no se llegue a ejecutar, es decir, el agente delictual neutraliza el cumplimiento del deber funcional o actividad administrativa.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Las formas de intervención delictual son un tema que no puede pasar por alto a la temática, conforme se analizará en los términos siguientes.

1. Formas de autoría

Con relación a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto es un delito de acción y de mera actividad, en el cual demanda un escenario personalizado. Respecto a la autoría mediata, considero que no es posible aceptarla, por la misma naturaleza del delito, esto es, no es admisible la autoría mediata en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[15], conforme ha sido explicado líneas arribas respecto a los comentarios realizados en el delito de atentado contra la autoridad, previsto en el art. 365 del CP. Con relación a la coautoría, tampoco es posible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad, por lo tanto, se deberá optar por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a los delitos de mera actividad.

2. Formas de participación

No existe problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual en el delito analizado, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, así como instigación, conforme fue explicado en el apartado delictual anterior.

VII. PENALIDAD

El delito analizado es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicios comunitario, de ochenta a ciento cuarenta jornadas.

15 Cfr. QUINTERO *et al.*, *Manual de derecho penal parte general,* ob. cit., pp. 1029 y ss.

CAPÍTULO VII
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS RESPECTO AL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 367 CP)

El legislador intensifica los injustos penales previstos en los arts. 365 y 366 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 367

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.
4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince añoe (Artículo modificado por art. 2 de la Ley N.º 30054, del 30 de junio del 2013)

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las circunstancias, conforme indica el profesor Prado Saldarriaga, resultan ser "factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho) o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Las circunstancias permiten pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe"[1].

1 Prado Saldarriaga, Víctor, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*, Lima: Idemsa, 2016, p. 204.

Estas circunstancias, con fines operativos, se encuentran clasificadas en tres rubros[2]: i) *Por su ámbito de clasificación,* a través de esta se nos otorga una visión general de todas las diversas clases de circunstancias que se encuentran diseminadas, tanto en la parte general como especial del Código Penal y en algunos momentos en leyes especiales[3]. En ese sentido, estas circunstancias pueden ser: *comunes o genéricas*[4], *especiales o específicas*[5] *o elementos típicos accidentales*[6]; ii) *Por sus efectos*, aquí las circunstancias operan como indicadores que nos permiten medir la intensidad del injusto penal y culpabilidad, según el caso concreto, estas circunstancias fueron ordenadas en nuestro Código Penal a partir

2 MENDOZA AYMA, Francisco, *Presupuesto acusatorio, determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor,* Lima: Jurista, 2015, pp. 179 y ss.

3 Evidencia de estas circunstancias, son aquellas que aparecen en los delitos aduaneros, por ejemplo en el art. 10 de la Ley N.° 28008, en los delitos tributarios, por ejemplo en el art. 4 del D. Leg. N.° 813, así como en el delito de lavado de activos, por ejemplo en el art. 4 del D. Leg. N.° 1106, en PRADO SALDARRIAGA, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal,* ob. cit., p. 233.

4 Estas circunstancias son aquellas que se encuentran reguladas en la parte general del CP, específicamente en los arts. 46 y 46-A, estas circunstancias tienen como característica que no están previstas específicamente para sancionar el delito y no son elementos constitutivos del hecho punible.

5 Aparecen registradas en ciertos tipos penales de la parte especial, estas circunstancias generan los denominados *tipos penales circunstanciados,* los cuales resultan ser tipos penales que contienen modificaciones fijas o a escala de la pena prevista en el tipo básico, sea para agravarla o atenuarla en virtud de la concurrencia adicional de ciertos factores materiales o personales adicionales de carácter secundario o complementario, en FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal parte general, teoría del delito y de la pena*, v. II., Bogotá: Ibañez, 2012, p. 907. Estas circunstancias pueden ser agravantes y atenuantes específicas, dichas circunstancias funcionan operativamente como indicadores de medición exclusiva de la pena en cada caso concreto, en ese orden de ideas, respecto a tipos penales con agravantes específicas, tenemos el delito de robo con agravantes previsto en el art. 189 el mismo que mantiene conexión funcional con el tipo penal base de robo, previsto en el art. 188 del CP peruano, en este tipo penal advertimos, circunstancias agravantes de diversos niveles o grados, específicamente tres niveles, los cuales aparecen como escalas punitivas que intensifican la penalidad por la intensidad del reproche jurídico penal en mérito al accionar de los intervinientes, según el caso concreto, de la misma manera tenemos los artículos 186 respecto al delito de hurto con agravante, tipo penal que tiene como referencia conexa el tipo penal base de hurto previsto en el art. 185 del CP, de la misma forma es necesario precisar que existen tipos penales que en su misma estructura tienen el supuesto básico y la circunstancia agravante específica, como por ejemplo el delito de secuestro previsto en el art. 152 del citado cuerpo legal. Respecto a los tipos penales con atenuantes específicas, tenemos al delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de micro-comercialización, previsto en el art. 298 del CP, delito que tiene como tipo base el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas previsto en el art. 296 del aludido cuerpo normativo, en ese contexto, las circunstancias atenuantes especificas operan inversamente a los tipos penales con circunstancias agravantes específicas, por cuanto en estos tipos penales la determinación de la pena se dirige hacia el extremo mínimo, en PRADO SALDARRIAGA, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal,* ob. cit., pp. 234-235.

6 Los elementos típicos accidentales, resultan ser, aquellos indicadores o circunstancias que dotan de contenido al tipo penal por su especifica redacción típica, por cuanto la técnica legislativa siempre reproduce la redacción del tipo básico, en ese orden de ideas el segundo fundamento jurídico del A. P. N.° 04-2011/CJ-116, que a la letra dice: "que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple, una circunstancia —elemento típico accidental— que califica o privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta típica prevista por el tipo básico. Ello se observa en el delito de parricidio (art. 107 del CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (art. 109 del CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del art. 106 del CP".

de la Ley N.º 30076, estas pueden ser: *atenuantes*[7] *o agravantes*[8]; iii) *Por su relación con la pena conminada*, estas circunstancias operan como elementos de medición de la pena legal o pena conminada prevista para cada tipo penal de la parte especial. De la misma forma, existe una clasificación y pueden ser: *circunstancias agravantes cualificadas*[9]

7 Nos permiten medir un menor disvalor de la conducta manifestada en la tipicidad o antijuricidad, así como modular la intensidad del reproche en menor magnitud, según la categoría de la culpabilidad, se encuentran en la primera parte del art. 46 del CP, que a la letra dice: 1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

8 De la misma forma, sirven para medir el peso del injusto penal, empero a nivel de la medición de la culpabilidad respecto al reproche del autor, es necesario tener cuidado de valorarla a efecto de no cometer una doble valoración en contra del imputado, esta situación puede darse en los tipos penales que con contienen circunstancias agravantes especificas por ejemplo el delito de robo con agravantes previsto en el art. 189 del CP. Las circunstancias agravantes se encuentra registradas en la segunda pare del artículo 46 del CP, siendo: 2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial".

9 En esta clase de circunstancias tenemos la reincidencia y habitualidad, dichas categorías nos permiten modificar el marco de la pena conminada, por ejemplo en el caso de la reincidencia, la cual se entiende, según el art. 46-B, del CP, en el sentido que el imputado, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. En ese sentido la reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Respecto a la habitualidad, esta se encuentra prevista en el art.46- C del CP, y puede ser invocada en la medida que el agente comete un nuevo delito doloso, en tal sentido es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años, asimismo la habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante, en tal caso el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

y circunstancias atenuantes privilegiadas[10].

De manera complementaria, surge la necesidad de referirnos a las "cualidades personales", por cuanto, aparecen ligadas a las circunstancias y a la "punibilidad"[11], conforme aparecen previstas en el art. 26 del CP. Así, se advierte que el citado articulado hace alusión literalmente a las cualidades personales que "afectan la responsabilidad"; esto significa que el art. 26 del CP no está referido a la culpabilidad, sino a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal de los intervinientes en el delito.

Según lo expuesto, advertimos que se trataría —concretamente— de una norma de determinación de la pena, referida al tratamiento de las agravantes o atenuantes que afectan solamente a los que las poseen[12]. En ese orden argumentativo, las condiciones objetivas de punibilidad[13] y las excusas absolutorias[14], presupuestos propios de la categoría

10 Estas circunstancias son aquellas que permiten modificar en forma descendente el minino de la pena conminada o pena legal, siendo esto así, los tipos penales que no se registren pena mínima sino únicamente una pena máxima, como por ejemplo en el caso del delito de omisión de asistencia alimentaria previsto en el art. 149 del CP, asimismo en los delitos en los cuales únicamente registran pena mínima y no máxima, como por ejemplo el delito de parricidio previsto en el art. 107 del CP, en esos casos se tendrá que recurrir – en la medida que se trate de pena temporal, al art. 29 del citado cuerpo legal, donde se señala como pena mínima, dos (02) días y como pena máxima treinta y cinco (35) años. Este tema no es pacífico en el Perú, por cuanto un sector de la doctrina nacional, hace referencia que estas circunstancias se encuentran señaladas expresamente como reductores de pena y están ubicadas en la parte general del Código Penal, así tenemos los arts. 13, 14, 16, 21 y 22 del CP, dispositivos legales que regulan las figuras de omisión impropia, error de prohibición, tentativa, eximentes incompletas y responsabilidad restringida por edad, en ese contexto, se asume como postura que dichas figuras inciden en mayor o menor entidad del injusto, en la mayor o menor entidad de la culpabilidad y obviamente en la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, en términos similares tenems a MENDOZA AYMA, en MENDOZA AYMA, *Presupuesto acusatorio, determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor*, ob. cit., pp. 186 -187. Por otro lado se encuentra un sector doctrinario que niega la existencia de dichas circunstancias en el CP de 1991, puesto que no tendrían las características de accidentes al delito, sino que son categorías que configuran la teoría del delito, en términos similares se tiene a PRADO SALDARRIAGA, en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal,* ob. cit., p. 238.

11 El profesor QUINTERO OLIVARES, indica que: "la punibilidad podría definirse como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado", en QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Cedecs, S.L., 1996, p. 359. Entonces la punibilidad, entendida como categoría propia de la teoría jurídica del delito, resulta estar vinculada a la responsabilidad jurídico penal del imputado, es decir, el injusto culpable deberá ser punible y esta punibilidad se manifiesta en la medida que la ley penal, en ciertos casos, condiciona la responsabilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias. En ese sentido, señala CEREZO MIR: "Hay supuestos en los que la punición de una acción y omisión típica, antijurídica y culpable se condiciona por la ley a la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, o la aplicación de una pena más elevada se condiciona a la concurrencia de una condición objetiva de mayor punibilidad". CEREZO MIR, José, *Obras completas, derecho penal parte general,* t. I., Lima: Ara, 2006, p. 1155 y ss.

12 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, ob. cit., 587.

13 Son aquellas circunstancias acumuladas al injusto culpable a efecto de justificar, en algunos tipos penales, la aplicación de una pena, en ese sentido estas circunstancias operan como fundamento para el merecimiento de una pena, así por ejemplo nuestro CP alberga una serie de delitos bajo esta exigencia, el delito de instigación al suicidio, previsto en art. 113 del CP, solo será sancionado si el sujeto ha consumado o intentado el suicidio; el delito de bigamia (art. 139), tipo penal que demanda en el sujeto activo el estado de estar casado, el delito de hurto simple (art. 189), delito cuya configuración exige que el valor económico del bien mueble debe ascender a un mínimo de cuatro remuneraciones mínimas vitales, el delito de tráfico de influencias, (art. 400) exige que se conozca o se haya conocido un caso judicial o administrativo, en BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 337 y 338.

14 Son beneficios de carácter personal que eliminan la punibilidad del injusto culpable, tiene su fundamento

de la *punibilidad*[15], serian aquellas que pertenecen a las cualidades personales, siendo estas incomunicables a los demás sujetos que intervienen en el injusto culpable y punible. En ese sentido, el art. 26 del CP, precisa la imposibilidad de comunicar o transferir las circunstancias y cualidades personales. En consecuencia y en sentido contrario, lo que si se comunica entre los diversos intervinientes en el hecho punible resultaría ser el injusto penal, es decir, la norma prohibitiva que contiene el hecho típico y antijurídico, conforme lo viene entendiendo nuestra Corte Suprema, en la ejecutoria suprema del 15 de mayo del 2002, Exp. N.° 293-2002 Lima[16], y en términos complementarios, el Acuerdo Plenario N.° 03-2016/CJ-116[17].

---

en razones de política criminal, en ese sentido Berdugo Gómez de la Torre, citado por Bramont-Arias Torres, Luis, indica: "El legislador es consciente de que la conducta es delictiva y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político criminal", en Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferre Olivè, Juan Carlos y Serrano Piedecasas, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Barcelona: Editorial Praxis, 1999, p. 267, en Bramont-Arias Torres, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 336. Nuestro Código Penal presentan casos, como por ejemplo, el desistimiento (art. 18), el arrepentimiento (art. 19), Exención de la pena por mínima responsabilidad (art. 68), el parentesco en el delito de hurto (art. 2008), Exención de pena en el delito de rebelión (art. 351), el encubrimiento de personas por relaciones estrechas (art. 406), en Bramont-Arias Torres, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 336 y 337.

15 En el derecho penal peruano, se acepta la punibilidad como una categoría jurídica del delito, evidencia de ello se tiene el inc. 1 del artículo 6 del nuevo CPP, respecto a la figura de excepción de improcedencia de acción, bajo ese lineamiento, nuestra corte suprema, acepta que la punibilidad tiene como contenido excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, en ese mismo orden, se tiene el considerando cuarto de la *Casación N° 407-2015 Tacna*, del 7 de julio del 2016.

16 Esta ejecutoria establece lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son incomunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable, por lo tanto, el principio de accesoriedad", en Frisancho Aparicio, *Jurisprudencia penal y constitucional*, ob. cit., p. 43.

17 El f. j. n.° 12, aclara la temática, precisando lo siguiente: "[...] Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Sólo de manera excepcional en la parte especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (véase los arts. 106, 108 y 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcionarial, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar. En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el art. 26 del CP. Lo expuesto, pues, permite señalar que el art. 26 no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia

La dinámica expuesta es de gran utilidad, no solo para diferenciar las circunstancias y las cualidades personales, sino también para poder tener presente el escenario de imputación a nivel del sistema de intervención delictual, es decir, considerar el injusto de intervención, en el cual, conforme indica REAÑO PESCHIERA: "el hecho punible es concebido como obra común a todos los intervinientes punibles y la distinción entre autores y partícipes como un aspecto principal cuantitativo. [...] La relación entre suceso delictivo e intervinientes punibles (autores y partícipes) es similar a la existencia entre una compañía teatral y la obra que esta estrena: la obra les pertenece a todos, aunque se distingue entre protagonistas y actores secundarios, entre guionistas y técnicos de iluminación [...]"[18].

El art. 367 del CP, contiene circunstancias agravantes específicas y no así de cualidades personales, es decir, intensifica los injustos penales de los arts. 365 y 366 del acotado cuerpo legal, por cuanto, el agente delictivo lesiona el bien jurídico valiéndose de una postura ventajosa. Por lo tanto, por cuestiones político-criminales, el reproche penológico encuentra mayor justificación. En términos de MIRG PUIG, las circunstancias agravantes pueden clasificarse en: "Objetivas y subjetivas, en el sentido de que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente la causa primera de la agravación, cuya distinción es importante en el orden de la comunicabilidad de las agravantes en casos de codelincuencia y cuyo enfoque lo realiza atendiendo al mayor o menor peligro para el bien jurídico, cuya responsabilidad en su protección el legislador la expresa con mayor o menor penalidad"[19].

En términos complementarios, MEJÍAS RODRÍGUEZ comentando a MIR PUIG, precisa: "De esta forma contempla dentro de las objetivas las que denotan mayor peligrosidad del hecho, sean estas por la especial facilidad de comisión (alevosía), por la especial facilidad de la impunidad (precio) o por ambas razones (condiciones del lugar), y aquellas que suponen un ataque más intenso (el ensañamiento). Serán por su parte subjetivas las que indican una motivación particularmente indeseable (motivos de discriminación) o aquellas que revela en el sujeto una actitud más contraria a derecho (reincidencia)"[20]. Teniendo los antecedentes expuestos, pasaremos al análisis de las diversas circunstancias previstas en el artículo materia de comentario:

1. El hecho se realiza por dos o más personas

La circunstancia agravante citada deberá ser entendida en forma cuantitativa y cualitativa. Será cuantitativa en la medida que existan dos o más personas que interven-

genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (Cfr. REAÑO PESCHIERA, José, "La participación del extraneus en el delito especial: punibilidad o no punibilidad. Tratamiento sustantivo", en *Actualidad Penal*, vol. 29: Lima: noviembre del 2016, pp. 75 y 76), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o participe de un mismo hecho punible —sea cual fuere la naturaleza de dicho delito—, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquél".

18 REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 59 ss.

19 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 5.ª ed., Barcelona, 1999, p. 436.

20 MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, La Habana: Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, 2010, p. 35.

gan en los injustos penales previstos en los arts. 365 y 366 del CP, en ese sentido, es perfectamente posible la existencia de la agravante aludida cuando el autor intervenga conjuntamente con un inimputable, esto es, menor de edad o enajenado mental; por cuanto, si bien dichas personas (menor de edad y enajenado) no tienen responsabilidad penal, su accionar alcanzó el perfeccionamiento del injusto penal —esto es, la conducta típica y antijurídica—, la misma que es suficiente para punir penalmente por la existencia del sistema de responsabilidad restringida y accesoriedad cuantitativa[21].

Así mismo, precisamos que la pluralidad de intervinientes en el hecho delictual tiene que ser esporádica y no así de manera permanente, es decir, la cantidad de dos o más personas surge en razón de la actividad funcionarial prevista en los arts. 365 y 366 del CP, caso contrario, si llegaríamos advertir una pluralidad de agentes delictuales operando en una estructura criminal con una tipología delictual definida, entonces estaríamos en los presupuestos del delito de organización criminal, previsto en el art. 317 del CP y no así en los delitos de atentado contra la autoridad funcionarial o delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; de la misma forma, si se advierte una pluralidad de agentes delictivos operando de manera permanente en un escenario delictual, empero, no poseen estructura criminal, entonces estaremos ante el delito de banda criminal, previsto en el art. 317-B del cuerpo legal acotado y no así en las figuras delictuales prevista en los arts. 365 y 366 del CP.

Por otro lado —cualitativamente—, la circunstancia agravante analizada no solo se limita a la numeración de intervinientes, sino que además de ello —materialmente— se advierte que la pluralidad de los agentes delictuales intensifican el nivel de reproche penal a nivel de la culpabilidad, por cuanto, el sujeto sobre el cual recae la acción típica —esto es, el funcionario que ejerce la función pública, en los términos de los arts. 365 y 366 del CP— se encuentra en un escenario desventajoso frente a la pluralidad de sus agentes delictivos. Finalmente, en este extremo, podemos indicar que la pluralidad de intervinientes advierte una figura de autorías directas o paralelas, en la medida que las figuras delictivas previstas en los arts. 365 y 366 del CP sean entendidas como delitos de mera actividad. Por lo tanto, dichas figuras delictivas deberán ser intensificadas por razones de política criminal a nivel de pena, además de que los agentes del derecho deberán invocar copulativa o complementariamente la circunstancia agravante señalada en el literal 1 del art. 367 del acotado cuerpo legal.

Asimismo, en el extremo de ser concebidas las citadas figuras delictivas como delitos de resultado, es posible admitir coautoría, pero no podemos concebir la aplicación de la agravante analizada en los supuestos de participación delictual (cómplices e instigadores), debido a que si bien dichas figuras son perfectamente posibles en los delitos señalados en los arts. 365 y 366 del CP, la participación delictual opera como elemento de ampliación del tipo y se deberá recurrir a las reglas de la parte general mediante una cláusula de remisión. Siendo así, al considerar que las circunstancia comentada tiene un fundamento

21 Los principios aludidos, nos permiten realizar un trato diferenciado entre autor y participes así como el nivel de reproche penal basta que llegue a nivel de tentativa ya sea acabada o inacabada, respectivamente, en García Cavero, Percy, *Derecho Penal económico*, pp. 584 y ss.

cuantitativo y cualitativo, entonces la participación delictual opera únicamente como criterio cuantitativo, faltando el nivel cualitativo; subsecuentemente, se deberá excluir los niveles de participación delictual para justificar la circunstancia agravante analizada.

2. El autor es funcionario o servidor público

La circunstancia aludida, para fines del derecho penal, nos remite a los presupuestos del art. 425 del CP, es decir, se deberá tener en cuenta el concepto amplio de funcionario y servidor público conforme fue analizado en los primeros capítulos de la primera parte. En ese sentido, el legislador, por razones de política criminal, intensifica el nivel de reprochabilidad a nivel penológico, por cuanto, de manera desleal, el funcionario y servidor público utiliza el cargo funcionarial para impedir el ejercicio de la gestión pública en los términos descriptivos y normativos de los arts. 365 y 366 del CP. De la misma forma, se advierte, de manera apropiada, una técnica legislativa específica, por cuanto, el estatus especial de funcionario y servidor público aparece, por cláusula de remisión, como elemento fundante y agravante de los injustos penales de las figuras señaladas en los arts. 365 y 366 del CP, es decir, la condición especial de funcionario y servidor público se deberá integrar con los presupuestos delictivos (elementos descriptivos y normativos) de los delitos de atentado contra la autoridad funcionarial (art. 365) y violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcionarial (art. 366).

Finalmente, el legislador no realiza un trato diferenciado respecto al cargo específico del funcionario y servidor público, por lo tanto, bastará la identificación del estatus cualificado del agente delictivo para dar por sentado la presencia de la circunstancia agravante. La situación expuesta, encuentra justificación en la medida que el sujeto cualificado, defrauda el deber encomendado por el Estado, esto es, la lealtad frente a los bienes jurídicos protegidos, en este caso, por el derecho penal; aún más, cuando atenta, mediante violencia, intimidación o amenaza, contra un funcionario público que opera en cumplimiento de un deber funcional.

3. El hecho se comete a mano armada

El concepto de arma es amplio y difuso, ROJAS VARGAS indica que: "el concepto de arma alude a todo instrumento que tenga poder real para agredir, produzca intimidación o que facilite la comisión del delito. En tal sentido, no es correcto circunscribir su significado tan sólo al arma de fuego. De la misma forma, el aludido autor presenta una clasificación de armas, siendo: a) armas propias (de disparo, revólveres, pistolas, fusiles, ametralladoras, escopetas, etc.) y blancas (instrumentos punzo cortantes y contuso: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.); b) armas impropias (martillos, fierros, palos, piedras, vidrios, desarmadores, etc.); c) armas aparentes (armas de fuego descargadas, deterioradas, imitaciones de armas), pero que posean evidente efecto intimidatorio y le confieran a quien los usa mayor poder ofensivo[22].

22 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit. p. 1001.

Por otro lado, la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B, presenta una clasificación y definición de armas, siendo:

a) Armas para defensa personal. Son armas de fuego cortas o de puño, destinadas a la defensa personal, cuya munición genere una energía en boca de cañón que no exceda en 40 kilográmetros y con una longitud de cañón no mayor de 6" o 15.6 cm; considerándose dentro de esta clasificación a las pistolas y revólveres con cadencia de disparo tiro por tiro y con abastecedor del tipo de cacerina o tambor.

b) Armas para deporte. Son armas autorizadas para deporte de tiro al blanco fijo, en movimiento o al suelo:

   1. Las de arco o resorte, las neumáticas corta y larga, las de fuego corta y larga, empleadas en programación oficial de concurso de la Federación que agrupa las diferentes modalidades de tiro Deportivo Nacional, y las que se organicen bajo normas internas de la institución.
   2. Armas neumáticas corta y larga hasta calibre 5.5mm
   3. Revólveres, pistolas, carabinas, fusiles y escopetas autorizadas por la Unión Internacional de Tiro (UIT) para uso deportivo.

c) Armas para caza. Son armas destinadas para tal fin fuera del radio urbano, con o sin cargador automático. Pueden usar sistema de puntería telescópica de versión diurna.

   1. Escopeta en todos sus calibres
   2. Carabinas y fusiles de caza y su combinación carabina escopeta; cuya munición no genere una energía en boca de cañón no mayor de 400 kilográmetros
   3. Armas de arco y resorte
   4. Lanzadores y arpones para especies subacuáticas
   5. Armas autóctonas

d) Armas para colección. Son armas de colección de propiedad particular o de instituto, las que por su valor histórico, antigüedad, diseño, falta de munición y otras peculiaridades sean calificadas como tales, con arreglo a la Ley N.° 25054 y su reglamento. No podrán ser portadas, ni tener munición activa. Su autorización requiere de resolución directoral.

e) Armas para seguridad. Son armas de seguridad las que son autorizadas por la institución, a fin de otorgar una mayor capacidad de defensa. Se considera entre estas a las armas cuya munición genere una energía en boa de cañón que no exceda de 80 kilográmetros (pistolas hasta calibre 9x19 mm. y revólveres cal. no mayor de 357 MAG.) Asimismo, se consideran aquí las escopetas, hasta calibre 12 Gauge con munición de plomo de hasta 9.1 mm. ó 0.36 pulgadas, para ser usadas fuera del radio urbano

f) Armas de guerra. Son armas de guerra aquellas empleadas por las FF.AA y PNP, cuya posesión y uso está regulado por el CC.FF.AA y PNP. Las armas de guerra permitidas para uso personal son las siguientes:

1. Pistola de puño
2. Carabinas
3. Escopeta

A nivel doctrinal, BOUMPADRE, parafraseado por FRISANCHO APARICIO, señala una temática interesante, la misma que resulta ser apropiada, indica: "[...] si bien la dinámica del tipo agravado no requiere que el sujeto apunte con el arma y menos aún que haya sido disparada, al menos debe haber sido exhibida o puesta a la vista, de modo tal que la víctima advierta la existencia real de un peligro adicional. De todas maneras, la agravante igualmente se configura cuando se esgrime el arma o se acomete con ella. Por empleo de arma, entonces, debe entenderse todo acto de ostentación, exhibición, portación, ostensible del instrumento, pues sólo así constituyeuna amenaza para la integridad física de la víctima."[23]

A nivel jurisprudencial existen diversas ejecutorias supremas que otorgan una definición sobre el tema, precisándose que dichos pronunciamientos analizan la circunstancia agravante respecto al delito de robo agravado, empero, dicha circunstancia operaria en los mismos términos para la forma agravada de los delitos previstos en los arts. 365 y 366 del CP, así tenemos:

— *Recurso de Nulidad N.° 5824-97 Huánuco*, a través del cual se indica: "Arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima".

— *Recurso de Nulidad N.° 2179-1998 Lima*, a través del cual se indica: "El concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta un sentimiento de miedo".

— *Recurso de Nulidad N.° 4172-2004 Chincha*, a través del cual se indica: "El fundamento de la calificante se basa en la calidad del medio empleado por el agente para cometer el ilícito y que potencia su capacidad ofensiva en desmedro de la seguridad del sujeto pasivo".

— *Recurso de Nulidad N.° 2676-2012 Junín*, a través del cual se indica: "El fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios".

Asimismo, con la finalidad de aclarar y unificar la pluralidad de conceptos sobre "arma", la Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116, indica:

23 BOUMPADRE, *Delitos contra la administración pública*, p. 55, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública, Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 192.

"El significado del "arma" es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza; a lo que se agrega el concepto de alevosía, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor [...][24]. De la misma forma, indica: "La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar —busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad—. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante[25].

Complementariamente, nuestra Corte Suprema, mediante la Casación N.° 211-2014 Ica, del 22 de julio del 2015, señala lo siguiente:

> En esta línea de análisis, en el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "[...] que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos."; en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.[26]
>
> De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal, propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema ROXIN, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de *tenencia ilegal de armas*, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegítimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: *no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado sí poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima*"[27]. Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos, y de ultima ratio; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es, presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con

24 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 12.
25 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 13.
26 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 4.
27 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 5.

> la Directiva de Órgano DG-PNP N° 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de octubre del 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho"[28] (cursivas agregadas).

Por otro lado, tenemos que, mediante Resolución de Superintendencia N.° 1328-2017-SUCAMEC[29], se aprobaron los "Lineamientos aplicables para la autorización de armas de fuego de uso civil", teniendo como finalidad: identificar y determinar cuáles son las armas de fuego de uso civil cuyos calibres no colisionen con lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30299, asimismo, se dispuso que la Gerencia de Armas, Municiones y Artículos Conexos, a través de su Unidad Funcional No Orgánica de Comercio de Armas, Municiones y Materiales relacionados de Uso Civil, a partir de la fecha, autorice el ingreso de armas de fuego de uso civil, cuyos calibres sean exclusivamente o.223 Remington o.223 Rem y o.308 Winchester o.308 Win.

En ese sentido, el dispositivo antes mencionado estableció que los calibres denominados prohibidos conforme a la cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30299, son los denominados exactamente como:

— 5.56x45mm.

— 7.62x51mm.

— 7.62x39mm.

— 12.7x99mm (50BMG).

— 338 Lapua Magnum (8.58x71mm)

De la misma forma, se indicó que los calibres prohibidos a los que hace referencia la cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30299, no serán autorizados; aun cuando tengan otras denominaciones y/o nomenclaturas como las siguientes:

— CALIBRE 5.56x45mm[30]

---

28 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 05-2015-CJ/116*, Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 6.

29 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE SEGURIDAD, ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS DE USO CIVIL, *Resolución de Superintendencia N.° 1328-2017-SUCAMEC: Aprueban el documento denominado "Lineamientos aplicables para la autorización de armas de fuego de uso civil"*, Lima: 20 de diciembre del 2017.

30 Calibre conocido como: 5.56x45mm., o 5.56 milímetros, o 5.56mm.; su nomenclatura describe el diámetro o calibre aproximado de la bala, punta o proyectil (5.56 milímetros) y el largo total aproximado del casquillo o vaina. 5.56 NATO: 5.56 OTAN, o 5.56x45 NATO, o 5.56x45 OTAN, o 5.56milimetros NATO, o 5.56mm. OTAN o 5.56x45mm.NATO, o 5.56mm.OTAN, hace referencia a las dimensiones de las partes del cartucho referidas en el punto 1.1 con la denominación que lo describe como el cartucho estandarizado para el uso de armas personales de las FF.AA. de los países miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN o su equivalente en inglés NATO) mediante el acuerdo de estandarización (STANAG) 4172, y que incluye a las variantes SS109 (Perforante), SS110 (Trazador) y SS111. 5.56 Ball: 5.56 Ball M193, es la nomenclatura oficial del Ejército de Los Estados Unidos de Norteamérica para este cartucho con un proyectil de plomo con encamisado de latón de 55 gramos de peso. Otras variaciones del mismo incluyen proyectiles de diferentes aplicaciones y pesos, incluyendo

— CALIBRE 7.62x51mm[31]

— CALIBRE 7.62x39mm[32]

— CALIBRE 12.7x99mm (50 BMG)[33]

— CALIBRE 338 Lapua Mágnum[34]

Finalmente, la Resolución de Superintendencia N.º 1328-2017-SUCAMEC estableció que, los lineamientos que permitan determinar los calibres similares autorizados, más no idénticos para uso civil, respecto de los calibres prohibidos de uso militar, son conforme se detalla en el siguiente cuadro:

N.º	CALIBRE PROHIBIDO DE USO MILITAR POLICIAL	CALIBRE SIMILAR, AUTORIZADO PARA USO CIVIL
1	Calibre 5.56x45 mm	223 Remington o 223 Rem
2	Calibre 7.62x51 mm	308 Winchester o 308 Win
3	Calibre 7.62x39 mm	Calibre sin equivalencia comercial
4	Calibre 12.7x99 mm (50 BMG)	Calibre sin equivalencia comercial
5	Calibre 338 Lapua Magnum	Calibre sin equivalencia comercial

perforantes con punta o núcleo de acero u otro metal (M855, M855A-1, M995), trazadores (M196, M856, M856A1), de largo alcance (Mk 262) o de usos especiales (Mk 318 Mod 0).

31 Conocido como 7.62x51mm. NATO: 7.62x51mm OTAN, o 7.62 NATO, o 7.62 OTAN, u o 7.62x51 NATO, o 7.62x51 OTAN, o.30 NATO, describe el cartucho estandarizado por los países miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN o su equivalente en inglés NATO) para su empleo actual en ametralladoras de propósito general (GP) y fusiles de uso especializado (Francotiradores). Entre las variantes de este cartucho se encuentran los tipos M59 (Perforante), M61 (Perforante con el proyectil o bala marcado con pintura negra), M62 (Trazador con la bala marcada con pintura anaranjada), M80, M118 (Match o de precisión), M852 (Match o de precisión) y MK 316 Mod 0 (Precisión largo alcance). 7.62x51mm: o 7.62x51, o 7.62x51 milímetros, describe las dimensiones del cartucho, refiriendo el diámetro nominal del proyectil, bala o punta (7.62 milímetros) y la longitud total del casquillo o vaina (51 milímetros).

32 Calibre sin equivalencia comercial o derivada, es definido además bajo las siguientes nomenclaturas: 7.62x39, o 7.62x39 milímetros, o 7.62x39 Kalashnikov, o.30 Russian. Su descripción refiere en diámetro nominal de la punta, bala o proyectil (7.62 milímetros o entre.308 y.311 fracciones de pulgada), y la longitud total del casquillo o vaina (39 milímetros). Respecto al proyectil, punta o bala este puede incluir versiones de plomo enchaquetado en latón, de punta blanda o semi-enchaquetada, con núcleo perforante o trazadora.

33 Calibre conocido como: 50 BMG (Browning Machine Gun o Ametralladora Browning), o.50 US Gvt., o.50 Browning o 12.7, o 12.7 milímetros, o.50 o 12.7x99mm NATO, empleado en fusiles de accionamiento manual (Cerrojo) o semiautomático para tiros de precisión a distancias largas, así como ametralladoras pesadas montadas en afustes o soportes o en vehículos, embarcaciones o aeronaves. La nomenclatura describe el diámetro nominal de la bala, punta o proyectil (12.7milímetros), y la longitud del casquillo o vaina (99 milímetros). Las variantes de punta, bala o proyectil incluyen las M1 (Trazadora, incendiaria o "Ball"), M2 ("Ball" o perforante), M8 (Perforante-incendiaria), M10 (Trazadora), M17 (Trazadora), M20 (Perforante-incendiaria-trazadora), M21 (Trazadora), M23 (Incendiaria), M33 ("Ball"), XM1022 (Match o de precisión de largo alcance), M1022 (Entrenamiento y precisión largo alcance), Mk211 Mod 0, (Explosiva-incendiaria-perforante), Mk 257 (Perforanteincendiaria), y Mk 263 Mod 2 (Perforante).

34 Este calibre es conocido como: o.338 Lapua, o.338 Lapua Sniper, u 8.6x70mm. u 8.58x71mm., es empleado para disparos de precisión a distancias largas (Francotiradores o "Snipers").

4. El autor causa una lesión grave que haya podido prever

La circunstancia analizada aparece ligada al concepto de lesión y gravedad de las mismas, esto implica que, respecto a las lesiones, estas son entendidas como lesiones físicas y psíquicas, conforme señala el num. 3[35] del art. 121 del CP, al referirse a la salud física o mental. En ese sentido, conforme indica PEÑARANDA RAMOS, desde el punto de vista legal, lesión "es el resultado material de la conducta típica del delito de lesiones"[36]. Aunado a ello, se tendrá que considerar que las lesiones físicas están ligadas a la salud física, en términos del Código Penal, las mismas que son entendidas como una afectación al equilibrio funcional del organismo o al bienestar físico de la persona, por muy precaria que esta sea.[37]

Respectó a la salud psíquica, esta es entendida como un menoscabo producto de una enfermedad o situación de perturbación mental[38]. Ante ello, TAMARIT ZUMALLA, nos muestra el escenario español, citando la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 30 de octubre de 1994, donde se niega la existencia de cualquier tipo de enfermedad mental en sentido de dolencia de origen exógeno o endógeno[39]. Aunado a lo expuesto, las lesiones físicas y psíquicas tienen una cuantificación, esto es, treinta o más días de asistencia o descanso, en el caso que las lesiones no superen dicha cuantificación o gravedad, entonces estamos ante un supuesto de lesiones leves. Eso nos conllevaría a sostener que en ningún momento se podría invocar la circunstancia agravante analizada.

Finalmente, la circunstancia analizada precisa que el sujeto cualificado tuvo que prever el resultado lesivo. Esto nos advierte una extraña técnica legislativa, por cuanto señala un escenario preterintencional, esto es, que el agente delictual que empieza su conducta con un accionar doloso, busca cumplir los presupuestos descriptivos y normativos de los arts. 365 y 366 del CP, sin embargo, el resultado final resulta ser más intenso que lo planificado inicialmente, por lo tanto, el resultado final es culposo. En la medida que el agente delictual busque lesionar al agente publico que opera en el cumplimiento de sus funciones —según lo señalado en los arts. 365 y 366 del CP—, estaremos, sin lugar a duda, ante un concurso real de delitos, concursando el delito de lesiones graves y cualquiera de las figuras delictivas registradas en los arts. 365 y 366 del CP; empero, si las lesiones resultan producto de los actos de impedir u obligar al agente público, entonces estamos ante un concurso aparente de leyes, primando cualquiera de las figuras delictivas materia de comentario.

35 Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

36 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de derecho penal, Parte especial*, vol. I., Madrid: Centro de Estudios Ramos Areces, 2003, p. 400, citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y Ricardo ROJAS LEÓN, *Derecho penal. Parte especial*, t. I., Lima: Jurista, 2011, p. 671.

37 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, ob. cit., p. 112.

38 GÁLVEZ VILLEGAS, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 674.

39 TAMARIT ZUMALLA, José, *De las lesiones. Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona: Aranzandi, 1999, p. 89, en GÁLVEZ y ROJAS, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 674.

5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones

La circunstancia agravante mencionada, aparece ligada al estatus cualificado de una clase de funcionario público, es decir, la conducta delictual aparece discriminadamente dirigida a un sector de funcionarios públicos. En ese sentido, podemos advertir que, si bien en los delitos previstos en los arts. 365 y 366 del CP, el sujeto pasivo resulta ser el Estado; en la medida que dichos delitos operen complementariamente con la presente circunstancia agravante, advertimos que la clase de funcionarios consignados en la misma, resultarían ser sujetos pasivos de la acción delictual. De esta manera, el legislador consigno a determinados *intraneus*, así tenemos a: los miembros de la Policía Nacional, cuyas actividades funcionales aparecen precisadas en el art. 2 del D. Leg. N.° 1267 y su respectivo reglamento, aprobado por D. S. N.° 026-2017-IN[40]; las Fuerzas Armadas, que en el Perú están integradas por: el Ejército (las funciones de sus miembros aparecen fijadas en el art. 4 del D. Leg. N.° 1137[41] y su reglamento, aprobado mediante D. S. N.° 005-2015-DE[42]), la Marina de Guerra (las funciones de sus miembros aparecen registradas en el art. 4 del D. Leg. N.° 1138[43] y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.° 009-2014-DE) y la Fuerza Aérea (cuyas funciones de sus miembros aparecen regladas en el art. 4 del D. Leg. N.° 1139[44] y su respectivo reglamento, aprobado por D. S. N.° 017-2014-DE[45]). Por otro lado, las funciones de los magistrados del Poder Judicial, aparecen fijadas en el art. 25 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por D. S. N.° 017-93-JUS[46], y concordada con el art. 138 de la Carta Magna. Respecto a los magistrados del Ministerio Público, sus funciones aparecen registradas en el D. Leg. N.° 052, en la Ley N.° 30483 (Ley de la Carrera Fiscal) y en el art. 159 de la Carta Magna. Por otro lado, las funciones de los miembros del Tribunal Constitucional, aparecen registradas en la Ley N.° 26435 y en el art. 202 y otros afines, registrados en la Carta Magna.

Respecto a las autoridades elegidas por mandato popular, son todas aquellas autoridades sujetas al proceso de elección popular mediante el sistema electoral, entre ellas, el presidente de la república, los congresistas, presidentes regionales, alcaldes provinciales y distritales, jueces de paz, etc. Asimismo, es necesario precisar que, la circunstancia agravante analizada, opera en la medida que los funcionarios públicos antes mencionados,

40 MINISTERIO DEL INTERIOR, *D. S. N° 026-2017-IN: Reglamento del D. Leg. N.° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú*, Lima: 15 de octubre del 2017.

41 PODER EJECUTIVO, *D. Leg. N.° 1137: Ley del Ejército del Perú*, Lima: 10 de diciembre del 2012.

42 MINISTERIO DEL INTERIOR, *D. S. N.° 005-2015-DE: Reglamento del D. Leg. 1137, Ley del Ejército de del Perú*, Lima: 31 de marzo del 2015.

43 PODER EJECUTIVO, *D. Leg. N.° 1138: Ley de la Marina de Guerra del Perú*, Lima: 10 de diciembre del 2012.

44 PODER EJECUTIVO, *D. Leg. N.° 1139: Ley de la Fuerza Aérea del Perú*, Lima: 10 de diciembre del 2012.

45 MINISTERIO DEL INTERIOR, *D. S. N.° 017-2014-DE: Reglamento del D. Leg. N° 1139, Ley de la Fuerza Aérea del Perú*, Lima: 24 de diciembre del 2014.

46 PODER JUDICIAL, *D. S. N.° 017-93-JUS: Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Lima: 2 de junio de 1993.

estén operando en el ejercicio de su función, por lo tanto el agente delictual tiene que tener conocimiento de la calidad cualificada de los funciones públicos antes mencionados, caso contrario, estaríamos ante un supuesto de error de tipo, según el caso concreto. El agente delictual opera con dolo directo, encontrando intensificando el injusto penal, toda vez que muestra un desprecio al principio de autoridad contenido en el ejercicio de la función pública del sujeto cualificado antes mencionado.

6. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

El legislador incluye como circunstancia agravante el hecho que el agente delictual impida al agente público la erradicación o destrucción de la materia prima para la fabricación de las diversas tipologías de droga; todo ello con la finalidad de evitar el tráfico ilícito propio del sistema del narcotráfico. En ese sentido, se advierte una técnica legislativa específica, es decir, la política criminal estaría orientada, conforme indica SALINAS SICCHA: "A reprimir a los campesinos cocaleros del Huallaga (selva del Perú), que se resisten a que la autoridad erradique sus cultivos de coca"[47].

7. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas

La presente circunstancia aparece vinculada a determinas figuras delictivas, las mismas que deberán estar ligadas a determinadas etapas del proceso penal. En ese sentido, por mandato legislativo se exige que los hechos se encuentren a nivel de investigación o juzgamiento. Respecto a este extremo, es menester precisar que el legislador, al señalar —expresamente— la clase delictual, esto es: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas, está circunscribiendo la esfera de competencia para aplicar la circunstancia analizada.

La intensión del legislador es manifiestamente visible, por cuanto al seleccionar las diversas figuras delictivas, se advierte que el móvil para intensificar el reproche punitivo mediante la circunstancia analizada, aparece vinculado a la gravedad de los delitos, ya que son delitos que comprometen una diversidad de bienes jurídicos, la mayoría de ellos, pluriofensivos.

Respecto al delito de terrorismo, es un delito que atenta contra el modelo del sistema estatal, en el cual aparece comprometiendo los intereses de una nación. Respecto al delito de secuestro, la dinámica es la misma, esto es, atenta contra bienes jurídicos de gran valía y de primera generación, libertad personal. Por otro lado, es necesario precisar que, si bien el legislador no hace referencia a la etapa intermedia, por cuanto literalmente señala "investigaciones" o "juzgamiento", también es cierto que no puede existir juzgamiento sino se llevó a cabo previamente la etapa intermedia, salvo procesos inmediatos.

47 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit. p. 137.

En ese sentido, la interpretación sistemática resulta ser la más apropiada para tal caso, debiéndose entender que la conducta delictiva de los supuestos señalados en los arts. 365 y 366 del CP, también pueden manifestarse en la etapa intermedia, esto es, control de acusación y sobreseimiento.

Por lo tanto, la circunstancia agravante podrá ser invocada en cualquier etapa del proceso penal, respecto a las seis figuras delictivas precisadas. De la misma forma, el agente delictual —al desplegar su conducta con contenido penal en cualquiera de los presupuestos de los arts. 365 y 366 del CP— puede materializarla en cualquiera de las actuaciones de las etapas aludidas, por ejemplo: en la etapa de investigación, durante las diligencias de constatación, allanamiento, declaraciones, etc.; en la etapa intermedia, durante la audiencia de control de acusación y sobreseimiento o en la etapa de juzgamiento, en las diversas sesiones llevadas a cabo en el plenario (alegatos de apertura y cierre, actuación de nueva prueba, interrogatorios, etc.). Todos los actos señalados deberán estar dirigidos por el agente delictual contra el agente especial, en este caso, efectivos policiales, fiscal, juez, etc., según el caso concreto. Finalmente, la circunstancia agravante analizada, conforme indica SALINAS SICCHA, "se aplica a personas diferentes al imputado por los indicados delitos. Muy bien pueden ser familiares o vecinos del imputado que tratan, de impedir, haciendo uso de la violencia, la detención del imputado por terrorismo"[48].

8. Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado

La técnica legislativa expuesta, a primera vista, advierte una figura preterintencional, esto es, que el agente delictual inicie una conducta dolosa con la finalidad de cumplir cualquiera de los presupuestos descritos en los arts. 365 y 366 del CP, según el caso concreto; empero, la conducta delictual termina con un escenario culposo, en este caso, la muerte del agente público o de su asistente, de darse el caso particular.

Bajo ese contexto, la intensidad penológica radica, no solo en la lesión al bien jurídico genérico —correcta administración pública—, sino también en la vida humana independiente del *intraneus* o de su asistente. Por lo tanto, no se trataría de un concurso ideal entre cualquiera de las figuras delictuales de los arts. 365 y 366 del CP y el delito de homicidio culposo, por cuanto, en merito a la técnica legislativa desarrollada en la circunstancia comentada, nos llevan a fijar una figura especifica preterintencional, ajena al sistema concursal.

Finalmente, precisamos que los sujetos sobre quienes recaen la acción delictual, siempre serán: el *intraneus* (funcionario, servidor público que opera en razón del cargo y en plena actividad funcional) o el asistente del agente cualificado, por cuanto dichos agentes públicos son los que ejecutan la función público y sobre ellos, arremeten los agentes delictuales. De esta manera, si producto del accionar del agente delictivo se tiene como resultado la muerte de una tercera persona que no cumple con los presupuesto de

48 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit. p., 137.

un agente público o asistente, entonces el agente delictual deberá responder como autor del delito de homicidio doloso o culposo, según el caso concreto.

III. PENALIDAD

La técnica legislativa presenta una graduación penológica, es decir tenemos tres grados de circunstancias agravantes, las mismas que mantienen una lógica progresiva, es decir, van de menos a más, considerando tanto la intensidad del desvalor de la acción y la concurrencia de los bienes jurídicos protegidos. Así tenemos que, el primer nivel aparece vinculado a dos primeras circunstancias agravantes, esto es: i) El hecho se realiza por dos o más personas; ii) El autor es funcionario o servidor público. En este extremo, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El *segundo nivel* aparece vinculado a cinco circunstancias, siendo: i) El hecho se comete a mano armada; ii) El autor causa una lesión grave que haya podido prever; iii) El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones; iv) El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; v) El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas. (en este extremo, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años).

El *tercer nivel* aparece vinculado a una circunstancia, es decir, si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado. Por lo tanto, en este extremo, la pena será no menor de doce años ni mayor de quince años.

CAPÍTULO VIII
DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368 CP)

La figura delictiva expuesta aparece registrada en el art. 368 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 368**
> El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.
> Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas" (modificado por el art. 1 de la Ley N.º 29439, del 19 de enero del 2009).

II. ANTECEDENTES

El antecedente má próximo, conforme indica ROJAS VARGAS[1], respecto a la primera parte, aparece en la Ley N.º 21338, del 25 de junio de 1976, mediante el cual se reformo el art. 240 del CP argentino, dicho dispositivo legal indica: "Será reprimido con prisión de 2 meses a 2 años, el que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de su propia detención". Respecto a la segunda parte del artículo materia de comentario, no se advierte antecedentes, surgiendo una peculiaridad de nuestra realidad peruana.

III. TIPO OBJETIVO

Dentro del tipo objetivo, tenemos los siguientes elementos que serán analizados a continuación.

1 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., pp. 1005 y ss.

1. Elementos referentes a los sujetos

El tipo penal aludido presenta una dinámica interesante y nada fácil respecto a los sujetos intervinientes, conforme será explicado.

1.1. Sujeto activo

El delito analizado no exige una cualificación especial en el agente delictivo, es decir, se trata de un delito común, entonces, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. Con relación a los funcionarios o servidores públicos, también pueden ser sujetos activos del delito mencionado, en la medida que su conducta aparezca enmarcada en los supuestos delictivos del delito analizado, esto es, desobedezcan o resistan la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus atribuciones. De la misma forma, en este extremo, el legislador no intensificó el injusto penal, es decir, no existe circunstancia agravante, como sí opera en los arts. 365 y 366 y la cláusula complementaria del art. 367 del CP.

La situación expuesta, respecto al funcionario o servidor público desobediente o resistidor a la orden impartida legalmente, merece un trato diferenciado con relación a la medición de la pena, a pesar que dicha situación no opere como circunstancia agravante; empero dicha medición deberá ser considerada únicamente dentro del tercio (inferior, intermedio, superior) identificado en el proceso de individualización y determinación de la pena concreta, por cuanto, la conducta expuesta, conforme indica SALINAS SICCHA, atenta contra una relación especial de subordinación[2], situación que no se advierte en un sujeto no cualificado.

1.2. Sujeto pasivo

Respecto a dicha temática, en primer orden, el Estado[3] aparece como sujeto pasivo, por cuanto es el único titular del bien jurídico. Pero, dentro del concepto de agraviado, tenemos al funcionario público que opera en el ejercicio de sus atribuciones, impartiendo una orden legal, el que resulta ser sujeto pasivo de la acción delictual, por cuanto aparece afectado por el sujeto activo desobediente y resistidor.[4]

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictual del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, presenta diversos supuestos conforme se analiza a continuación:

---

2 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit. p., 146.

3 En términos similares, SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.° 103-2017 Junín*, Lima: 15 de agosto del 2017, f. j. n.° 23.2, donde se señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

4 GARCÍA NAVARRO, Edwar, "Cuestiones de imputación en atentados contra ordenes funcionariales ejecutables", p. 144, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso,*Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 123.

2.1. Funcionario público en ejercicio funcional

El tipo penal analizado registra un elemento normativo, es decir, exige la presencia de un *funcionario público*, quien actúa en pleno ejercicio de sus atribuciones. De esta manera, advertimos la intensión del legislador al aplicar una técnica legislativa específica, es decir, observamos la exclusión del servidor público, debiéndose precisar que, si bien el art. 425 del CP, se admite una tesis abierta, sin escatimar el trato diferenciado entre funcionario o servidor público, dicha técnica legislativa aparece dirigida al autor del delito; situación ajena en el delito materia de análisis, en el cual el funcionario público aparece como el sujeto sobre el cual recae la acción típica, esto es, el agraviado. Siendo así, el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, respecto a la víctima (sujeto sobre quien recae la acción delictual) exige un funcionario público y no un servidor público, es decir: persona natural[5], mayor de edad, vinculada al ejercicio de la administración pública y con capacidad de decisión en razón del cargo asumido[6]. En ese orden de ideas, resulta coherente la exclusión del servidor público, por cuanto, dicha persona no tiene capacidad de decisión para emitir o impartir una orden.

Por otro lado, el tipo penal analizado exige que el funcionario público emita una orden legal dentro de sus atribuciones funcionariales, es decir, el funcionario público, en la medida que emita órdenes según sus prerrogativas funcionariales amparadas por el sistema jurídico (ley, instrumentos de gestión —ROF, MOF—, directivas, etc.) encuentra habilitación y perfeccionamiento en la conducta típica, caso contrario, a pesar que exista un funcionario público y este no tenga competencia funcional para emitir la orden legal exigida por el tipo penal, entonces el hecho atribuido no tendrá contenido penal. Lo manifestado puede ser operativizado con el siguiente supuesto ilustrativo: el presidente de la República que ordena —de manera verbal o por escrito— detener a una persona, por cuanto esta última se resiste a cumplir una orden presidencial. Aquí, el supuesto expuesto deviene en atipicidad absoluta, por cuanto dicha figura no tiene amparo legal, toda vez que una persona solo puede ser detenida por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, conforme señala el literal "f", inc. 24, del art. 2 de la carta magna.

2.2. Orden legal impartida

El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad exige la existencia de una orden legal, la misma que deberá ser manifestada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, ante ello, entendemos por orden legal al mandato con contenido o respaldo jurídico, por cuanto, la actividad del funcionario público aparece habilitada únicamente por el sistema jurídico, no tratándose de cualquier orden, sino de una orden amparada y habilitada por el sistema legal vigente. En ese sentido, la orden legal puede ser verbal o escrita[7], por cuanto el tipo penal no discrimina dicho supuesto, exigiendo solamente que la orden tenga amparo legal al momento de su impartición.

5 Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, *El derecho disciplinario de la función pública*, ob. cit., p. 12.
6 Cfr. PARADA VÁZQUEZ, "La degeneración del modelo de función pública", ob. cit. p. 420.
7 En términos similares, PORTOCARRERO HIDALGO indica: "La resistencia presupone una orden verbal o escrita de un funcionario, a la que intencionalmente no se va a acatar [...]". *Vid.* PORTOCARRERO HIDALGO,

Respecto a una orden verbal, tenemos las decisiones motivadas oralmente por los jueces, por ejemplo, respecto a la conducción de las audiencias en etapa de juzgamiento, el inc. 1 del art. 364 del nuevo CPP, señala: "El poder disciplinario permite al juez mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de aquél que perturbe el desarrollo del juicio, y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o impida la continuidad del juzgamiento [...]". Según cada caso concreto, es perfectamente posible que la orden impartida por un funcionario público, habilitado correctamente por mandato legal, pueda ser impartida verbalmente.

En términos similares, la orden legal puede ser impartida por escrito, exigiéndose que se encuentre debidamente motivada, conforme a las prerrogativas legales que goza el funcionario público. Aunado a lo expuesto, la orden legal impartida por el funcionario público, exige determinados presupuestos, por la misma connotación delictual y el modelo constitucional imperante. Dichos presupuestos —si bien no aparecen expresamente señalados en el articulado— deberán estar presentes en el momento del juicio de tipicidad, realizado por el agente del derecho, según cada caso concreto.

De esta manera, la orden legal impartida tiene que ser expresa, individualizada y posible de cumplir. La orden legal tiene que ser expresa, pues el funcionario público al momento de impartir la orden, tiene que precisar de manera específica y detallada el deber jurídico al cual aparece conminado el sujeto activo, conforme indica NAVARRO GARCÍA: "Estamos ante un deber jurídico específico y no genérico que fundamenta la punibilidad del injusto cuando es resistida y desobedecida. Su fuente se encuentra en la orden concreta, la que no enmarca una orden general se asemeja a resistir o desobedecer una norma o ley de carácter general, por ello, sería absurdo sancionar penalmente a todo individuo renuente ante la norma"[8]. Por lo tanto, si nos encontramos ante un supuesto de *neminem laede*, esto es, deber genérico, operaría una causal de atipicidad relativa, por cuanto faltaría un elemento del tipo objetivo, siendo la orden legalmente impartida (entendida en la existencia de un deber específico).

En términos similares, se tiene que discriminar el deber jurídico institucional frente a la orden legal, es decir, existen determinados supuestos en los cuales el autor aparece obligado a una institución (típica o extra-típica); dicha institución obliga al sujeto a actuar de una manera específica, sin necesidad de la existencia de una orden legal. El supuesto analizado puede ejemplificarse, así tenemos al sujeto emplazado en sede civil con la resolución judicial respectiva, para el cumplimiento de una pensión alimenticia, sin embargo, incumple dicho mandato; en ese sentido, no puede admitirse el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, por cuanto el obligado alimentista responde al mandato de una institución extra-típica. En este caso, el deber alimentista (deber que tienen los padres frente a sus hijos, para garantizar su subsistencia a través de brindar alimentación, vestido, educación, etc., proveniente de la institución "familia", de la cual

Juan,*Delitos contra la administración pública*, p. 73, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, 2017, ob. cit., p. 162.

8 GARCÍA NAVARRO, Eduardo, "Lecciones de penal. Parte especial, p. 431, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 162

se deriva el deber "paterno-filial") es ajeno a la orden legal, a pesar que dicha orden constituye un requisito de procedencia para accionar en sede penal por el delito de omisión a la asistencia familiar.[9]

La orden legal tiene que estar debidamente "individualizada", es decir, el funcionario público tiene que notificar e identificar correctamente al sujeto activo responsable de cumplir la orden legal, por cuanto, el autor del delito debe tener, anticipadamente, pleno conocimiento del contenido de la orden legal, caso contrario, no se puede cumplir el tipo subjetivo del delito, esto es, la intención y voluntad del autor de resistir y desobedecer el mandato legal funcionarial. El acto de notificación implica que el mandato legal, verbal o escrito, tiene que estar válidamente notificado, a través del sistema de notificación existente, al mismo sujeto conminado con el cumplimiento de la orden legal funcionarial; dicho sujeto tendrá que estar debidamente identificado e individualizado, con la finalidad que surja efecto el mandato legal, conforme señala el inc. 1 del art. 16 de la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley N.° 27444).

El incidente expuesto es de suma importancia, por cuanto, al existir un defecto en el acto de notificación e individualización del sujeto delictual, la orden legal no genera efectos, y subsecuentemente estaríamos imposibilitados para lograr la configuración del tipo penal, por falta del nivel subjetivo. Por lo tanto, se deberá reanudar el acto de notificación, conforme indica el inc. 1 del art. 26 de la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley N.° 27444). La orden legal tiene que ser "posible de cumplir" por parte del agente delictivo, es decir, el sujeto activo tiene que tener la posibilidad de cumplir el mandato legal, por cuanto el deber específico impuesto en la orden legal tiene que ser posible de cumplimiento, ello, en la medida que los verbos rectores del delito mencionado —"desobedecer" y "resistir"—, mantienen una condicionante de posibilidad, por cuanto nadie puede desobedecer sino tiene la posibilidad de cumplir, por ejemplo, el no pago de pretensiones pecuniarias, toda vez que el obligado se encuentra en quiebra y con enfermedad terminal.

De la misma forma, nadie puede resistir sino tiene la posibilidad de tal, toda vez que el verbo citado implica que el autor trate de impedir la orden legal impartida, empero dicho impedimento deberá tener la condición de idoneidad, por ejemplo, el autor que se encuentra postrado en cama por lesión en la espina dorsal y aparece obligado por el órgano jurisdiccional a exhibir en el lapso de 72 horas, la documentación contable de su empresa, emplazada en un proceso penal, a lo que este se niega a presentar la documentación, por cuanto necesita mayor tiempo en razón de su situación médica.

El escenario expuesto aparece recogido oportunamente en la ejecutoria recaída en el Exp. N.º 1394-1998 Lambayeque, mediante la cual se indica:

> La desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso de omisión, el cual tiene tres requisitos, que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo, b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago de un ex trabajador,

9 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 124.

en cumplimiento de un pacto celebrado ante un juzgado laboral, al no tener posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad[10].

2.3. Desobedecer

Según la RAE, "obedecer" significa: "Cumplir la voluntad de quien manda". En ese sentido, en términos de SALINAS SICCHA: "el agente dolosamente se revela, insubordina o desobedece la orden impartida por funcionario público en el ejercicio normal de sus atribuciones, por lo cual se dispone que realice una conducta o debe de hacer determinada conducta"[11].

En ese sentido, el verbo "desobedecer", como elemento descriptivo típico, conlleva dos aristas: la primera, orientada al determinar el accionar desafiante, rebelde y hostil desplegado por el agente delictivo, mostrando una negativa a cumplir la orden legal especifica impartida por el agente cualificado. Por ejemplo: El propietario de una discoteca, que habiendo sido clausurado dicho local por no contar con la autorización edil respectiva, persiste en su accionar, continuando con la apertura de dicho local. La segunda arista, "desobedecer", conlleva a la existencia de un accionar omisivo por parte del agente delictivo, por cuanto no cumple con el mandato legal impuesto por el funcionario público, lo que no significa que el delito sea un delito de omisión propia, ya que no se advierte en el tipo penal, expresamente en tal técnica legislativa. Sin embargo, el delito analizado, en el extremo del verbo "desobedecer", opera como un delito de mera actividad o consumación instantánea, cuyos efectos pueden subsistir en el tiempo.

2.4. Resistir

La RAE indica que el verbo "resistir" consiste en "repugnar, contrariar, rechazar, contradecir. Dicho de una persona, oponerse con fuerza a algo"; siendo así, tenemos que el agente delictivo se opone abiertamente al cumplimiento de la orden legal, para lo cual despliega conductas con tal fin. En este extremo, el delito opera como una conducta de acción y no de omisión, conforme aparece en el verbo "desobedecer"; del mismo se puede advertir que, la conducta delictiva analizada opera en el momento de la ejecución de la orden impartida —no antes ni después—, por cuanto el delito analizado, según la conducta, resulta ser un delito de mera actividad o consumación instantánea. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ indica: "El momento delictivo de la resistencia se demarca durante los actos ejecutivos de la orden, pero no antes de su inicio ni mucho menos cuando esta se haya cumplido"[12].

2.5. Desobediencia o resistencia a la autoridad en casos de propia detención

En este extremo, el legislador regula un supuesto peculiar, conocido como excusa absolutoria, esto es: el supuesto de hecho resulta ser típico, antijurídico y culpable, mas

10 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, "Serie de jurisprudencia 3", p. 171, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 124.
11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 141.
12 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 161.

no así sancionable, no siendo susceptible de imponerse una pena, debido un criterio de política criminal. Se enerva la responsabilidad del agente delictivo, por cuanto, por un criterio de ponderación se deberá relativizar el interés protegido en el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad (correcta administración pública) y otorgar prioridad a la libertad personal del imputado[13].

En términos similares, ABANTO VÁSQUEZ, comentando la postura de Carlos CREUS, índica: "En realidad aquí no hay una causa de atipicidad, sino una *exoneración de pena* que, a diferencia de la 'evasión simple', se basa en razones político-criminales del conflicto entre el bien individual (libertad individual) y el supraindividual (correcto funcionamiento de la Administración pública)".[14] En sentido contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, indica: "Del tenor literal del artículo 368, se advierte la inclusión de una 'causa de atipicidad penal' cuando se trata de la propia detención del destinatario, es decir, se incide en una valoración que en realidad no exterioriza una falta de lesividad social. La atipicidad penal solo puede tomar lugar cuando el comportamiento se encuentre desprovisto de una total ofensividad"[15].

Ante ello, no compartimos el argumento de atipicidad penal, por cuanto, si bien el autor aludido no precisa la clase de atipicidad, a pesar de ello, tanto la atipicidad absoluta o relativa, no podría operar en el delito analizado, toda vez que no puede existir atipicidad absoluta, debido a que la figura delictual aparece registrada en el art. 368 del CP, albergando el supuesto de hecho y los respectivos elementos descriptivos y normativos, evidenciándose la norma prohibitiva. Por otro lado, hablar de atipicidad relativa implicaría identificar la falta de algún elemento del tipo penal, empero, en el supuesto de la propia detención del agente delictual, se advierte la presencia integra del supuesto de hecho, según cada caso concreto, sea por el verbo desobedecer o resistir. De la misma forma, el accionar resulta ser contrario al orden jurídico y en el caso que no se advierten supuestos de la fase negativa de la culpabilidad (inimputabilidad, conocimiento de antijuricidad y exigibilidad de otra conducta) entonces técnicamente, estamos ante un injusto culpable, empero, ajeno de sanción penal por mandato legal.

Por otro lado, se advierte de la ejecutoria suprema emitida en el Expediente N.º 3220-2001-Lima, de fecha 22 de abril del 2002, en la cual se indica: "Aparece de autos que el procesado [...] al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionado fue intervenido por un efectivo policial, resistiendo a ser conducido a la delegación policial negándose a mostrar sus documentos [...] conducta que se configura en el delito de resistencia a la autoridad [...] sin embargo, este dispositivo legal establece la salvedadcuando se trate de la propia detención por encontrarse dentro del riesgo permitido, lo que ha ocurrido en el presente caso" [16]. Lo expuesto, en la medida que se entienda que el delito aludido es un delito de mera actividad, contraviene las reglas del sistema de imputación delictual, por cuanto, por la misma naturaleza de la

13 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 143.
14 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 179.
15 PEÑA CABRERA FREYRE, *delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 130.
16 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 169.

imputación objetiva, dicha institución exige un baremo "espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado y no así para los delitos de mera actividad.

2.6. *Desobediencia a la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas*

El supuesto analizado, funciona como un supuesto agravado, incrementando el marco punitivo, asimismo implica tener en cuenta el origen de la orden legal impartida, es decir, si bien el delito exige que la orden legal provenga de un funcionario público, también es cierto que por tratarse de un supuesto que involucra derechos fundamentales por el nivel personalísimo (derecho a la intimidad, salud, dignidad, etc.) exige un tipo de funcionario público, autorizado para relativizar dichos derechos fundamentales.

En ese sentido, el art. 202 del nuevo CPP señala que para restringir un derecho fundamental debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. En ese sentido, por regla general, el funcionario público habilitado para emitir la orden legal que autorice el análisis de sangre o de otros fluidos corporales, será el juez de investigación preparatoria, previo requerimiento fiscal. De manera complementaria, el inc. 1 del art. 203 del nuevo CPP, indica que las medidas que restringen derechos tienen que estar arregladas al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción, por lo tanto, la resolución que dicte el juez de investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

Excepcionalmente, el fiscal o personal policial conocedores del supuesto fáctico, podrán emitir la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales, sin contar con autorización motivada del órgano jurisdiccional, conforme señala el inc. 3 del art. 203 del nuevo CPP, señalando que: "dicha orden será emitida por los citados funcionarios —policía o fiscal— ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, en ese sentido, emitida la orden y restringido los derechos fundamentales, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial ante el órgano jurisdiccional".

Según el orden expuesto, en la medida que existan los supuestos antes señalados, es decir, por mandato judicial, fiscal o policial, y el agente delictivo se niege al análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, se perfecciona la forma agravada analizada y se daría por sentado el injusto penal.

Respecto al análisis de sangre, entendemos, a la extracción de una muestra sanguínea con la finalidad acotada. Dicha extracción, deberá ser realizada bajo el procedimiento legal establecido, esto es, ante personal médico de las oficinas de la división médico legal o sanidad de la Policía Nacional del Perú. La finalidad está orientada al cumplimiento de un accionar funcional en razón del cargo, esto es, determinar, por ejemplo, respecto al alcohol, mediante la prueba de alcoholemia, si el conductor de vehículo motorizado

ejerce dicha actividad dentro de los cánones permitidos o supera los límites permitidos; en este caso, el nivel de alcohol en la sangre superará el 0.5 gramos–litros.

Con relación a los otros fluidos corporales, se deben entender, en términos de FRISANCHO APARICIO "a toda clase de sustancias y fluidos viscosos que segrega o circula en el cuerpo humano, lágrimas, mocos, sudor, semen, orina, líquido cefalorraquídeo, jugo gástrico, excrementos, pus, sangre"[17]. Finalmente, existe un baremo para fijar cuantitativamente: el nivel de alcoholemia, así tenemos que, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 2508-2013-MP-FN, se fijó la tabla de alcoholemia, registrando cinco periodos y su respectiva cuantificación, así tenemos, los periodos de: alcoholemia (sub-clínico), ebriedad, ebriedad absoluta, grave alteración de la conciencia y coma, dichos periodos aparecen vinculados a determinadas sanciones pecuniarias, las cuales tienen como referencia la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). De la misma forma, respecto al vehículo motorizado, se fijó la cantidad de ruedas, esto es, menor, igual o mayor de cuatro ruedas, conforme se detalla en el cuadro que se expone a continuación:

PERIODO DE ALCOHOLEMIA	NIVEL DE ALCOHOLEMIA	VEHÍCULO MOTORIZADO MENOR DE CUATRO RUEDAS (INCLUYE CUATRIMOTOS)	VEHÍCULO MOTORIZADO DE CUATRO RUEDAS A MÁS (NO INCLUYE CUATRIMOTOS)
1.° PERIODO DE ALCOHOLEMIA (SUB-CLÍNICO)	De 0.25 A 0.5 G/L (Ley N.º 29439)		
2.° PERIODO DE ALCOHOLEMIA (EBRIEDAD)	Más de 0.5 a 1.0 G/L	5% UIT a 50% UIT	10% UIT a 1 UIT
	Más de 1.0 a 1.5 G/L	10% UIT a 50% UIT	15% UIT a 1 UIT
3.° PERIODO DE ALCOHOLEMIA (EBRIEDAD ABSOLUTA)	Más de 1.5 a 2.0 G/L	15% UIT a 1 UIT	20% UIT a 1.5 UIT
	Más de 2.0 a 2.5 G/L	20% UIT a 1 UIT	25% UIT a 1.5 UIT
4.° PERIODO DE ALCOHOLEMIA (GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA)	Más de 2.5 a 3.0 G/L	25% UIT a 1 UIT	30% UIT a 2 UIT
	Más de 3.0 a 3.5 G/L	30% UIT a 1 UIT	35% UIT a 2 UIT
5.° PERIODO DE ALCOHOLEMIA (COMA)	Más de 3.5 G/L	35% UIT a 1UIT	40%UIT a 2 UIT

2.7. Clase de delito

El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad tiene una estructura típica a nivel objetivo, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución delictual, según aparece analizado en las líneas siguientes.

2.8. Forma de ejecución

El delito analizado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad o de consumación instantánea, por cuanto el agente delictivo, con el solo hecho de desobedecer o resistir idóneamente la orden legal impartida por el funcionario público, estaría perfeccionando el injusto penal, esto es, lesionando el bien jurídico tutelado por la ley penal. De la misma forma, respecto al verbo rector "desobedecer", el delito instruido resulta ser un delito cuya conducta exige una forma omisiva, es decir, que el agente delit

17 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 214

no cumpla la orden legal. Dicha desobediencia puede prolongarse en el tiempo, en tal supuesto, resultaría una forma omisiva con resultados permanentes, sin embargo, dicho tipo penal no corresponde a la clase de delitos de omisión propia, por cuanto, por técnica de tipificación, el legislador no recurre a fijar expresamente el verbo omitir; en ese sentido, se deberá discriminar entre una situación omisiva derivada de la conducta —entendidas como un no hacer—, y la técnica legislativa plasmada en el tipo penal, según las reglas de tipificación. Por otro lado, el delito analizado tampoco puede darse mediante omisión impropia, por cuanto el agente delictivo, no tiene posición de garante, esto es, no cuenta con un deber de salvamento frente al bien jurídico.

3. Elementos concomitantes

Dentro de este rubro, por cuanto son elementos que no aparecen expresamente en el tipo penal, se analiza el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El delito analizado condensa dos contenidos materia de protección: por un lado y de manera general, la correcta y normal administración pública; por otro lado y de manera específica, la efectividad de las actividades funcionales, es decir, el eficaz cumplimiento de las órdenes o mandatos funcionariales emitidas por el agente cualificado, habilitado legalmente en el ejercicio de sus funciones.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme fue indicado líneas arriba, se trata de un delito de mera actividad o de comisión instantánea. En ese sentido, no resultaría posible identificar, concurrentemente, los criterios de relación causal e imputación objetiva, por cuanto, no existe el criterio "espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito de comisión dolosa, es decir, exige dolo directo, por cuanto el agente delictivo tiene que tener conocimiento expreso de la orden legal impartida por el funcionario público, ante ello, voluntariamente, decide desobedecer o resistir a su cumplimiento. No se admite la figura culposa, por cuanto, la culpa es expresa en el tipo penal, según la cláusula prevista en el art. 12 del CP, situación que no opera en el delito analizado. Por otro lado, a nivel del tipo subjetivo, brilla con total nitidez los presupuestos derivados de la orden legal impartida, esto es, que dicha orden tiene que ser expresa, individualizada y posible de cumplir, caso contrario, al no advertirse dichos supuestos, la figura delictiva analizada no existe, encontrándonos ante un supuesto de atipicidad relativa, por falta de dolo.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual aparece manifestado en los términos que a continuación serán analizados.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios no son posibles de ser identificados, por cuanto estos tendrán relevancia para el derecho penal en la medida que sean punibles por voluntad expresa del legislador, voluntad que tiene que aparecer en el tipo penal respectivo, situación que no opera en el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

2. Tentativa

La figura tentada no es posible en el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, por cuanto la figura típica es un delito de mera actividad, inexistiendo el baremo "espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado. Por lo tanto, la característica de los delitos de mera actividad es que con la sola conducta manifestada en el mundo real, mediante un hacer o dejar de hacer, se estaría consumando el tipo penal, no dando alternativa a los criterios tentados.

3. Consumación

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad se consuma en la medida que el agente delictual desobedezca la orden legal impartida, en este extremo, se exige un accionar omisivo, esto es, un dejar de hacer. Por otro lado, el tipo penal encuentra perfeccionamiento en la medida que el sujeto activo resista la orden legalmente impartida por el agente público, en ese sentido, dicho accionar es manifiestamente comisivo por la misma propiedad del verbo rector; por lo tanto, las manifestación de los verbos rectores: "desobedecer" y "resistir" advierten una consumación instantánea del delito analizado, lesionándose inmediatamente el bien jurídico materia de protección.

Finalmente, es prudente precisar que la consumación opera en la medida que los verbos rectores señalados y el elemento descriptivo —orden legalmente impartida—, cumplan con los indicadores: ser expresa, individualizada y posible de cumplir, caso contrario, no existiría delito, por cuanto podría operar una figura de atipicidad relativa, por falta de uno de los elementos típicos, o un error de tipo, según el caso concreto.

4. Agotamiento

El delito materia de comentario aparece agotado en la medida que el agente delictual ha incumplido la orden legalmente impartida por el agente público, ya sea por omisión, (desobediencia), o por acción (resistir). Por ejemplo, el conductor de un vehículo motorizado que tras haber mostrado resistencia a la orden legal impartida por los funcionarios públicos del Ministerio de Transportes y efectivos policiales de tránsito —la resistencia consiste en haber emprendido la fuga— presenta los documentos respectivos y pide disculpas a los funcionarios públicos; siendo irrelevante dicho accionar, por cuanto, el bien jurídico ya fue lesionado y el tipo penal aparece consumado por ser un delito de mera actividad.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Respecto a la intervención criminal, podemos encontrar las clases de autoría y participación, conforme se explica en las siguientes líneas.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible de ser admitida, por cuanto es un delito de mera actividad, exigiéndose un escenario personalizado. Con relación a la autoría mediata, no es posible aceptarla, conforme ha sido explicado líneas arribas, respecto a los comentarios realizados en el delito de atentado contra la autoridad[18] previsto en el art. 365 del CP. Con relación a la coautoría, tampoco es posible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad; por lo tanto, se deberá optar por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados.

2. Formas de participación

Las diversas formas de participación, es decir, complicidad primaria y secundaria, así como instigación, son perfectamente posibles de ser admitidas en el delito analizado, por cuanto, el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito común, no existiendo impedimento técnico para rechazar dicha posibilidad. Así, tenemos que los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor que desobedece o resiste la orden legal impartida por el funcionario público, debiéndose realizar el trato diferenciado entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, según el caso concreto. Por otro lado, la figura del instigador también es posible, en la medida que este determine al autor para que desobedezca o resista la orden impartida por el sujeto cualificado, en razón de la función pública que ejerce.

VII. PENALIDAD

El delito estudiado tiene dos supuestos penológicos: la primera parte —supuesto simple— señala una pena conminada no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de libertad. En el segundo supuesto —forma agravada—, respecto a desobedecer la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol; drogas tóxicas estupefacientes; sustancias psicotrópicas o sintéticas; el nivel penológica es más intenso, así tenemos que la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas.

18 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 1029 y ss.

CAPÍTULO IX
INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIONES, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368-A CP)

El delito de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicaciones, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión, se encuentra previsto en el art. 368-A del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 368-A

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código (modificado por el D. Leg. N.º 1182, del 27 de julio del 2015).

II. ANTECEDENTES

La figura delictiva fue incorporada al CP mediante la Ley N.° 29867, del 22 de mayo del 2012, la redacción típica en aquel momento apareció registrada tal y cual se evidencia:

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código

Mediante D. Leg. N.º 1182, del 27 de julio del 2015, la figura delictiva expuesta, fue modificada, agregándose como supuesto fáctico el "proporcionar señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario". En ese sentido, la intensión legislativa es evitar cualquier supuesto que pueda otorgar herramientas a los internos de los diversos establecimientos penitenciarios a nivel nacional, todo ello, entendemos, en vía de prevención delictual. A pesar de lo expuesto, es difuso e incompatible la ubicación de la figura típica analizada, por cuanto, el objeto o intereses protegido en el capítulo analizado, resulta ser la correcta administración pública, empero, el supuesto evidenciado advierte tutelar la paz o seguridad pública, resultando descontextualizada la ubicación del tipo penal aludido en los delitos contra la administración pública.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal aludido, presenta los siguientes supuestos:

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos intervinientes en el delito aludido son los siguientes:

1.1. Sujeto activo

El delito analizado, en un primer momento es un delito común, por cuanto su redacción típica, no advierte cualificación especial respecto al sujeto activo, por lo tanto, sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. En un segundo momento, respecto al supuesto de permitir el ingreso de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet, el delito asume una categoría especial, por cuanto, el único sujeto autorizado para cometer dicho supuesto, tiene que ser un sujeto cualificado que opera en razón del cargo especial que le dota de cierto poder o capacidad, para permitir o autorizar dichos equipos técnicos, ejemplo, personal del INPE, director, administrador, etc.

Por otro lado, en la parte final, podemos advertir la existencia cualificada del agente delictivo, esto es, autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público, empero, dichas cualificaciones, operan como circunstancias agravantes específicos, las mismas que intensifican el nivel penológico del tipo penal, mas no así, dotan de cualidad especial del injusto penal.

1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser el Estado, por cuanto, es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta administración pública, dicha afirmación responde a la ubicación del tipo penal, empero conforme se mencionó líneas arriba, dicha ubicación resulta descontextualizada, por cuanto, la finalidad de la redacción del mismo tipo penal, es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública. De la misma forma, el Estado,

siempre resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública, en términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se advierte diversos supuestos, así tenemos:

2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión

El tipo penal, demanda la existencia de un centro de detención o reclusión, en ese sentido, el sistema penitenciario peruano, su conducción se encuentra determinada por el CEP, aprobado mediante D. Leg. N.º 654[1] y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.° 015-2003-JUS[2], dichos dispositivos legales regulan el funcionamiento de los diversos establecimientos penitenciarios existentes, la clasificación de interno, los regímenes y su respectiva administración, así tenemos los arts. 11, 11-A, 11-B y 11-Cdel CEP y los arts. 56, 57, 58, 218 y 223 del Reglamento del CEP, respectivamente[3].

En ese contexto, se entiende por centro de detención o reclusión a todo lugar en el cual existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados afectados con una medida de coerción personal, por lo tanto, a estos lugares, se le denomina establecimientos penitenciarios.

2.2. Ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet

El verbo "ingresar", según la RAE, significa, en puridad, "meter algunas cosas [...]". En ese contexto, el tipo penal, exige que el agente delictual ingrese equipos o sistema de comunicación,esto es, cualquier equipo, artefacto, piezas mecánicas, cables para transmitir señales, cargadores, baterías, chip, celulares, etc., las cuales vinculados al rubro de comunicación, de la misma forma, la norma prohibitiva, impide el ingreso de fotografía y/o filmación o sus componentes, es decir, imágenes por la acción química de luz sobre una superficie que contengan datos o información, videos fílmicos, CD, USB, etc., instrumentos que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, o proporcionen la señal para el acceso a internet.

---

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.° 654: Código de Ejecución Penal*, Lima: 2 de agosto de 1991.

2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.° 015-2003-JUS: Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima: 11 de setiembre del 2003.

3 Crf. TORRES GONZÁLES, Eduardo, *Beneficios penitenciarios. Cuestiones prácticas*, 1.ª ed., Lima: IDEMSA, 2017, pp. 68 y 69.

La finalidad legislativa, advierte, un freno a la ola delictual gestada en el interior de los establecimientos penitenciarios, por cuanto, el sistema delictual, en muchos casos, inicia o continúa en las cárceles, y esto dentro del crimen organizado, por ejemplo, ingresar accesorios de un celular (chip, baterías, software, etc.), fotos de una vivienda, conllevaría al seguimiento o actos preparatorios del delito de secuestro, extorsión, homicidios, etc.

2.3. *Intentar ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet*

En este supuesto, el legislador adelanta la barrera de punibilidad, y pune el intento de ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet. Siendo así, en términos de FRISANCHO APARICIO, intentar ingresar "es procurar todos los medios necesarios para introducir el objeto prohibido en el centro de detención, pero sin lograr este propósito debido a la intervención de la autoridad o a razones de fuerza mayor"[4]. De esta manera, el delito analizado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, no se exige que el agente delictual ingrese los dispositivos técnicos aludidos, sino que el solo intento o posibilidad, perfecciona el injusto penal.

2.4. *Permitir el ingreso de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet*

Según la RAE, el verbo "permitir", significa: "dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo". En ese contexto, el tipo penal, remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, un persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de los diversos equipos, fotografía y/o filmación o sus componentes. Por lo tanto, en este extremo, nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber, por cuanto, únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo, ejemplo, director, administrador, personal policial designado y ubicado en la organización del INPE, autorizado en razón del cargo, quien tendría un deber de salvamento o deber de fidelidad frente a la administración pública.

2.5. *Clase de delito*

Respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", resulta ser un delito de resultado, por cuanto, el supuesto de hecho, exige que el agente delictivo, supere o penetre las controles de los establecimientos penitenciarios, por lo tanto, se advierte el baremo

4 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., pp. 281 y 282.

"espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado. Respecto al verbo "intentar", resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto el legislador, por criterio de política criminal, adelanto la barrera de punibilidad, no requiriéndose que el sujeto lesione el bien jurídico, ingresando o permitiendo los artefactos o equipos antes expuestos, sino que por el contrario, el solo intento, consuma el tipo penal.

2.6. Forma de ejecución

Respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", el tipo penal analizado, resulta ser un delito de acción, por la misma propiedad de los verbos, es decir, se trata de verbos activos propio de un hacer, no siendo posible la omisión propia o impropia, por cuanto, respecto a la omisión propia no existe clausula expresa, y respecto a la omisión impropia no se advierte posición de garante que justifique un deber de salvamento.

Respecto al verbo rector "permitir", es posible evidenciar su existencia tanto por acción como por omisión impropia, es decir, habrá acción, en la medida que el sujeto cualificado, autorice mediante un hacer, por ejemplo una orden dictada, el ingreso de los equipos y demás artefactos propios del delito, también dicho delito puede ejecutarse por omisión impropia, por cuanto, el autor, es un sujeto cualificado embestido de poder y titular de deberes funcionales, siendo así, en el supuesto caso que el sujeto cualificado, conociendo del ingreso ilegal de los equipos técnicos aludidos, no dispone la evitación de la lesión al bien jurídico, sino por el contrario, no realiza gestión alguna en razón de sus deberes, permitiendo el ingreso de los equipos, entonces se evidencia el supuesto de autoría directa por omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

En este apartado se analiza el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva, en los términos narrados anteriormente.

3.1. Bien jurídico

Conforme fue advertido inicialmente, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege data*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la administración pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser, la correcta administración pública, a pesar que se advierte manifiestamente que el objeto de protección resulta ser la paz o tranquilidad pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

La imputación objetiva y sus respectivos filtros que enervan responsabilidad jurídica penal, por cuanto, exigen componentes propios de un delito de resultado, esto es, imputación de la conducta y del resultado, determinado por los lineamientos de un "ex ante" y "ex post", siendo así, resulta posible aceptar dicha institución jurídica, respecto a los

supuestos fácticos vinculados a los verbos "ingresar"y "permitir". Por ejemplo, respecto al verbo "ingresar", es posible invocar la creación de riesgo permitido, en la medida que, el agente delictivo ingrese un equipo de celular y sistema de software al establecimiento penitenciario, en su calidad de técnico en informática, por cuanto, cuenta con la autorización del director del INPE, para realizar el mantenimiento de los equipos de cómputo de dicha institución, equipo de celular y accesorios informáticos necesarios para cumplir el trabajo encomendado.

De la misma forma, es posible admitir el riesgo permitido, respecto al verbo "permitir", en la medida que el personal del INPE, autorice el ingreso de equipos informáticos a determinadas personas, con la finalidad de reparar las instalaciones de luz eléctrica del penal, por cuanto, las mismas se encuentran deterioradas, situación propia del sistema de riesgo permitido. Respecto al verbo rector, "intentar", no resulta posible invocar los criterios de imputación objetiva, por cuanto, se advierte la presencia de un delito de peligro abstracto, situación ajena al binomio, espacio-tiempo propio de los delitos de resultado.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actué con pleno conocimiento y voluntad para ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, tenemos los siguientes momentos

1. Actos preparatorios

Consideramos la inexistencia de los actos preparatoria en la figura expuesta, por cuanto, el legislador no dotó de contenido penal los mismos, por lo tanto, no son punibles y no tienen relevancia para el derecho penal.

2. Tentativa

La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizada, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio–tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar al bien jurídico, según el plan concreto del autor. En ese sentido, la tentativa, será invocada en la medida que el autor es descubierto con los instrumentos del delito,equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc., antes de ingresar al centro de detención o reclusión, dicho

descubrimiento será evidenciado, por la misma actividad funcional de dichos centros de reclusión, por los órganos de control, esto es, personal policial asignado al INPE, personal administrativo o quien haga las veces de tal, por lo tanto, si el agente delictual es descubierto con los elementos del delito en el interior del establecimiento penitenciario, entonces estamos ante una figura consumada.

Con relación al verbo "intentar", no es posible la tentativa, toda vez que nos encontramos ante una figura delictual de peligro abstracto, situación que no advierte tentativa, por la misma impropiedad de su admisión, en razón que dichas figuras tienen similar configuración que los delitos de mera actividad, esto es, la sola conducta consuman el tipo penal.

3. Consumación

El delito se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado los instrumentos del delito al interior del establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido a los controles respectivos tanto al exterior o interior del centro penitenciario o de reclusión, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa, por cuanto, en este escenario no existe el delito tentado, por tratarse un delito de peligro. Por ejemplo, el agente delictual, es descubierto en su vivienda o en su vehículo dirigiéndose al establecimiento penitenciario, con los elementos del delito debidamente camuflados en sus pertenencias y adheridos a su cuerpo (equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc.), dicho descubrimiento, respecto a las acciones de inteligencia desplegados por personal policial en coordinación con personal fiscal, quienes cuenta con escuchas legales (interceptación de comunicaciones autorizadas por el órgano jurisdiccional), todo ello con la finalidad de desactivar el crimen organizado.

Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito,equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc., esto implica, que el agente delictual superó o burló los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario, por ejemplo, el agente delictual, no fue detectado en algunos de las garitas o puestos de vigilancia, ante ello, ingresó al establecimiento penitenciario un chip, siendo descubierto en el interior del citado establecimiento aludido.

Con relación al verbo rector "permitir", el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., que teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos del delito, aún no ingresaron al establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión.

4. Agotamiento

La figura agotada, funciona en la medida que el agente delictual haya superado la línea consumativa, determinada por los verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", es

decir, el agente delictual, entregó al interno los instrumentos del delito (equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc.), o en su defecto, dejó los citados equipos en el interior del establecimiento penitenciario con la finalidad de ser hallados por su destinatario, retirándose del centro de reclusión, superando todos los controles respectivos, por ejemplo, el agente delictual, entregó el chip de equipo de celular al interno o lo dejo en el interior del baño, habiendo sido descubierto por otro interno o por personal de limpieza o por las cámaras de video, siendo, intervenido con posterioridad al hecho, tanto en el interior o fuera del establecimiento penitenciario.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La autoría y participación, en el delito analizado, es posible, conforme se analiza a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida,en todas sus vertientes, esto es, respecto alos verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, por ejemplo, el agente delictivo que solicita a un tercero para que ingrese al establecimiento penitenciario una mochila conteniendo utensilios a favor de un interno, por cuanto, el solicitante aduce no poder asistir al centro penitenciario por temas laborales, sin embargo, el tercero, desconoce el contenido de la mochila, siendo descubierto, con la mochila, la misma que contiene accesorios de celulares; en términos similares, en el supuesto de coacción, empero, en este supuesto, el tercero si tiene conocimiento del contenido de la mochila, sin embargo, no tiene opción, por cuanto se encuentra amenazado mediante vis absoluta por el autor mediato, quien amenaza al tercero de privar de la vida a sus padres, quienes se encuentran secuestrados.

En sentido contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido, se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por lo intransferible del deber especial. En términos similares, la autoría mediata, respecto al verbo "intentar",no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[5], no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa.

Por otro lado, respecto a la coautoría, con relación al verbo "ingresar", resulta posible, en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan

5 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 1029 y ss.

al establecimiento penitenciario, un celular, el mismo que ha sido desarticulado en diversos accesorios, por ejemplo, el primero ingresa la batería, el segundo el chip y el tercero el equipo respectivo. Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial.

Finalmente, respecto al verbo "intentar", tampoco sería posible admitir la coautoría, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de peligro abstracto, por lo tanto, se deberá optar, por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados.

2. Formas de participación

En ese sentido, respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", es posible que los cómplices, realicen actos de contribución a favor del plan concreto del autor, esto es, por ejemplo agenciar a favor del autor determinados accesorios (alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc.). De la misma forma, es posible admitir la complicidad, respecto al verbo "permitir", por cuanto, si bien es un delito especial e infracción de deber, empero, conforme señala la parte final del art. 25 del CP, el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116[6] y la ejecutoria suprema, del 15 de mayo del 2002, en el Exp. 293-2002 Lima[7], para citar algunos pronunciamientos respecto a la responsabilidad del extraño en delitos especiales. Por otro lado, la figura delictiva de la instigación, también es posible, en la medida que éste determine al autor, no existiendo ningún inconveniente, admitir dicha figura en los tres verbos rectores.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, presenta dos niveles de pena: por un lado, tenemos el supuesto simple, cuya pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Por otro lado, la forma agravada, esto es, la condición especial del sujeto activo, el nivel penológico es más intenso, por lo tanto la pena conminada oscila, no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al art. 36, incs. 1 y 2, del CP.

---

6 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116*, Lima: 17 de octubre 2017, f. j. n.° 12.

7 Esta ejecutoria establece lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son incomunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable, por lo tanto, el principio de accesoriedad". *Vid.* FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal y constitucional*, ob. cit., p. 43.

CAPÍTULO X
INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368-B CP)

El delito de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicaciones, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión, se encuentra previsto en el art. 368-B del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 368-B**
> El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija o radial, vía internet u otra análoga del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
> Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código (incorporado al Código Penal, mediante Ley N.º 29867, del 22 de mayo del 2012).

II. ANTECEDENTES

La figura delictiva, al igual que el delito previsto en el art. 368-A, fue incorporada al CP mediante la Ley N.° 29867, de fecha 22 de mayo del 2012, sin embargo su incorporación resulta infeliz, por cuanto es incompatible al objeto o interes protegido en el capítulo analizado, el cual resulta ser la correcta administración pública. El supuesto evidenciado advierte tutelar la paz o seguridad pública, resultando descontextualizada la ubicación del tipo penal aludido en los delitos contra la administración pública, en términos similares la figura delictiva prevista en el art. 368-A del CP. La finalidad legislativa advierte un freno al fenómeno criminal, gestada en el interior de los establecimientos penitenciarios, por cuanto, el sistema delictual —en muchos casos— inicia o continúa en las cárceles, y muchas veces vinculado al crimen organizado. Por ejemplo, ingresar accesorios de un celular (chip, baterías, software, etc.), fotos de una vivienda, los cuales conllevaría al seguimiento o actos preparatorios del delito de secuestro, extorsión, homicidios, etc.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal aludido presenta los siguientes supuestos.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos intervinientes en el delito aludido, son los siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión, respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", es un delito común, por cuanto su redacción típica no advierte cualificación especial respecto al sujeto activo, por lo tanto, sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad.

En sentido contrario, respecto al verbo "permitir", el delito asume una categoría especial, por cuanto, el único sujeto autorizado para cometer dicho supuesto tiene que ser un sujeto cualificado que opera en razón del cargo especial que le otorga poder o capacidad, para permitir o autorizar dichos equipos técnicos, ejemplo, personal policial del INPE, director, administrador, etc.

Aunado a lo expuesto, en la parte final podemos advertir dos situaciones: por un lado, la utilización de un menor de edad, esto es, una persona cuya edad oscila por debajo de los dieciocho años y por otro lado, la existencia cualificada del agente delictivo, esto es, autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público; empero, dichas cualificaciones operan como circunstancias agravantes específicos, las mismas que intensifican la pena, mas no así, dotan de cualidad especial del injusto penal, como sí lo hace respecto al verbo "permitir".

1.2. Sujeto pasivo

El Estado resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta administración pública, por cuanto la ubicación del tipo penal pertenece a dicho *nomen iuris*, además, por cuanto el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Por otro lado, precisamos que dicha ubicación es descontextualizada, toda vez que la finalidad de la redacción es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública, conforme se advierte con nítida claridad del mismo tipo penal.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se advierte diversos supuestos, entre ellos tenemos.

2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión

El delito analizado demanda la existencia de un centro de detención o reclusión, en ese sentido, el sistema penitenciario peruano aparece conducido por el CEP, aprobado mediante D. Leg. N.º 654[1], y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.º 015-2003-JUS[2], dichos dispositivos legales regulan el funcionamiento de los diversos establecimientos penitenciarios existentes, la clasificación de interno, los regímenes y su respectiva administración. Así, tenemos los arts. 11, 11-A, 11-B y 11-C del CEP; de la misma forma los arts, 56, 57, 58, 218 y 223 del Reglamento del CEP, respectivamente. Siendo así, entendemos por centro de detención o reclusión a todo lugar en el cual existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados y afectados con una medida de coerción personal.

2.2. Ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno

El verbo "ingresar", según la RAE, significa: "meter algunas cosas [...]", en ese contexto, el tipo penal exige que el agente delictual ingrese materiales o componentes, esto es, cualquier accesorio o instrumento técnico–mecánico susceptible de ser utilizado en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. El legislador utiliza una técnica legislativa abierta, aplicable a cualquier caso concreto.

Al comparar la técnica legislativa del delito analizado con el tipo penal previsto en el art. 368-A del CP, advertimos que el delito de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión se diferencia del delito previsto en el art. 368-B del CP, por cuanto, en la primera figura delictiva, se exige equipos o sistemas de comunicación, esto es, elementos fabricados o piezas mecánicas que no han sido alterados en su esencia originaria, por ejemplo, un celular o sus piezas integras como por ejemplo una batería o un chip, dichas piezas no necesitan arreglos o manipulación, por cuanto se encuentran habilitadas en sí mismas para su funcionamiento; empero, en el delito registrado en el art. 368-B del CP se demanda accesorios o instrumentos técnicos–mecánicos, los cuales servirán para elaborar —artesanalmente— antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga, (por ejemplo: alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc).

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 654: Código de Ejecución Penal*, Lima: 2 de agosto de 1991.
2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 015-2003-JUS: Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima: 11 de setiembre del 2003.

2.3. Intentar ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno

El presente supuesto pone de manifiesto la intensión del legislador de adelantar la barrera de punibilidad y punir el intento de ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. Bajo ese contexto, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto no se exige que el agente delictual ingrese los dispositivos técnicos aludidos, sino que el solo intento o posibilidad perfecciona el injusto penal.

2.4. Permitir el ingreso de materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno

Según la RAE, el verbo "permitir", significa: "Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo". En ese contexto, el tipo penal se remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, un persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de los diversos equipos, fotografía y/o filmación o sus componentes; en este extremo, tal cual que en el delito previsto en el art. 368-A del CP, nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber, por cuanto únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo, por ejemplo, el director, administrador, personal policial designado y ubicado en la organización del INPE o autorizado en razón del cargo, quien tendría un deber de salvamento o deber de fidelidad frente a una institución, esto es, la administración pública.

2.5. Clase de delito

Con relación a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", resulta ser un delito de resultado, por cuanto el supuesto de hecho demanda que el agente delictivo supere o penetre las controles de los establecimientos penitenciarios adviertiendose el baremo "espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado. Respecto al verbo "intentar", resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto el legislador, por criterio de política criminal, adelanto la barrera de punibilidad, no requiriéndose que el sujeto lesione el bien jurídico, ingresando o permitiendo el ingreso de los accesorios o instrumentos mecánicos antes expuestos, sino por el contrario, el solo intento consuma el tipo penal.

2.6. Forma de ejecución

Respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", el tipo penal analizado resulta ser un delito de acción, por la misma propiedad de los verbos, es decir, se trata de verbos activos propio de un hacer, no siendo posible la omisión propia o impropia, por cuanto, respecto a la omisión propia no existe clausula expresa, y respecto a la omisión impropia no se advierte posición de garante que justifique un deber de salvamento.

Respecto al verbo rector "permitir", es posible evidenciar su existencia tanto por acción como por omisión impropia, es decir, existirá acción, en la medida que el sujeto cualificado, autorice mediante un hacer, por ejemplo, una orden dictada, el ingreso de los accesorios o instrumentos propios del delito, también dicho delito puede ejecutarse por omisión impropia, por cuanto, el autor, es un sujeto cualificado embestido de poder y titular de deberes funcionales, siendo así, en el supuesto caso que el sujeto cualificado, conociendo del ingreso ilegal de los accesorios o instrumentos aludidos, no dispone la evitación de la lesión al bien jurídico, sino por el contrario, no realiza gestión alguna en razón de sus deberes, permitiendo el ingreso de accesorios, entonces se evidencia el supuesto de autoría directa por omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

En este apartado se analiza el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva, en los términos narrados anteriormente.

3.1. Bien jurídico

Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto al delito previsto en el art. 368-A, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de lege data, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del nomen iuris, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la administración pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser, la correcta administración pública, a pesar que se advierte manifiestamente, que el objeto de protección, resulta ser, la paz o tranquilidad pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

La imputación objetiva y sus respectivos filtros que enervan responsabilidad jurídica penal, por cuanto, exigen componentes propios de un delito de resultado, esto es, imputación de la conducta y del resultado, determinado por los lineamientos de un "ex ante" y "ex post", siendo así, resulta posible aceptar dicha institución jurídica, respecto a los supuestos fácticos vinculados a los verbos "ingresar" y "permitir", en términos semejantes respecto al delito previsto en el artículo 368-A. Por ejemplo, respecto al verbo "ingresar", es posible invocar la creación de riesgo permitido, en la medida que, el agente delictivo ingrese cables magnéticos, cintas adhesivas, etc., al establecimiento penitenciario, en su calidad de técnico en informática, por cuanto, cuenta con la autorización del director del INPE, para realizar el mantenimiento de la antena radial de dicha institución.

De la misma forma, es posible admitir el riesgo permitido, respecto al verbo "permitir", en la medida que el personal del INPE, autorice el ingreso de accesorios mecánicos (cables, interruptores, etc.,) a determinadas personas, con la finalidad de reparar las instalaciones de luz electica del penal, por cuanto, las mismas se encuentran deterioradas, situación propia del sistema de riesgo permitido. Respecto al verbo rector, "intentar", no resulta posible invocar los criterios de imputación objetiva, por cuanto, se advierte la

presencia de un delito de peligro abstracto, situación ajena al binomio, espacio temporal propio de los delitos de resultado.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, sin lugar a dudas, en términos semejantes respecto al delito previsto en el art. 368-A del CP, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actué con pleno conocimiento y voluntad para ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso de materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, tenemos los siguientes momentos.

1. Actos preparatorios

Consideramos, en términos semejantes respecto al delito previsto en el art. 368-A del CP, la inexistencia de los actos preparatorio en la figura expuesta, por cuanto, el legislador no dotó de contenido penal los mismos, por lo tanto, no son punibles y no tienen relevancia para el derecho penal.

2. Tentativa

La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizada, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio–tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar al bien jurídico, según el plan concreto del autor.

En ese sentido, la tentativa, será invocada en la medida que el autor es descubierto con los instrumentos del delito, es decir, con los materiales o componentes para la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, dicho descubrimiento, tiene que ser evidenciado (por los órganos de control, esto es, personal policial asignado al INPE, personal administrativo o quien haga las veces de tal),antes de ingresar al centro de detención o reclusión, por lo tanto, si el agente delictual es descubierto con los elementos del delito en el interior del establecimiento penitenciario, entonces estamos ante una figura consumada.

Con relación al verbo "intentar", no es posible la tentativa, toda vez que nos encontramos ante una figura delictual de peligro abstracto, situación que no advierte tentativa, por la misma impropiedad de su admisión, en razón que dichas figuras tienen similar

configuración que los delitos de mera actividad, esto es, la sola conducta consuman el tipo penal.

3. Consumación

El delito se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado los instrumentos del delito al interior del establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido a los controles respectivos tanto al exterior o interior del centro penitenciario o de reclusión, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa, por cuanto, en este escenario no existe el delito tentado, por tratarse un delito de peligro, por ejemplo, el agente delictual, es descubierto en su vivienda o en su vehículo dirigiéndose al establecimiento penitenciario, con los elementos del delito debidamente camuflados en sus pertenencias y adheridos a su cuerpo (bobinas, interruptores, cables, etc.), dicho descubrimiento, respecto a las acciones de inteligencia desplegados por personal policial en coordinación con personal fiscal, quienes cuenta con escuchas legales (interceptación de comunicaciones autorizadas por el órgano jurisdiccional), todo ello, con la finalidad de desactivar el crimen organizado.

Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito (alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc.) implica que el agente delictual superó o burló los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario, por ejemplo, el agente delictual, no fue detectado en algunos de las garitas o puestos de vigilancia, ante ello, ingresó al establecimiento penitenciario un chip, siendo descubierto en el interior del citado establecimiento aludido.

Con relación al verbo rector "permitir", el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos del delito, aún no ingresaron al establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión.

4. Agotamiento

La figura agotada, funciona en la medida que el autor haya superado la línea consumativa, determinada por los verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", es decir, el agente delictual, entregó al interno los instrumentos del delito (equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc.,), o en su defecto, dejó los citados equipos en el interior del establecimiento penitenciario con la finalidad de ser hallados por su destinatario, retirándose del centro de reclusión, superando todos los controles respectivos, por ejemplo, el agente delictual, entregó al interno, alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc., en términos similares, los dejó en el interior del baño, habiendo sido descubierto por otro interno o por personal de limpieza

o por las cámaras de video, siendo, intervenido con posterioridad al hecho, tanto en el interior o fuera del establecimiento penitenciario.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La autoría y participación en el delito analizado es posible, conforme se analiza a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida,en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, por ejemplo, el agente delictivo que solicita a un tercero para que ingrese al establecimiento penitenciario una caja de cartón conteniendo utensilios a favor de un interno, por cuanto, el solicitante aduce no poder asistir al centro penitenciario por temas de salud, sin embargo, el tercero, desconoce el contenido de la caja, siendo descubierto, por cuanto la caja contiene alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc. En términos similares, en el supuesto de coacción, empero, en este supuesto, el tercero si tiene conocimiento del contenido de la caja, sin embargo, no tiene opción, por cuanto se encuentra amenazado mediante vis absoluta por el autor mediato, quien amenaza al tercero de privar de la vida a sus padres, quienes se encuentran secuestrados.

En el mismo sentido, en la medida que el agente delictual utilice a un menor de edad, opera de manera nítida la figura de autoría mediata, por cuanto, el autor mediato, instrumentaliza a un inimputable, dicha figura concurre en la circunstancia agravante del tipo penal analizado.

Por el contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido, se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por lo intransferible del deber especial.

En términos similares, la *autoría mediata,* respecto al verbo "intentar", no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[3], no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa. Por otro lado, respecto a la *coautoría,* con relación al verbo "ingresar", resulta posible, en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan al establecimiento penitenciario, diversas piezas mecánicas (alambres,

3 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 1029 y ss.

condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc.) las cuales fueron repartidas por los autores para su respectivo ingreso al centro penitenciario. Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial. Finalmente, respecto al verbo "intentar", tampoco sería posible admitir la coautoría, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de peligro abstracto, por lo tanto, se deberá optar, por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados.

2. Formas de participación

La participación delictual, es decir, complicidad primaria y secundaria así como instigación, son posibles de ser admitidas en el delito materia de comentario, por cuanto, los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor, debiéndose realizar el trato diferenciado, entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, todo ello, según el caso concreto.

En ese sentido, respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", es posible que los cómplices, realicen actos de contribución a favor del plan concreto del autor, esto es, por ejemplo agenciara favor del autor determinados accesorios (alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc.). De la misma forma, es posible admitir la complicidad, respecto al verbo "permitir", por cuanto, si bien es un delito especial e infracción de deber, empero, conforme señala la parte final del art. 25 del CP, el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116[4] y la ejecutoria suprema, del 15 de mayo del 2002, en el Exp. 293-2002 Lima[5], para citar algunos pronunciamientos respecto a la responsabilidad del extraño en delitos especiales. Por otro lado, la figura delictiva de la instigación, también es posible, en la medida que éste determine al autor, no existiendo ningún inconveniente, admitir dicha figura en los tres verbos rectores.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, presenta dos niveles penológicos: por un lado, tenemos el supuesto simple, cuya pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años. Por otro lado, la forma agravada, esto es, la condición especial del sujeto activo, el nivel penológico es más intenso, por lo tanto la pena conminada oscila, no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al art. 36, incs. 1 y 2 del CP.

---

4 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario Nº 03-2016/CJ-116*, Lima: 17 de octubre del 2017, f. j. n.° 12.

5 Esta ejecutoria establece lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son incomunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable, por lo tanto, el principio de accesoriedad". *Vid.* FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal y constitucional*, ob. cit., p. 43.

CAPÍTULO XI
SABOTAJE DE EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368-C CP)

El delito desabotaje de equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios se encuentra previsto en el art. 368-C del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 368-C**
> El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.
> Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código" (incorporado al Código Penal, mediante la Ley N.º 29867, del 22 de mayo del 2012).

II. ANTECEDENTES

La figura delictiva, tal igual que los delitos previstos en los arts. 368-A y 368-B fueron incorporados al CP mediante la Ley N.° 29867, del 22 de mayo del 2012, sin embargo su incorporación resulta inadecuada, por cuanto, es incompatible, por cuanto, el objeto o intereses protegido en el capítulo analizado, resulta ser la correcta administración pública, empero, el supuesto evidenciado advierte tutelar la paz o seguridad pública, resultando descontextualizada la ubicación del tipo penal aludido en los delitos contra la administración pública.

La finalidad legislativa, advierte, un freno al fenómeno criminal gestada en el interior de los establecimientos penitenciarios, por cuanto, el sistema delictual, en muchos casos, inicia o continúa en las cárceles, en este caso, se advierte una manifiesta y frontal lesión al funcionamiento del sistema penitenciario por parte del agente delictual, por cuanto, imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal aludido presenta los siguientes supuestos:

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos intervinientes en el delito aludido, son los siguientes:

1.1. Sujeto activo

La figura delictiva expuesta, responde a la clasificación de los delitos comunes, por lo tanto, autor puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, todo ello, por cuanto, por voluntad del legislador, no se advierte estatus cualificado ni institución especial.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta administración pública, por cuanto la ubicación del tipo penal pertenece a dicho *nomen iuris*, además, por cuanto el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Por otro lado, precisamos que dicha ubicación es descontextualizada, toda vez que la finalidad de la redacción es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública, conforme se advierte con nítida claridad del mismo tipo penal.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se advierten diversos supuestos, así tenemos:

2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión

El delito analizado, y en términos similares los arts. 368-A, 368-B y 368-C del CP, demanda la existencia de un centro de detención o reclusión, en ese sentido, el sistema penitenciario peruano aparece conducido por el CEP, aprobado mediante D. Leg. N.º 654[1], y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.º 015-2003-JUS[2]. Dichos dispositivos legales regulan el funcionamiento de los diversos establecimientos penitenciarios existentes, la clasificación de interno, los regímenes y su respectiva administración, así tenemos, los arts. 11, 11-A, 11-B, 11-C del CEP, de la misma forma los arts. 56, 57, 58, 218, 223 del Reglamento del CEP, respectivamente. Siendo así, entendemos por centro de detención o reclusión, a todo lugar en el cual existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados, afectados con una medida de coerción personal, a estos lugares, son conocidos como establecimiento penitenciarios.

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 654: Código de Ejecución Penal*, Lima: 2 de agosto de 1991.
2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 015-2003-JUS: Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima: 11 de setiembre del 2003.

2.2. Vulnerar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios

Según la RAE, el verbo "vulnerar", significa: "Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto, dañar, perjudicar [...]". En ese sentido el agente delictivo, quien se encuentra el interior del establecimiento penitenciario, sea como reo o visitante, tiene como finalidad dañar los equipos de seguridad y/o comunicación, con la finalidad de evitar su funcionamiento. En ese sentido, el daño aludido, implica una afectación determinante, imposibilitando su uso, necesitando, de ser el caso, la reparación respectiva, arribamos a esa conclusión, por la naturaleza y contenido del verbo citado. Asimismo, precisamos, que el legislador no ha precisado la finalidad ulterior del agente delictual, esto es, no se advierte si la intención de dañar, estaría vinculada para la comisión de otro delito o para sustentar una fuga, caso contrario, la figura sería un delito de tendencia, situación que no opera en el supuesto, por lo tanto, basta con advertir que el agente delictivo haya causado daño a los equipos de seguridad y/o comunicación, para dar por sentado el hecho punible.

Respecto a los equipos de seguridad y/o comunicación, pueden ser, redes eléctricas, líneas radiales o telefónicas, cámaras de seguridad, scaners, equipos eléctricos de seguridad, etc.

2.3. Impedir el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios

Según la RAE, el verbo "impedir", significa: "Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo". Siendo así, en el supuesto analizado, se advierte que el agente delictual, reo o visitante, estorba la operatividad de los equipos de seguridad y/o comunicación, en ese sentido, a diferencia del supuesto anterior, el autor, no busca dañar los equipos de seguridad y/o comunicación, sino por el contrario, tiene como finalidad mermar o estorbar el funcionamiento de los citados equipos, por ejemplo, desactiva el sistema de alarma del centro penitenciario.

2.4. Dificultar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios

De conformidad con la RAE, el verbo "dificultar", significa: "Poner dificultades a las pretensiones de alguien, exponiendo los estorbos que a su logro se oponen", en ese sentido, el agente delictual, reo o visitante, obstaculiza el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación, con la finalidad de entorpecer el servicio del establecimiento penitenciario, por ejemplo, esconde el sistema de alarma, con la finalidad de no ser instalado.

2.5. Inhabilitar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios

La RAE señala que el verbo "inhabilitar" significa, respecto al contexto del supuesto analizado: "imposibilitar para algo", por lo tanto, el agente delictual, reo o visitante,

busca con su accionar delictual, que los equipos de seguridad y/o comunicación, se encuentren imposibilitados para su funcionamiento, esto implica, afectación temporal en su sistema técnico, a diferencia del verbo rector, en el cual se advierte una afectación permanente, por ejemplo, el agente delictual altera la codificación del software del equipo de seguridad, imposibilitando su funcionamiento.

En sentido contrario, FRISANCHO APARICIO indica que: "inhabilitar es lo mismo que imposibilitar"[3]. Sin embargo, no concordamos con tal postura, por cuanto el significado de los verbos aludidos, tienen similitud mas no así identidad, toda vez que el verbo "imposibilitar" exige quitar la *posibilidad de ejecutar o conseguir algo, empero, respecto al verbo* "inhabilitar", no se enerva la posibilidad de ejecutar algo, sino, en sentido contrario el sujeto delictivo ejecutó su plan delictual, inhabilitando el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación.

2.6. Cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios

La técnica legislativa en este supuesto, es abierta, es decir, estamos ante una clausula números apertus, en la cual, el agente del derecho, puede adecuar cualquier supuesto delictual, en la medida que dicho accionar, imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios.

2.7. Clase de delito

El delito de sabotaje de equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios, resulta ser un delito de resultado, por cuanto los verbos rectores que integran su configuración, por la misma redacción y ubicación típica, aparecen determinados, para el derecho penal, por el baremo "espacio–tiempo".

2.8. Forma de ejecución

El delito mencionado, por la misma naturaleza de sus verbos rectores, esto es, "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar"; resulta ser un delito de acción y no así de omisión, por cuanto, se exige que el autor emita un hacer mas no así un dejar de hacer, por otro lado, no se advierte en la redacción típica, expresamente el verbo omitir, para dar por sentado la posibilidad de omisión propia. Respecto a la ejecución delictual por omisión impropia, considero que es posible, remitiéndonos a la forma agravada, esto es, en el verbo "permitir", supuesto que es posible, en la medida que se trata de un sujeto cualificado, esto es, personal policial del INPE, u otro que cumpla la función de tal o la posición de garante, según el caso concreto.

3 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 291.

3. Elementos concomitantes

En este apartado se analiza el bien jurídico, la relación causal e imputación objetiva, en los términos narrados anteriormente.

3.1. Bien jurídico

Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto a los delitos previstos los arts. 368-A y 368-B, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege data*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la administración pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser, la correcta administración pública, a pesar que se advierte manifiestamente que el objeto de protección resulta ser la paz o tranquilidad pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

En el delito materia de análisis, es posible aplicar los supuestos de la imputación objetiva, con los cuales se busca enervan responsabilidad jurídica penal, por cuanto, el delito analizado, resulta ser un delito de resultado, el mismo que resulta ser compatible tanto con los supuestos de la imputación de la conducta y del resultado, siendo así, resulta posible aceptar dicha institución jurídica, respecto a los verbos rectores, "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar", debiéndose ubicar la operatividad según cada caso concreto. Por ejemplo, no tendrá relevancia penal, en la medida que el autor opere bajo el escenario del riesgo permitido, en la medida que se encuentre autorizado por personal del INPE, para cambiar las cámaras de video vigilancia, situación que dificultó el funcionamiento de control del establecimiento penitenciario.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actué con pleno conocimiento y voluntad para vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar" el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, tenemos los siguientes momentos.

1. Actos preparatorios

Consideramos, en términos semejantes respecto a los delitos previstos en los arts. 368-A y 368-B, la inexistencia de los actos preparatorio en la figura expuesta, por cuanto,

el legislador no dotó de contenido penal los mismos, por lo tanto, no son punibles y no tienen relevancia para el derecho penal.

2. Tentativa

La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar", por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizada, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio–tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar al bien jurídico, según el plan concreto del autor. En ese sentido, la tentativa, será invocada en la medida que el autor, habiendo desplegado un acto delictual, empero no logra concretarlo, por cuanto interviene las autoridades responsables del control del centro penitenciario, de la misma forma, se advierte la presencia del delito tentado, en la medida que el agente delictual habiendo desarrollado todo el escenario delictual, no arriba a su concreción por razones de fuerza mayor.

3. Consumación

El delito se consuma, en la medida que el supuesto de hecho se encuentre inmerso en los verbos rectores "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar", todo ello, con la finalidad de impedir el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios, debiéndose precisar que dichos verbos rectores, tienen que estar contextualizados según la finalidad del legislador, es decir, la conducta delictiva tiene que realizarse dentro del establecimiento penitenciario, lo que advierte, que el autor tiene que ser un reo, un visitante o sujeto cualificado respecto al verbo "permitir" según la forma agravada. Aunado a lo expuesto, por tratarse de un delito de resultado, la consumación aparece evidenciada con la lesión al bien jurídico tutelado, en este caso, correcta administración pública, situación que no opera en las figuras de peligro.

4. Agotamiento

La figura agotada, funciona en la medida que el autor haya superado la línea consumativa, determinada por losverbos "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar", es decir, el agente delictual, logró desestabilizar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios, logrando un sabotaje o destrucción del sistema de seguridad, según el caso concreto del supuesto de hecho y de cada verbo rector.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La autoría y participación en el delito analizado es posible, conforme se analiza a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida,en todas sus vertientes, esto es, respecto alos verbos "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo, situación que no excluye a las demás formas de intervención delictual, debiéndose recurrir en este extremo a las reglas de la parte general, por cláusula de remisión.

Con relación a la autoría mediata, también es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, empero esta forma de intervención delictual, no resulta posible en el extremo del verbo "permitir", el cual aparece ligada a la circunstancia agravante, por cuanto, en este extremo, se exige una situación cualificada en el autor, esto es, el deber especial, por lo personalísimo, a pesar que exista instrumentalización de un tercero por parte del autor mediato, dicha situación también conlleva la infracción del deber especial.

En el mismo sentido, en la medida que el agente delictual utilice a un menor de edad, opera de manera nítida la figura de autoría mediata, por cuanto, el autor mediato, instrumentaliza a un inimputable, dicha figura concurre en la circunstancia agravante del tipo penal analizado.

Por otro lado, respecto a la coautoría, también es posible, en la medida que existan pluralidad de agentes delictuales, quienes mantengan acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, dichos presupuestos, deberán estar adecuados, según cada caso concreto, con los verbos "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar". Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial.

2. Formas de participación

La participación delictual, es decir, complicidad primaria y secundaria así como instigación, son posibles de ser admitidas en el delito materia de comentario, por cuanto, los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor, debiéndose realizar el trato diferenciado, entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, todo ello, según el caso concreto. De la misma forma, es posible admitir la complicidad, respecto al verbo "permitir", por cuanto, si bien es un delito especial e infracción de deber, empero, conforme señala la parte final del art. 25 del CP, el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116[4] y la ejecutoria suprema, del 15 de mayo del 2002, en el Exp. N.º 293-2002-Lima[5], para citar algunos pronunciamientos respecto a la responsabilidad del

4 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116*, Lima: 17 de octubre 2017, f. j. n.º 12.

5 Esta ejecutoria establece lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son incomunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características

extraño en delitos especiales. Por otro lado, la figura delictiva de la instigación, también es posible, en la medida que éste determine al autor, no existiendo ningún inconveniente, admitir dicha figura en los cuatro verbos rectores y en la cláusula abierta.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, presenta dos niveles penológicos, por un lado, tenemos el supuesto simple, cuya pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años. Por otro lado, la forma agravada —esto es, la condición especial del sujeto activo—, corresponde a un nivel penológico es más intenso, por lo tanto la pena conminada oscila en no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al art. 36, incs. 1 y 2, del presente código.

personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable, por lo tanto, el principio de accesoriedad". *Vid.* FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal y constitucional*, ob. cit., p. 43.

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

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368-D CP)

El delito de posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios, se encuentra previsto en el art. 368- D del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 368-D
La persona privada de su libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de ocho años
Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años (incorporado al Código Penal, mediante Ley N.° 29867, del 22 de mayo del 2012).

II. ANTECEDENTES

La figura delictiva, al igual que los delitos previstos en el arts. 368-A, 368-B y 368-C, fueron incorporada al CP médiante la Ley N.° 29867, del 22 de mayo del 2012; sin embargo su incorporación resulta inadecuada, por cuanto, es incompatible, por cuanto, el objeto o intereses protegido en el capítulo analizado, resulta ser la correcta administración pública, empero, el supuesto evidenciado advierte tutelar la paz o seguridad pública, resultando descontextualizada la ubicación del tipo penal aludido en los delitos contra la administración pública. la finalidad legislativa, advierte, un freno al fenómeno criminal gestada en el interior de los establecimientos penitenciarios, por cuanto, el sistema delictual, en muchos casos, inicia o continua en las cárceles, en este caso, se advierte una manifiesta y frontal lesión al funcionamiento del sistema penitenciario por parte del agente delictual, por cuanto, imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal aludido, presenta los siguientes supuestos.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos intervinientes en el delito aludido, son los siguientes.

1.1. Sujeto activo

El tipo penal analizado resulta ser un delito especial propio y no así un delito de infracción de deber, por cuanto, si bien se reduce el radio de acción de los posibles autores, por cuanto, únicamente, será autor aquella persona que tenga el estatus de persona privada de su libertad, esto es, reo condenado o reo afectado con una medida de coerción personal (prisión preventiva), sin embargo, también es cierto que, no se advierte una institución positiva que imponga un deber especial sobre el autor.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado, por cuanto, es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta administración pública, por cuanto la ubicación del tipo penal pertenece a dicho *nomen iuris*, es decir, el Estado, resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

Por otro lado, dicha ubicación, conforme viene siendo explicando respecto a los tipos penales incorporados mediante la Ley N.º 29867, deviene en descontextualizada, toda vez que la finalidad de la redacción es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública, conforme se advierte con nítida claridad del mismo tipo penal.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se advierte diversos supuestos, así tenemos:

2.1. La existencia de un centro de detención o reclusión

El delito analizado, y en términos similares los arts. 368-A, 368-B y 368-C del CP, demanda la existencia de un centro de detención o reclusión, en ese sentido, el sistema penitenciario peruano aparece conducido por el CEP, aprobado mediante D. Leg. n º 654[1], y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.º 015-2003-JUS[2]. Dichos dispositivos legales regulan el funcionamiento de los diversos establecimientos

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 654: Código de Ejecución Penal*, Lima: 2 de agosto de 1991.
2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.º 015-2003-JUS: Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima: 11 de setiembre del 2003.

penitenciarios existentes, la clasificación de interno, los regímenes y su respectiva administración, así tenemos, los arts. 11, 11-A, 11-B, 11-C del CEP, de la misma forma los arts. 56, 57, 58, 218, 223 del Reglamento del CEP, respectivamente. Siendo así, entendemos por centro de detención o reclusión, a todo lugar en el cual existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados, afectados con una medida de coerción personal, a estos lugares, son conocidos como establecimientos penitenciarios.

2.2. *Persona privada de su libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos*

El supuesto aludido, implica que el interno, privado de su libertad, purgando pena por existir sentencia condenatoria o en calidad de reo por mandato de prisión preventiva, posee o portaun arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos.

En ese sentido, respecto a una persona, el verbo "poseer", según la RAE, implica: "Tener en su poder algo", lo que implica que el agente delictivo, interno, tiene en su esfera de dominio (directa o indirecta) arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, dicha posesión, tiene que ser irregular, es decir no tiene que estar autorizada por SUCAMEC, ante ello, nos presentamos ante un concurso aparente de leyes, entre el delito de tenencia ilegal de armas y la presente figura delictiva, primando, por criterio de especialidad y por el principio de consunción, el delito previsto en el art. 368-D del CP.

Respecto al verbo "portar", según la Real Académica Española, implica: "Tener algo consigo o sobre sí", en ese sentido, el agente delictivo, tiene en un esfera de dominio, de manera directa e inmediata arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, la misma que será evidenciada mediante un registro personal. Con relación a la temática de arma de fuego, de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B, estas son clasificadas en: armas para defensa personal,[3] armas para deporte[4], armas para caza[5],

3 Son armas de fuego cortas o de puño, destinadas a la defensa personal, cuya munición genere una energía en boca de cañón que no exceda en 40 kilográmetros y con una longitud de cañón no mayor de 6" o 15.6 cm.; considerándose dentro de esta clasificación a las pistolas y revólveres con cadencia de disparo tiro por tiro y con abastecedor del tipo de cacerina o tambor

4 Son armas autorizadas para deporte de tiro al blanco fijo, en movimiento o al suelo:
1. Las de arco o resorte, las neumáticas corta y larga, las de fuego corta y larga, empleadas en programación oficial de concurso dela Federación que agrupa las diferentes modalidades de tiro Deportivo Nacional, y las que se organicen bajo normas internas de la institución.
2. Armas neumáticas corta y larga hasta calibre 5.5mm.3.Revólveres, pistolas, carabinas, fusiles y escopetas autorizadas por la Unión Internacional de Tiro (UIT) para uso deportivo.

5 Son armas autorizadas para caza, las destinadas para tal fin fuera del radio urbano con o sin cargador no automáticas. Pueden usar sistema de puntería telescópica de versión diurna. 1Escopeta en todos sus calibres. 2. Carabinas y fusiles de caza y su combinación carabina. 3.escopeta; cuya munición no genere una energía en boca de Cañón no mayor de 400 Kilográmetros. 4. Armas de arco y resorte. 5. Lanzadores y arpones para especies subacuáticas. 6. Armas autóctonas.

armas para colección[6], armas para seguridad[7], armas de guerra.

De la misma forma, respecto al concepto de arma blanca, ROJAS VARGAS[8] las denomina como armas propias, entre las cuales se encuentran los instrumentos punzo cortantes y contuso: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.

Por otro lado, con relación al rubro de municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, así como respecto a su idoneidad e irregularidad, incluyendo la temática respecto al arma de fuego de manera didáctica y referencial, la Corte Suprema, a través de un pronunciamiento vinculante plasmado en la Casación N.º 211-2014 Ica, del 22 de julio del 2015, señaló lo siguiente:

> En esta línea de análisis, en el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "[...] que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos."; en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.[9]
>
> De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal, propuesta por la modernateoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema ROXIN, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de *tenencia ilegal de armas*, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegítimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado sí poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima"[10].
>
> Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos, y de ultima ratio; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es, presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institu-

---

6 Son armas de colección de propiedad particular o del instituto, las que por su valor histórico, antigüedad, diseño, falta de munición y otras peculiaridades sean calificadas como tales con arreglo a la Ley Nº 25054 y su Reglamento. No podrán ser portadas, ni tener munición activa. Su autorización requiere de Resolución Directoral.

7 Son armas de seguridad, lasarmas de fuego cuyo uso es autorizado por la institución, a fin de otorgar una mayor capacidad de defensa. Se considera entre estas a las armas cuya munición genere una energía en boa de cañón que no exceda de 80 Kilográmetros (pistolas hasta calibre 9x19 mm. y revólveres cal. no mayor de.357 MAG.). Asimismo, las escopetas hasta calibre 12 Gauge con munición de plomo hasta 9.1mm. ó 0.36 pulgadas para ser usadas fuera del radio urbano.

8 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 1001.

9 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 211-2014 Ica*, Lima: 22 de julio del 2015, f. j. n.º 4.

10 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 211-2014 Ica*, Lima: 22 de julio del 2015, f. j. n.º 5.

> cional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N° 04-20-DIRLOG/ PNP del 20 de octubre del 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.[11]

Por otro lado, la Resolución de Superintendencia N.° 1328-2017-SUCAMEC[12], se aprobó los "lineamientos aplicables para la autorización de armas de fuego de uso civil", teniendo como finalidad, Identificar y determinar cuáles son las armas de fuego de uso civil cuyos calibres no colisionen con lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30299, autorizando el ingreso de armas de fuego de uso civil, cuyos calibres sean exclusivamente.223 Remington o.223 Rem y.308 Winchester o.308 Win. Según el panorama expuesto, podemos concluir que los conceptos de *arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos*, para el derecho penal, tienen un concepto amplio, por lo tanto, la intensión del legislador respecto al supuesto materia de comentario, es evitar la inestabilidad del sistema de seguridad de los establecimientos penitenciaros y subsecuentemente la paz o tranquilidad social, por ello, en este extremo se advierte intensidad en el nivel penológico.

2.3. El agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado

En el supuesto analizado, además de los verbos poseer y portar, los cuales fueron analizados líneas arriba, se agrega dos verbos, "usar" y "traficar", los mismos que aparecen ligados al equipo de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado. Respecto al verbo "usar", según la RAE, significa: "Hacer servir una cosa para algo", en ese sentido, el agente delictivo,se sirve delequipo de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado por personal del INPE, usándolo para fines ilegales, situación que mantiene reproche penal, inmediato, por cuanto, por la misma propiedad del verbo, se trata de un delito de mera actividad.

Respecto al verbo "traficar", según la RAE, significa: "Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías.". Por lo tanto, el agente delictivo, comercializa con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, por ejemplo, alquila el uso de dichos equipos, obteniendo a cambio sumas dineraria u otras especies.

---

11 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 211-2014 Ica*, Lima: 22 de julio del 2015, f. j. n.° 6.

12 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE SEGURIDAD, ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS DE USO CIVIL, *Resolución de Superintendencia N.° 1328-2017-SUCAMEC: Lineamientos Aplicables para la Autorización de Armas de Fuego de Uso Civil,* Lima: 19 de diciembre del 2017.

2.4. El intento de cometer un ilícito penal usando un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios

En este extremo, se tiene que, producto del uso del teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, se "intentó" cometer un ilícito penal, ante ello, la técnica legislativa es incorrecta, por cuanto resulta innecesario pretender punir expresamente el intento de cometer un ilícito penal, toda vez que, por cláusula remisiva es perfectamente posible recurrir a la tentativa prevista en el art. 16 del CP, es decirnos encontramos en un supuesto de tentativa acaba, la misma que resulta punible. Asimismo, a pesar de lo extravagante de la técnica legislativa, en la medida que opere este supuesto, operaria un concurso real de delitos, concursando, en grado de consumación, el delito de posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (art. 368-D) y el delito respectivo, el mismo que operaría en grado de tentativa.

2.5. Comisión de un ilícito penal usando un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios

El supuesto fáctico aludido, implica queproducto del uso del teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, se "cometió" un delito distinto al tipo penal previsto en el artículo 368-D del CP, por lo tanto, nos encontramos ante un concurso real de delitos, concursando el presente tipo penal con el delito cometido en el cual se utilizó un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, siendo los más comunes y posibles de concursar, los delitos de extorsión, secuestro, homicidio entre otros afines.

2.6. Clase de delito

El delito analizado, respecto a los verbos rectores "poseer" y "portar", vinculados a los primeros supuestos de hecho, en estos extremos, resultar ser un delito de mera actividad, es decir, en la medida que el agente delictivo incurra en los verbos rectores señalados, consuma el tipo penal y subsecuentemente lesiona el bien jurídico tutelado.

Respecto alos supuestos de hecho vinculados a los verbos rectores"usar" y "traficar",el delito analizado, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, entre la conducta desplegada por el autor y la lesión al bien jurídico, existe un baremo "espacio -tiempo".

2.7. Forma de ejecución

El delito mencionado, por la misma naturaleza de sus verbos rectores, esto es, "poseer", "portar", "usar" y "traficar", resulta ser un delito de acción y no así de omisión, por cuanto, se exige que el autor emita un hacer mas no así un dejar de hacer, por otro lado, no se advierte en la redacción típica, expresamente el verbo omitir, para dar por sentado la posibilidad de omisión propia.

Respecto a la ejecución delictual por omisión impropia, considero que no es posible, por la misma naturaleza de los verbos, esto es, formas activas, empero, de darse la posibilidad que el agente especial, sobre quien versa una posición de garante, tenga

conocimiento del escenario delictual y no realiza acciones respectivas, deberá responder por el verbo "permitir", registrado en el art. 368-A del CP, según el caso concreto.

3. Elementos concomitantes

En este apartado se analiza el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva, en los términos narrados anteriormente.

3.1. Bien jurídico

Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto a los delitos previstos en los arts. 368-A, 368-B y 368-C, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege data*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la administración pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser, la correcta administración pública, a pesar que se advierte manifiestamente que el objeto de protección, resulta ser la paz o tranquilidad pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

En el delito materia de análisis, es posible aplicar los supuestos de la imputación objetiva, respecto al supuesto de hecho vinculados a los verbos rectores a los verbos rectores "usar"y "traficar", por cuanto en dichos extremos, el delito analizado resulta ser un delito de resultado, figura delictual compatible tanto con los supuestos de la imputación de la conducta y del resultado. Con relación al supuesto de hecho vinculado a los verbos rectores "poseer" y "portar", no es admisible analizar los criterios de imputación objetiva, por cuanto, se trata de un delito de mera actividad, supuesto delictual carente del criterio espacio-tiempo, el mismo que es necesario en la imputación objetiva.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actué con pleno conocimiento y voluntad para "poseer", "portar", "usar" y "traficar", según cada supuesto de hecho fijado por el legislador. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, tenemos los siguientes momentos

1. Actos preparatorios

Consideramos, en términos semejantes respecto al delito previsto en los arts. 368-A, 368-B y 368-C, la inexistencia de los actos preparatorio en la figura expuesta, por cuanto,

el legislador no doto de contenido penal los mismos, por lo tanto, no son punibles y no tienen relevancia para el derecho penal.

2. Tentativa

La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores "usar"y "traficar", por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizada, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio-tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar al bien jurídico, según el plan concreto del autor.

En ese sentido, la tentativa, será invocada en la medida que el autor, habiendo desplegado un acto delictual, empero no logra concretarlo, por cuanto interviene las autoridades responsables del control del centro penitenciario, de la misma forma, se advierte la presencia del delito tentado, en la medida que el agente delictual habiendo desarrollado todo el escenario delictual, no arriba a su concreción por razones de fuerza mayor.Con relación al supuesto de hecho vinculado a los verbos rectores "poseer" y "portar", no es admisible, por tratarse de un delito de mera actividad, figura delictual carente del baremo "espacio -tiempo", en razón que con la sola conducta se consuma el tipo penal.

3. Consumación

El delito se consuma, según la naturaleza del delito, el cual aparece determinado por los verbos rectores, así tenemos, que respecto a los verbos "poseer", y "portar", el delito se consuma con la sola conducta desplegada por el autor, por cuanto, en este extremo, el tipo penal analizado, resulta ser un delito de mera actividad, es decir, el delito alcanza su nivel consumativo, en la medida que el agente delictual, posee o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, así como, en la medida que posee o porte un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, ambas figuras deberán ser manifiestas en el interior del establecimiento penitenciario o centro de reclusión. Aunado a lo expuesto, por tratarse de un delito de resultado, la consumación aparece evidenciada con la lesión al bien jurídico tutelado, en este caso, correcta administración pública, situación que no opera en las figuras de peligro.

Respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar", por cuanto se trata de un delito de resultado, el delito analizado alcanza su perfeccionamiento, en la medida que el agente delictual desplegué la conducta mediante un hacer, generando una modificación en el mundo real, esto es, en la medida que use o trafique con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado.

4. Agotamiento

La figura agotada, funciona en la medida que el autor haya superado la línea consumativa, determinada por los verbos "poseer", "portar", "usar" y "traficar", es decir, el agente delictual,logró su cometido, esto es, con el arma de fuego o arma blanca, municiones

o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, cometió un delito diferente al delito analizado, en términos similares con la utilización o comercialización emprendida con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, todo ello, según el caso concreto del supuesto de hecho y cada verbo rector.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La autoría y participación en el delito analizado es posible, conforme se analiza a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "poseer", "portar","usar" y "traficar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo, situación que no excluye a las demás formas de intervención delictual, debiéndose recurrir en este extremo a las reglas de la parte general, por cláusula de remisión.

Con relación a la autoría mediata, respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar", resulta ser admisible, por tratarse de un delito de resultado, en el cual admite intervención delictual diversa, por la misma estructura típica, esto es, son verbos rectores no personalísimos, pudiendo el agente delictivo usar y traficar por intermedio de un tercero, quien deberá estar influido mediante error o coacción. Sin embargo, la situación es diferente respecto a los verbos rectores "poseer" y "portar", por cuanto, se tratan de delitos de mera actividad y a la misma vez delitos de propia mano, por la exigencia personalísima del verbo, es decir, el agente delictual, personalmente, posee y porta, resultando impropia la admisión de la autoría mediata en este extremo.

Por otro lado, respecto a la coautoría, es posible de ser invocada, respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar", en la medida que existan pluralidad de agentes delictuales, quienes mantengan acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, dichos presupuestos, deberán estar adecuados, según cada caso concreto; empero, respecto al supuesto de hecho ligado a los verbos rectores "poseer" y "portar", no resulta posible por lo personalísimo de la situación y la naturaleza del verbo, por lo tanto, deberá optarse por el sistema de autorías paralelas, en el caso de existir pluralidad de autores.

2. Formas de participación

La participación delictual, es decir, complicidad primaria y secundaria así como la instigación, son posibles de ser admitidas en el delito materia de comentario, por cuanto, los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor, debiéndose realizar el trato diferenciado, entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, todo ello, según el caso concreto.

Por otro lado, la figura delictiva de la instigación, también es posible, en la medida que éste determine al autor, no existiendo ningún inconveniente, admitir dicha figura en los cuatro verbos rectores antes señalado.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, presenta tres niveles penológicos: por un lado, tenemos el supuesto simple, en la medida que la persona privada de su libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, en este extrema, el supuesto delictivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Por otra parte, se presenta un segundo nivel penologico, en la medida que el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, en dicho extremo, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Finalmente, se advierte un tercer nivel de penal, en el sentido que si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

CAPÍTULO XIII
INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 368-E CP)

El delito de ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios, se encuentra previsto en el art. 368-E del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 368-E

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código. (Incorporado al CP, mediante Ley N.º 29867, del 22 de mayo del 2012)

II. ANTECEDENTES

La figura delictiva, al igual que los delitos previstos en el art. 368-A, 368-B, 368-C y 368-D, fue incorporada al CP mediante la Ley N.° 29867, del 22 de mayo del 2012, sin embargo su incorporación resulta inadecuada, por cuanto, es incompatible, por cuanto, el objeto o intereses protegido en el capítulo analizado, resulta ser la correcta administración pública, empero, el supuesto evidenciado advierte tutelar la paz o seguridad pública, resultando descontextualizada la ubicación del tipo penal aludido en los delitos contra la administración pública. La finalidad legislativa, advierte, un freno al fenómeno criminal gestada en el interior de los establecimientos penitenciarios, por cuanto, el sistema delictual, en muchos casos, inicia o continua en las cárceles, en este caso, se advierte una manifiesta y frontal lesión al funcionamiento del sistema penitenciario por parte del agente delictual, por cuanto, imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal aludido presenta los siguientes supuestos.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos intervinientes en el delito aludido, son los siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito analizado, y en igual términos el delito previsto en el art. 368-A del CP, en un primer momento es un delito común, por cuanto su redacción típica, no advierte cualificación especial respecto al sujeto activo, por lo tanto, sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. En un segundo momento, respecto al supuesto de "permitir" el ingreso de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, el delito asume una categoría especial, por cuanto, el único sujeto autorizado para cometer dicho supuesto, tiene que ser un sujeto cualificado que opera en razón del cargo especial que le dota de cierto poder o capacidad, para permitir o autorizar dichos equipos técnicos, por ejemplo: personal del INPE, director, administrador, etc.

Por otro lado, en la parte final, podemos advertir la existencia cualificada del agente delictivo, esto es, autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público, empero, dichas cualificaciones, operan como circunstancias agravantes específicos, las mismas que intensifican el nivel penológico del tipo penal, mas no así, dotan de cualidad especial del injusto penal.

1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser el Estado, por cuanto, es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta administración pública, dicha afirmación responde a la ubicación del tipo penal, es decir, el Estado, resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública, en términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

De la misma forma, conforme se mencionó líneas arriba, dicha ubicación resulta descontextualizada, por cuanto, la finalidad de la redacción del mismo tipo penal, es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se advierte diversos supuestos, así tenemos:

2.1. *La existencia de un centro de detención o reclusión*

El tipo penal, demanda la existencia de un centro de detención o reclusión, en ese sentido, el sistema penitenciario peruano, su conducción se encuentra determinada por el CEP, aprobado mediante D. Leg. N.º 654[1], y su respectivo reglamento, aprobado mediante D. S. N.º 015-2003-JUS[2], dichos dispositivos legales regulan el funcionamiento de los diversos establecimientos penitenciarios existentes, la clasificación de interno, los regímenes y su respectiva administración, así tenemos, los arts. 11, 11-A, 11-B y 11-C del CEP, de la misma forma los arts. 56, 57, 58, 218 y 223 del Reglamento del CEP, respectivamente[3].

En ese contexto, se entiende por centro de detención o reclusión, a todo lugar en el cual existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados, afectados con una medida de coerción personal, por lo tanto, a estos lugares se le denomina establecimientos penitenciarios.

2.2. *Ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno.*

El verbo "ingresar", según la RAE, significa: "meter algunas cosas [...]", en ese contexto, el tipo penal, exige que el agente delictual ingrese al establecimiento penitenciario arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno. Respecto a la temática vinculada al *arma de fuego*, conforme fue explicado líneas arribas con relación al delito previsto en el art. 368-D del CP, se tiene que de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B[4], estas son clasificadas en: armas para defensa personal, armas para deporte, armas para caza, armas para colección, armas para seguridad, armas de guerra. Asimismo, respecto al concepto de *arma blanca*, ROJAS VARGAS[5] las denomina como: armas propias, entre las cuales se encuentran los instrumentos punzo cortantes y contuso: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.

Por otro lado, con relación al rubro de *municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos,* así como respecto a su idoneidad e irregularidad (incluyendo la temática respecto al arma de fuego, de manera didáctica y referencial), la Corte Suprema,

---

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.° 654: Código de Ejecución Penal*, Lima: 2 de agosto de 1991.
2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *D. Leg. N.° 015-2003-JUS: Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima: 11 de setiembre del 2003.
3 Crf. TORRES GONZÁLES, *Beneficios penitenciarios. Cuestiones prácticas*, ob. cit., pp. 68 y 69.
4 *Vid.* Cap. XII.
5 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 1001.

a través de los f. j. n.os cuarto[6], quinto[7] y sexto[8] de la *Casación N.º 211-2014 Ica* del 22 de julio del 2015, esclarece la situación expuesta.

Por otro lado, la Resolución de Superintendencia N.º 1328-2017-SUCAMEC[9], se aprobó los "Lineamientos aplicables para la autorización de armas de fuego de uso civil", teniendo como finalidad identificar y determinar cuáles son las armas de fuego de uso civil cuyos calibres no colisionen con lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30299, autorizando el ingreso de armas de fuego de uso civil, cuyos calibres sean exclusivamente.223 Remington o.223 Rem y.308 Winchester o.308 Win. Según el panorama expuesto, podemos concluir, conforme fue explicado en el capítulo anterior, los conceptos de *arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos*, para el derecho penal, tienen un concepto amplio, por lo tanto, la intensión del legislador respecto al supuesto materia

---

6 El f. j. n.° 4, señala: En esta línea de análisis, en el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "[...] que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos."; en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

7 El f. j. n.° 5, señala: De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal, propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema ROXIN, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de *tenencia ilegal de armas*, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegítimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado sí poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima".

8 El f. j. n.° 6, señala: Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos, y de ultima ratio; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es, presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-DIRLOG/ PNP del 20 de octubre del 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

9 Publicada en el diario oficial, el 20 de diciembre del 2017

de comentario, es evitar la inestabilidad del sistema de seguridad de los establecimientos penitenciaros y subsecuentemente la paz o tranquilidad social, por ello, en este extremo se advierte intensidad en el nivel penológico.

2.3. Intentar ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno

En este supuesto, el legislador adelanta la barrera de punibilidad, y pune el intento de ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno. En este extremo, el delito analizado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, no se exige que el agente delictual ingrese el arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, sino que el solo intento o posibilidad, perfecciona el injusto penal.

2.4. Permitir el ingreso de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno

Según la RAE, el verbo "permitir", significa: "dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo", en ese contexto, el tipo penal, remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, un persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno.

Por lo tanto, en este extremo y similar situación con el art. 368-A, nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber, por cuanto, únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo, ejemplo, director, administrador, personal policial designado y ubicado en la organización del INPE, autorizado en razón del cargo, quien tendría un deber de salvamento o deber de fidelidad frente a la administración pública.

2.5. Clase de delito

Respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", resulta ser un delito de resultado, por cuanto, el supuesto de hecho, exige que el agente delictivo, supere o penetre las controles de los establecimientos penitenciarios, por lo tanto, se advierte el baremo "espacio–tiempo", propio de los delitos de resultado. Respecto al verbo "intentar", resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto el legislador, por criterio de política crimina, adelanto la barrera de punibilidad, no requiriéndose que el sujeto lesione el bien jurídico, ingresando o permitiendo los artefactos o equipos antes expuestos, sino que por el contrario, el solo intento, consuma el tipo penal.

2.6. Forma de ejecución

Respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", el tipo penal analizado, resulta ser un delito de acción, por la misma propiedad delos verbos, es decir, se trata de

verbos activos propio de un hacer, no siendo posible la omisión propia o impropia, por cuanto, respecto a la omisión propia no existe clausula expresa, y respecto a la omisión impropia no se advierte posición de garante que justifique un deber de salvamento. Respecto al verbo rector "permitir", es posible evidenciar su existencia tanto por acción como por omisión impropia, es decir, habrá acción, en la medida que el sujeto cualificado, autorice mediante un hacer, por ejemplo una orden dictada, el ingreso de los equipos y demás artefactos propios del delito, también dicho delito puede ejecutarse por omisión impropia, por cuanto, el autor, es un sujeto cualificado embestido de poder y titular de deberes funcionales, siendo así, en el supuesto caso que el sujeto cualificado, conociendo del ingreso ilegal de armas de fuego o armas blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, ante ello, no realiza gestión alguna en razón de sus deberes, permitiendo el ingreso de los equipos, entonces se evidencia el supuesto de autoría directa por omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

En este apartado se analiza el bien jurídico, la relación causal e imputación objetiva, en los términos narrados anteriormente.

3.1. Bien jurídico

Conforme fue advertido inicialmente y en términos similares respecto a los arts. 368-A, 368-B, 368-C y 368-D, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege data*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la administración pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser, la correcta administración pública, a pesar que se advierte manifiestamente, que el objeto de protección, resulta ser, la paz o tranquilidad pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

La imputación objetiva y sus respectivos filtros que enervan responsabilidad jurídica penal, por cuanto, exigen componentes propios de un delito de resultado, esto es, imputación de la conducta y del resultado, determinado por los lineamientos de un "ex ante "y "ex post", siendo así, resulta posible aceptar dicha institución jurídica, respecto a los supuestos fácticos vinculados a los verbos "ingresar" y "permitir". Por ejemplo, respecto al verbo "ingresar", es posible invocar la creación de riesgo permitido, en la medida que, el agente delictivo ingrese un arma de blanca (cuchillo), por cuanto, cuenta con la autorización del director del INPE, para trabajos domésticos de la cocina del establecimiento penitenciario.

De la misma forma, es posible admitir el riesgo permitido, respecto al verbo "permitir", en la medida que el personal del INPE, autorice el ingreso de un arma blanca (cuchillo), con la finalidad de renovar los equipos de cocina del establecimiento penitenciario, situación propia del sistema de riesgo permitido. Respecto al verbo rector, "intentar",

no resulta posible invocar los criterios de imputación objetiva, por cuanto, se advierte la presencia de un delito de peligro abstracto, situación ajena al binomio, espacio-temporal propio de los delitos de resultado.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actué con pleno conocimiento y voluntad para ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso de armas de fuego o armas blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, tenemos los siguientes momentos

1. Actos preparatorios

Consideramos la inexistencia de los actos preparatoria en la figura expuesta, por cuanto, el legislador no dotó de contenido penal los mismos, por lo tanto, no son punibles y no tienen relevancia para el derecho penal.

2. Tentativa

La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizada, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio–tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar al bien jurídico, según el plan concreto del autor.

En ese sentido, la tentativa, será invocada en la medida que el autor es descubierto con los instrumentos del delito,(armas de fuego o armas blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno),antes de ingresar al centro de detención o reclusión, dicho descubrimiento será evidenciado, por la misma actividad funcional de dichos centros de reclusión, por los órganos de control, esto es, personal policial asignado al INPE, personal administrativo o quien haga las veces de tal, por lo tanto, si el agente delictual es descubierto con los elementos del delito en el interior del establecimiento penitenciario, entonces estamos ante una figura consumada. Con relación al verbo "intentar", no es posible la tentativa, toda vez que nos encontramos ante una figura delictual de peligro abstracto, situación que no advierte tentativa, por la misma impropiedad de su admisión, en razón que dichas figuras tienen similar configuración que los delitos de mera actividad, esto es, la sola conducta consuman el tipo penal.

3. Consumación

El delito se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado los instrumentos del delito al interior del establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido a los controles respectivos tanto al exterior o interior, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa, por cuanto, en este escenario no existe el delito tentado, por tratarse un delito de peligro. Por ejemplo, el agente delictual, es descubierto en su vivienda o en su vehículo dirigiéndose al establecimiento penitenciario, con los elementos del delito debidamente camuflados en sus pertenencias y adheridos a su cuerpo (arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno), dicho descubrimiento, respecto a las acciones de inteligencia desplegados por personal policial en coordinación con personal fiscal, quienes cuenta con escuchas legales (interceptación de comunicaciones autorizadas por el órgano jurisdiccional), todo ello con la finalidad de desactivar el crimen organizado.

Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito (arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno), esto implica que el agente delictual superó o burló los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario, por ejemplo, el agente delictual, no fue detectado en algunos de las garitas o puestos de vigilancia, ante ello, ingresó al establecimiento penitenciario un chip, siendo descubierto en el interior del citado establecimiento aludido.

Con relación al verbo rector "permitir", el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., que teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos del delito, aún no ingresaron al establecimiento penitencio, centro de detención o reclusión.

4. Agotamiento

La figura agotada, funciona en la medida que el agente delictual haya superado la línea consumativa, determinada por los verbos "ingresar", "permitir" e "intentar", es decir, el agente delictual, entregó al interno los instrumentos del delito (arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno),o en su defecto, dejó los citados elementos, en el interior del establecimiento penitenciario con la finalidad de ser hallados por su destinatario, retirándose del centro de reclusión, superando todos los controles respectivos, por ejemplo, el agente delictual, entregó el chip de equipo de celular al interno o lo dejo en el interior del baño, habiendo sido descubierto por otro interno o por personal de limpieza o por las cámaras de video, siendo, intervenido con posterioridad al hecho, tanto en el interior o fuera del establecimiento penitenciario.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La autoría y participación en el delito analizado es posible, conforme se analiza a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida,en todas sus vertientes, esto es, respecto alos verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, por ejemplo, el agente delictivo que solicita a un tercero para que ingrese al establecimiento penitenciario una mochila conteniendo utensilios a favor de un interno, por cuanto, el solicitante aduce no poder asistir al centro penitenciario por temas laborales, sin embargo, el tercero, desconoce el contenido de la mochila, siendo descubierto, con la mochila, la misma que contiene armas de fuego; en términos similares, en el supuesto de coacción, empero, en este supuesto, el tercero si tiene conocimiento del contenido de la mochila, sin embargo, no tiene opción, por cuanto se encuentra amenazado mediante vis absoluta por el autor mediato, quien amenaza al tercero de privar de la vida a sus padres, quienes se encuentran secuestrados. En el mismo sentido, en la medida que el agente delictual utilice a un menor de edad, tanto en el verbo "ingresar" y "permitir", opera de manera nítida la figura de autoría mediata, por cuanto, el autor mediato, instrumentaliza a un inimputable, dicha figura concurre en la circunstancia agravante del tipo penal analizado.

En sentido contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido, se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por lo intransferible del deber especial. En términos similares, la autoría mediata, respecto al verbo "intentar", no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[10], no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa. Por otro lado, respecto a la coautoría, con relación al verbo "ingresar", resulta posible, en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan al establecimiento penitenciario, una pistola, la misma que ha sido desarticulada en diversos accesorios, por ejemplo, el primero ingresa el tambor, el segundo la cacerina y el tercero las municiones.

Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial. Finalmente, respecto al verbo "intentar", tampoco sería posible admitir la

10 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 1029 y ss.

coautoría, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de peligro abstracto, por lo tanto, se deberá optar, por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados.

2. Formas de participación

La participación delictual, es decir, complicidad primaria y secundaria e instigación, son posibles de ser admitidas en el delito materia de comentario, por cuanto, los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor, debiéndose realizar el trato diferenciado, entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, todo ello, según el caso concreto. En ese sentido, respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", es posible que los cómplices, realicen actos de contribución a favor del plan concreto del autor, esto es, por ejemplo agenciar de un equipo celular o accesorios a favor del autor. De la misma forma, es posible admitir la complicidad, respecto al verbo "permitir", por cuanto, si bien es un delito especial e infracción de deber, empero, conforme señala la parte final del art. 25 del CP, el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116[11] y la ejecutoria suprema, del 15 de mayo del 2002, en el Exp. N.° 293-2002-Lima[12], para citar algunos pronunciamientos respecto a la responsabilidad del extraño en delitos especiales.

Por otro lado, la figura delictiva de la instigación, también es posible, en la medida que éste determine al autor, no existiendo ningún inconveniente, admitir dicha figura en los tres verbos rectores.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, presenta dos niveles de pena, por un lado, tenemos el supuesto simple, en ese sentido que el agente delictivo, ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, siendo castigo con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Por otro lado, la forma agravada, en el sentido que el autor, se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, en dicho extremo la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al art. 36, incs. 1 y 2, del presente código.

---

11 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116*, Lima: 17 de octubre 2017, f. j. n.° 12.

12 Esta ejecutoria establece lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son incomunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable, por lo tanto, el principio de accesoriedad". *Vid.* FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal y constitucional*, ob. cit., p. 43.

CAPÍTULO XIV
VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 369 CP)

El delito de violencia contra autoridades elegidas, se encuentra previsto en el art. 369 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 369**
> El que, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
> Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8 (Artículo modificado por Ley N.º 29519, del 16 de abril del 2010).

II. ANTECEDENTES

El tipo penal analizado tiene como antecedente al art. 323 del CP de 1924; considerando el esquema constitucional de la época, es decir el sistema bicameral, dicha figura delictiva, penetro el CP de 1991, registrando el siguiente tenor:

> El que impide a los senadores o diputados o a los miembros de las asambleas regionales o a los alcaldes o regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incs. 1 y 2.

En ese sentido, conforme se advierte, la figura típica señalada contenía un escenario anacrónico con relación al modelo legislativo vigente desde el año 1993, por cuanto regulaba como elemento normativo, la existencia de senadores o diputados, situación inexistente en la Carta Magna de 1993, toda vez que el sistema legislativo resulta ser unicameral, conforme se advierte en el art. 90, al establecer lo siguiente: "El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única [...]".

Ante dicha situación, mediante Ley N.º 29519, del 16 de abril del 2010, el artículo aludido fue modificado, suprimiéndose los elementos normativos de "senadores o diputados", siendo reemplazados por "autoridad elegida".

III. TIPO OBJETIVO

El delito analizado, a nivel del tipo objetivo, presenta diversos elementos, conforme se advierte a continuación:

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro aparecen los sujetos intervinientes en el injusto penal, fundamentalmente, el centro de imputación radica en el *extraneus*, es decir, un particular carente de relación especial o deber de salvamento con la Administración pública. Asimismo, se analizará al sujeto pasivo, criterio necesario y concurrente en la temática, según el orden detallado a continuación.

1.1. Sujeto activo

El delito de violencia contra autoridades elegidas resulta ser un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del delito mencionado, por cuanto, la estructura típica no exige una cualidad especial en el autor, tampoco se advierte institución especial que vincule al autor.

Asimismo, en la parte final del articulado, se advierte la calidad de funcionario o servidor público, en ese sentido, se advierte una circunstancia agravante, conllevando la pena de inhabilitación funcional respectiva.

1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", toda vez que, por técnica de representación de intereses, la titularidad de la administración pública pertenece al Estado, ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual, el Estado, resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Por otro lado, el "sujeto sobre el cual recae la acción típica" resulta ser la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, por cuanto, sobre dichas personas recae el accionar lesivo desplegado por el agente delictual.

2. Elementos referentes a la conducta

La técnica legislativa del delito aludido presenta diversos presupuestos, elementos descriptivos y normativos, conforme se explicará en los términos siguientes.

2.1. Violencia

El tipo penal exige que el agente delictivo ejerza violencia contra la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, de esta manera,

respecto al análisis del art. 365 del CP existen diversas clases de violencia. Así tenemos, en términos de MOLINA ARRUBLA: *i) violencia personal,* cuando recae directamente sobre las personas; *ii) violencia real,* cuando se ejerce sobre las cosas; y *iii) violencia impropia,* en la cual no obra fuerza física, sino la utilización de otros medios a través de los cuales finalmente se logra doblegar la voluntad del individuo, por ejemplo, cuando se le administra algún narcótico con lo cual se priva de sus sentidos a la víctima[1].

ROJAS VARGAS, precisa: "violencia es el empleo de la fuerza o energía física sobre las personas especiales señaladas en el tipo legal para el logro de los resultados en la figura penal, tratándose por lo tanto de una violencia instrumental. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando esta es usada como medio para dificultar o imposibilitar al sujeto público el ejercicio de sus funciones"[2].

Por lo tanto, el tipo penal aparece perfeccionado en la medida que opere cualquier clase de violencia impuesta por el agente delictivo contra la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, por cuanto, la técnica legislativa no hace discriminación alguna. Por otro lado, es necesario precisar, que no todo tipo de violencia deviene en pertinente para consumar el supuesto de hecho analizado, por lo tanto, la violencia tiene que ser *idónea*, es decir, a nivel de *vis absoluta*, generando en la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, la imposibilidad de juramentar, asumir o ejercer sus funciones.

Siendo así, el término *vis absoluta* aparece entendido como fuerza irresistible empleada contra la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal. Así tenemos el pronunciamiento jurisprudencial: "La violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiera o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podía hacer, que siendo así, el intercambio de palabras entre los procesados y los efectivos policiales, que llegó a un faltamiento de respeto a estos últimos, hecho de por si censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza"[3]. En términos similares: "[...] la violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un funcionario para que se abstenga de realizar sus funciones [...]."[4]

2.2. Amenaza

SALINAS SICCHA, respecto a la amenaza, indica: "[...] consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo funcionario o servidor público, cuya finalidad es intimidarlo para que deje de cumplir sus funciones. También puede obligarlo a realizar determinados actos o estorbarlo en el ejercicio de sus funciones normales. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo"[5]. Asimismo, la

1 MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 86.
2 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 976.
3 PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES, *Expediente N.º 137-98*, Lima: 18 de marzo de 1998.
4 Ejecutoria Suprema, expedida en el Expediente N.º 8891-97- Lima, citado por SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Lima: Jurista, pp 24 y ss.
5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª. ed., ob. cit. p. 109.

amenaza opera tal cual que la violencia, es decir, pretende que la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal no juramente, no asuma o no ejerza sus funciones; de la misma forma, la amenaza, tiene que ser *idónea*, esto es, suficiente, según el caso concreto, para lesionar el cumplimiento funcional.

Finalmente, GRISPIGNI advierte la existencia de una "amenaza psíquica", señalando: "Como es sabido, el constreñimiento físico, más que una forma de influencia sobre la voluntad, es la anulación de la voluntad, en el sentido de que en el sujeto pasivo non agit sed agitur, el acto no es suyo sino de quien se sirve de él como instrumento. En el constreñimiento psíquico, en cambio, el sujeto pasivo toma una decisión: se determina a actuar luego de una escogencia; sin embargo, entre los motivos de la determinación esta precisamente la representación del peligro del mal amenazado"[6]. Ante ello, considero, que es perfectamente, posible la admisión de la amenaza psíquica en el delito analizado, en la medida que aparezca el presupuesto afín.

2.3. El impedir

Según la RAE, "impedir" significa: "estorbar o imposibilitar la ejecución de algo", esto nos lleva a postular que el sujeto activo tiene como finalidad impedir que la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramente, asuma el cargo o ejerza sus funciones. Siendo así, el delito presenta un verbo activo y no omisivo, es decir, el agente delictivo tiene que desplegar una conducta obstruccionista. De la misma forma, el verbo "impedir" genera una comisión instantánea, es decir, el delito aludido en este extremo, resulta ser de comisión inmediata, siendo suficiente para la fase consumativa que el sujeto sobre quien recae la acción, no juramente o no asuma el cargo o no ejerza sus funciones.

2.4. Proceso electoral general

El supuesto aludido responde a una técnica legislativa abierta: *numerus apertus*; por lo tanto, se deberá recurrir a las leyes especiales a efecto de dotar de finalidad y contenido al tipo penal. Siendo así, la Ley N.° 26859: Ley Orgánica de Elecciones delimita en gran manera los diversos supuestos invocados por el tipo penal analizado. En ese sentido, conforme indica el art. 1 de la Ley N.° 26859: "El Sistema Electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los que actúan con autonomía y mantienen entre sí relación de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones".

De la misma forma, la ley aludida[7] indica que el Sistema Electoral Nacional regula determinado tipos de procesos electorales, los cuales son: a) elecciones presidenciales[8],

6 Grispigni, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, p. 40, citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 252.
7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.° 26859: Ley Orgánica de Elecciones*, Lima: 29 de setiembre del 1997.
8 Incluye los procesos para elegir al presidente y vicepresidentes de la República

b) elecciones parlamentarias[9], c) elecciones de jueces según la Constitución[10], d) referéndum y revocatoria de autoridades[11].

Según el panorama expuesto, se puede afirmar que el agente delictual despliega la conducta lesiva mediante violencia o amenaza, con la finalidad de impedir que la autoridad elegida, producto del desarrollo de cualquiera de los procesos electorales antes mencionados, no pueda juramentar, tampoco asuma el cargo ganado o no ejerza sus funciones propias del cargo público.

2.5. Proceso parlamentario

Respecto al proceso parlamentario, podemos incluir diversos procesos electorales, propios del nivel funcionarial que exige dicho proceso. Así tenemos, por ejemplo, las elecciones del presidente y vicepresidentes de la República y los congresistas, conforme señala los arts. 17, 20 y 21de la Ley N.º 26859. Según el contexto expuesto, el tipo penal analizado alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictual impida que la autoridad elegida, según las reglas de los procesos electorales establecidos, no pueda juramentar, de la misma forma, no pueda asumir el cargo ganado o ejerza sus funciones.

2.6. Proceso regional

Los procesos electorales regionales aparecen determinados por la Ley N.º 27683: Ley de Elecciones Regionales, y sus respectivas modificatorias registradas en las Leyes N.º 29470 y 30688. En ese sentido, el art. 3 de la citada ley indica quienes son los miembros de los gobiernos regionales, así tenemos: "Las autoridades de los gobiernos regionales objeto de elección son. a. El presidente y el vicepresidente. b. Los miembros del Consejo Regional que se denominarán consejeros. Asimismo, el art. 5 de la Ley N.º 29740 refiere que las autores regionales surgen producto del sufragio electoral, conforme se indica: "El presidente y el vicepresidente del gobierno regional son elegidos conjuntamente por sufragio directo para un período de cuatro (4) años [...]".

De manera complementaria, el art. 17 de la Ley N.º 30688[12] habilita y delimita el proceso electoral, a nivel regional o departamental, aunque dicha participación exige que las organizaciones políticas de alcance regional o departamental deben encontrarse inscritas en el Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones. Siendo así, el delito analizado alcanza su consumación en la medida que el agente delictual impida que la autoridad regional elegida no pueda juramentar o de la misma forma, no pueda asumir el cargo ganado o ejerza sus funciones.

---

9 Comprende la elección de los congresistas de la República.

10 Comprende la elección de los jueces de conformidad con la Constitución, es decir, el art. 152 de la Carta Magna, en la que se hace referencia a los jueces de paz, los cuales provienen de elección popular.

11 Para convalidar o rechazar determinados actos de gobierno, a través del proceso de consulta popular.

12 Congreso de la República, *Ley N.° 30688: Ley que modifica la Ley N.° 28094, Ley de Organizaciones Políticas, y la Ley N.° 26864, Ley de Elecciones Municipales, para Promover Organizaciones Políticas de Carácter Permanente*, Lima: 17 de noviembre del 2017.

2.7. Proceso municipal

Los procesos municipales tienen leyes especiales que regulan el procedimiento electoral y su respectiva habilitación. En ese sentido, el art. 1 de la Ley N.° 26864 señala que "En las elecciones municipales se eligen alcaldes y regidores de los concejos municipales provinciales y distritales en toda la república". Por otro lado, la ley señalada fue modificada por la Ley N.° 27734, agregando determinadas indicaciones; entre ellas, tenemos la Sexta Disposición Complementaria, en la cual se señalan las prohibiciones al alcalde y regidor que postule a una reelección. Por lo tanto, el delito materia de comentario, alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual impida que la autoridad municipal elegida (alcalde y regidores) no pueda juramentar, asimismo, no pueda asumir el cargo ganado o ejerza sus funciones.

2.8. Clase de delito

El delito de violencia contra autoridades elegidas es un delito de mera actividad, tanto en los supuestos de "violencia" o "amenaza". Subsecuentemente, el solo "impedimento" tiene que ser *idóneo y suficiente*, desplegado por el agente delictual con la finalidad que la autoridad elegida mediante un proceso electoral (presidente y viceministros de la República, congresistas, presidentes y concejeros regionales y alcaldes y regidores municipales) consuma el tipo penal, por cuanto, dichas autoridades elegidas no pueden juramentar, asumir el cargo ganado o ejercer sus funciones. Es necesario precisar que, en los supuestos en los cuales el "impedimento" no tenga la connotación de ser *idóneo y suficiente* —por carecer del supuesto de *vis absoluta*, propio de la violencia o amenaza previsto en el supuesto fáctico— el hecho no tendrá contenido penal, y subsecuentemente, tampoco se podría hablar de delito tentado, por cuanto el impedimento tiene que ser determinante. En ese sentido, la conducta delictual analizada no solo configura el injusto penal, sino que también lesiona el bien jurídico, en este caso, administración pública.

2.9. Forma de ejecución

La redacción típica evidencia que el delito de violencia contra autoridades elegidas resulta ser un delito de acción, es decir, demanda que el agente delictivo desplegué un accionar, por lo tanto, no es posible la forma omisiva propia, por cuanto es imposible, toda vez que dicha figura tiene que ser expresa, situación que no opera en el delito materia de comentario. Por otro lado, se advierte la posibilidad de admitir la figura delictual mediante omisión impropia, toda vez que, en la parte final del tipo penal aludido, se advierte una condición especial sobre el agente delictivo, es decir, tiene un deber de salvamento frente al bien jurídico.

3. Elementos concomitantes

En este rubro se analiza la identificación del bien jurídico, la relación casual y la imputación objetiva, según se advierte en las siguientes líneas.

3.1. Bien jurídico

Conforme aparece registrado líneas arriba, el bien jurídico genérico resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, cuyo titular resulta es el Estado, el cual es entendido como un ente político y socialmente organizado; sin embargo, se advierte la presencia de un bien jurídico específico, el mismo que aparece vinculado a la determinación o libertad de funcionario o servidor público, elegido mediante el respectivo proceso electoral, por cuanto, dichas personas específicamente ejercen la representación de los intereses del Estado.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Por la misma naturaleza técnica del delito, esto es, delito de mera actividad, no resultaría posible identificar concurrentemente los criterios de relación causal e imputación objetiva, por cuanto no existe el criterio "espacio–tiempo", resultando impropio la identificación de los supuestos aludidos.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito mencionado es de naturaleza dolosa, esto en base a la misma redacción típica, es decir, el dolo es inferido y expresoa. En ese sentido, la figura delictual solo puede darse por dolo directo, esto es, el agente delictual, en términos naturalístico, deberá actuar con conocimiento y voluntad.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictivo aparece determinado por la fase externa, conforme se detalla a continuación.

1. Actos preparatorios

No es posible la admisión de los actos preparatorios en el delito citado, por cuanto, estos tienen que ser expresos a nivel de punibilidad, situación que no existe por ausencia de mandato legal, respecto al delito aludido.

2. Tentativa

El delito analizado tampoco admite la tentativa, toda vez que, conforme aparece señalado líneas arriba, el verbo rector "impedir", tiene una connotación instantánea y activa, por lo tanto, no es posible la tentativa por la ausencia del baremo "espacio-tiempo".

En términos similares, Carlos CREUS[13], al analizar los presupuestos del art. 365 del CP, (tipo penal que tiene connotación símil con el delito de violencia contra autoridades elegidas), niega la tentativa en el delito aludido, expandiendo dicha imposibilidad tanto

13 CREUS, "Delitos contra la administración pública", p. 25, citado por FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 172.

para el supuesto de violencia, como el de amenaza. En términos opuestos, SALINAS SICCHA señala que es posible la tentativa, por cuanto es un delito de resultado, por ejemplo: "Estaremos en este supuesto cuando el agente dolosamente y con la firme intención se frustre el debate de un tema determinado, corta la luz eléctrica donde se realiza el Pleno del Congreso, sin embargo, no logra su finalidad debido a que el Pleno continua con el desarrollo de su debate al repararse de forma inmediata del corte"[14].

Discrepamos del postulado desarrollado por el autor aludido, por cuanto el impedimento de las funciones del plenario congresal aparece evidenciado en el corto plazo que no existió fluido eléctrico; en ese sentido, no se puede realizar distinciones donde el tipo penal no lo hace, es decir, el delito no exige que el impedimento conlleve a la no culminación de la actividad funcional —en este caso, la culminación del plenario congresal—, por el contrario, lo que exige la figura delictual es el impedimento de la función, situación que opera inmediatamente cuando cesó el fluido eléctrico, instante en el cual se evidencia la lesión al bien jurídico tutelado, siendo irrelevante para la consumación si el fluido eléctrico fue restaurado, por lo tanto, la restauración del fluido eléctrico, evidencia la *idoneidad y suficiencia del impedimento,* toda vez que con ello se estaría evidenciando el corte o continuidad del desarrollo del pleno congresal.

3. Consumación

La consumación aparece con la identificación del verbo rector (impedir). Conforme aparece asumido por el autor líneas arriba, se trataría de un delito de consumación instantánea, por lo tanto, la consumación deviene en inmediata por la propiedad semántica del verbo rector activo, remitiéndome a la explicación registrada anteriormente.

4. Agotamiento

El agotamiento del delito comentado aparece evidenciado según los actos posteriores del verbo rector "impedir", es decir, en la medida que el autor después de haber logrado su cometido eficazmente, genera retraso o zozobra en el proceso electoral o perjuicio en la administración pública, por cuanto no se operativiza la actividad pública en el tiempo y momento oportuno, generando retraso en las actividades públicas.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Las formas de intervención delictual es un tema que no puede pasar por alto a la temática, conforme se analizara en los términos siguientes.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto el delito analizado es un tipo penal de acción, el mismo que demanda la presencia fáctica del agente delictual en el escenario delictivo.

14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública.* 4.ª ed., ob. cit., pp. 177 y 178.

Con relación a la autoría mediata, considero que no es posible aceptarla, por la misma naturaleza del delito, esto es, no es admisible la autoría mediata en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad[15] por lo personalísimo del escenario delictivo, tanto en su forma simple o agravada. En el supuesto caso que se advierta la presencia de un instrumento operando bajo escenario de error o coacción —presupuesto de la autoría mediata—, el problema se deberá solucionar a través de la figura de error de tipo y ausencia de dolo, respectivamente. Respecto a la coautoría, tampoco deviene en admisible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad, siendo así, se deberá optar —en el caso de pluralidad de intervinientes—, por autorías paralelas o directas.

2. Formas de participación

El escenario expuesto no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual en el delito analizado, es decir, es perfectamente posible admitir complicidad primaria y secundaria en el delito mencionado, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado. En ese sentido, las formas de ampliación del tipo penal en el delito analizado, son posible, por cuanto, en el extremo simple, se trata de un delito común, el mismo que no restringe —técnicamente— tanto el radio de acción de los autores, así como la intervención de los partícipes. De la misma forma, en el extremo de la forma cualificada, tampoco existe problema alguno para aceptar la complicidad e instigación, toda vez que ambos sujetos de distinta condición (*intraneus* y *extraneus*) aparecen ligados por el injusto penal y no así por la condición especial o formal del sujeto activo.

VII. PENALIDAD

El delito analizado presenta dos niveles penológicos: por un lado, en el supuesto simple, el delito es penado con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; por otra parte, respecto al sujeto cualificado, funcionario o servidor público, se agrega la pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme al art. 36, incs. 1, 2 y 8 del CP.

15 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* pp. 1029 y ss.

CAPÍTULO XV
ATENTADO CONTRA LA CONSERVACIÓN E IDENTIDAD DEL OBJETO

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 370 CP)

El delito de atentado contra la conservación e identidad del objeto, se encuentra previsto en el art. 370 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 370
El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

II. ANTECEDENTES

El antecedente más cercano del delito mencionado aparece en el art. 325 del CP de 1924, dicho cuerpo normativo señalaba la siguiente regulación típica: "El que destruye o arrancare envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto será reprimido con multa de la renta de tres a treinta días".

III. TIPO OBJETIVO

La figura delictual analizada, a nivel del tipo objetivo, presenta los siguientes componentes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos intervinientes en el escenario delictual, tenemos los siguientes:

1.1. Sujeto activo

El delito mencionado resulta ser un delito común, por cuanto la redacción, respecto al agente delictual, aparece determinada por el pronombre impersonal "el que" y además,

no se advierte fuente generadora del deber o institución especial que cualifique el sujeto, por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede ser sujeto activo.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el delito analizado, resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El legislador consignó diversos presupuestos, elementos descriptivos y verbos rectores que determinan el supuesto de hecho, conforme se explicará en los términos siguientes.

2.1. Destruir envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto

La RAE, indica que el verbo "destruir", significa: "*Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño*". En ese sentido, el agente delictual impregna una fuerza física destructora sobre envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto de interés funcionarial, mermando, destrozando o inhabilitando su contenido o esencia. En términos similares, SALINAS SICCHA indica: "Destruir es tornar inservible el distintivo, inhabilitarlo, de modo total para el fin que cumplía. Es arruinar, destrozar, sellos o marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización"[1].

Con fines ilustrativos, por ejemplo, el agente delictual rompe el sobre manila debidamente lacrado con sellos, los cuales contienen las fechas y nombre del personal policial interviniente en un proceso de flagrancia delictual, dicha envoltura contiene en su interior el arma de fuego utilizada en el escenario criminal.

2.2. Arrancar envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto

De conformidad con la RAE, el verbo "arrancar" significa: "Sacar de raíz. Sacar con violencia algo del lugar a que está adherido o sujeto, o de que forma parte". Por lo tanto, el agente delictivo retira de cualquier modo el distintivo oficial, es decir, los sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto de interés funcionarial. En términos similares, ROJAS VARGAS indica: "arrancar es sacar, quitar el distintivo del objeto, de modo tal que este pierda su característica de identificación o

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit. p. 180.

conservación oficial"[2]. Así tenemos, por ejemplo, al agente delictual que arranca los papelotes impresos en las puertas de un local comercial que viene funcionando sin licencia, dichos papelotes, contienen los sellos impresos por funcionarios de una determinada municipalidad provincial, quienes ejecutan la orden de clausura de dicho local.

2.3. *De las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto*

Los distintivos registrados en el tipo penal resultan ser de diversa forma, esto es: envolturas, sellos o marcas. Por lo tanto, "envoltura" significa: "Capa exterior que cubre natural o artificialmente una cosa". Respecto al término "sello", se entiende como tal al "trozo pequeño de papel, con timbre oficial de figuras o signos grabados, que se pega a ciertos documentos para darles valor y eficacia". Con relación al término "marca", significa "señal que se hace o se pone en alguien o algo, para distinguirlos, o para denotar calidad o pertenencia".

Los instrumentos señalados, esto es: "envoltura", "sello" y "marca", aparecen revestidos por la función pública, es decir, tienen que haber sido emitidos o registrados por funcionario o servidor público, quien opera en razón del cargo público. Por lo tanto, dichos distintivos están dotados de la función pública, caso contrario, por ejemplo, si se deteriora un sello, marca o envoltura de naturaleza privada, entonces no existe delito, pues nos encontramos ante un supuesto de atipicidad absoluta.

Bajo el panorama expuesto, se advierte que la "envoltura", "sello" y "marca", puede ser impreso en diversos instrumentos, esto es, bienes muebles, inmuebles, animales, etc., resultando oportuna y correcta la afirmación de SALINAS SICCHA, cuando indica que: "el objeto en el cual se coloca las envolturas, sellos o marcas puede ser mueble o inmueble, mercancía, cuerpos del delito, locales comerciales, objetos requisados o comisados, objetos embargados por medio de secuestro, documentos, libros, animales, etc"[3].

2.4. *Clase de delito*

El delito materia de análisis resulta ser un delito de resultado, por cuanto, por la misma naturaleza de los verbos rectores y los elementos descriptivos que regulan el supuesto de hecho, aparecen determinados por el baremo "espacio–tiempo", por lo tanto, es posible la admisión del delito tentado. El delito citado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual destruye o arranca las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad, todo ello, en la medida que se busque o se tenga como finalidad evitar o enervar la conserva o identificación de un objeto propio de la función pública.

2.5. *Forma de ejecución*

El delito de atentado contra la conservación e identidad de objeto resulta ser un delito de acción, es decir, demanda que el agente delictivo despliegué un accionar, por

2 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 759.
3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit. p. 181.

cuanto los verbos rectores: "destruir" y "arrancar" resultan ser verbos activos. Subsecuentemente, no puede consumarse el delito mediante forma omisiva, es decir, no es posible la forma "omisiva propia", toda vez que dicha figura tiene que ser expresa, situación que no opera en el delito materia de comentario. Por otro lado, y en términos similares que el supuesto analizado líneas arriba, tampoco se advierte la posibilidad de admitir la figura delictual mediante omisión impropia, por cuanto, la estructura típica no contiene un deber de salvamento en el autor frente al bien jurídico.

3. Elementos concomitantes

El bien jurídico, la relación casual e imputación objetiva, serán analizados en este rubro, según se advierte en las siguientes líneas.

3.1. Bien jurídico

El objeto de protección genérica resulta ser la correcta administración pública, protegiéndose, específicamente, la eficacia de los actos funcionales de la administración pública,con la finalidad de resguardar la inviolabilidad de los objetos, los cuales aparecen amparados por una certificación oficial[4].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Por cuanto el tipo penal analizado es un delito de resultado, marcado por el baremo "espacio- tiempo", resulta posible admitir la categoría de imputación objetiva, tanto en la conducta como en el resultado, es decir, en los filtros que enervan la responsabilidad: riesgo permitido, principio de confianza, etc., según el caso concreto. Por ejemplo, no existirá responsabilidad penal en la medida que el imputado arranca la envoltura en la cual aparece impreso un sello oficial del área de mesa de partes de la dependencia policial, por cuanto dicho sello impreso no corresponde al exigido por la diligencia, toda vez que, lo correcto correspondería al sello del efectivo policial responsable de la diligencia, por lo tanto, nos encontramos ante un escenario de riesgo permitido.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado es un delito de comisión dolosa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa y el dolo es inferido, siendo así que en el tipo penal no se advierte la modalidad culposa expresa. De esta manera, el agente delictual actúa con pleno conocimiento y voluntad para destruir o arrancar los distintivos oficiales, mermando la conservación o identificación del objeto materia de protección por autoridad funcionarial.

4 Cfr. FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 329.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictivo aparece determinado por la fase externa, conforme se detalla a continuación.

1. Actos preparatorios

No es posible la admisión de los actos preparatorios, por cuanto, tienen que ser expresos a nivel de punibilidad, situación que no existe por ausencia de mandato legal, respecto al delito aludido.

2. Tentativa

Es perfectamente posible la admisión de la tentativa, por cuanto, el delito analizado, según la conducta, resulta ser un delito de resultado. Por ejemplo, el agente delictual tiene en su poder la envoltura que contiene el objeto materia de protección y con la finalidad de destruir los sellos impresos, arroja una sustancia liquida (agua) sobre los citados sellos con el efecto de desvanecer los datos consignados; empero, la envoltura es recuperada por terceras personas, quienes ponen a buen recaudo la envoltura, subsistiendo los datos de los sellos impresos.

3. Consumación

El delito analizado aparece perfeccionado en la medida que el agente delictual logra destruir o arrancar las envolturas, sellos o marcas, impresos por la autoridad, para conservar o identificar el objeto materia de custodia. Por ejemplo, el autor que logra romper la envoltura que contiene los sellos impresos por los funcionarios, con los cuales se encuentra debidamente lacrado y protegido el objeto incautado por personal fiscal.

4. Agotamiento

La forma agotada del delito aparece cuando el agente delictivo, después de haber logrado su cometido —esto es, destruir o arrancarlas envolturas, sellos o marcas, impresos por la autoridad para conservar o identificar el objeto materia de custodia—, cuestiona la mismisidad del objeto incautado, pretendiendo excluirlo de la investigación fiscal, resultando beneficiado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Las formas de intervención delictual es un tema que no puede pasar por alto a la temática, conforme se analizará en los términos siguientes.

1. Formas de autoría

Con relación a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto el delito analizado es un tipo penal de acción, el mismo que demanda la presencia fáctica del agente delictual en el escenario delictivo.

Con relación a la autoría mediata, considero que es posible aceptarla, en la medida que el instrumento opera bajo el escenario de error o coacción impuesto por el autor mediato. Por ejemplo, el autor mediato, a través de la figura de error, indica al tercero que el envoltorio que contiene el objeto de protección y los respectivos sellos impresos por la autoridad fiscal y policial interviniente, no tiene validez, por lo tanto le sugiere romperlo y echarlo a la basura, situación que opera tal cual.

Respecto a la coautoría, también es admisible, en la medida que los intervinientes cumplan con los presupuestos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional del hecho, según cada caso concreto.

2. Formas de participación

El delito analizado no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado.

VII. PENALIDAD

El delito de atentado contra la conservación e identidad de objeto será reprimido con pena privativa de libertad, no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario, de veinte a treinta jornadas.

CAPÍTULO XVI
NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 371 CP)

El delito de negativa a colaborar con la administración de justicia se encuentra previsto en el art. 371 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 371**
> El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.
> El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

II. ANTECEDENTES

El CP de 1924 regula el antecedente más cercano a la figura delictiva expuesta, así tenemos, el art. 326 del citado cuerpo legal, el cual establece: "El testigo, perito, traductor o interprete que legalmente requerido por la autoridad se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración, informe o servicios respectivos, será reprimido con prisión no mayor de 3 meses o multa de la renta de 3 a 30 días". Conforme se puede advertir, existe similitud con la actual figura delictiva, por cuanto regula similares elementos descriptivos, conforme se analizará en el transcurso de los diversos apartados que a continuación se exponen.

III. TIPO OBJETIVO

El delito denegativa a colaborar con la administración de justicia presenta los siguientes elementos, que integran el aspecto objetivo.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, se advierte la presencia del sujeto activo y pasivo, cuyo contenido será expuesto a continuación.

1.1. Sujeto activo

Esta figura delictiva resulta ser un delito cualificado, es decir, especial propio, por cuanto el radio de autores —por mandato del legislador— se encuentra restringido a determinados autores, esto es: testigo, perito, traductor o intérprete.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El delito analizado presenta diversos supuestos, conforme se analizará a continuación.

2.1. El testigo legalmente requerido

Según la RAE, "testigo" resulta ser una "persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo". En términos similares, RODRÍGUEZ indica: "Es la persona llamada a referir su declaración sobre todo lo que ha visto, oído o palpado, en fin, de todo aquello que ha llegado a él por medio de los sentidos, de un hecho pasado presumible punible y objeto de averiguación".[1]

Existen diversas clases de testigos, conforme lo indica SÁNCHEZ VELARDE[2], así tenemos:

i) *Testigos directos o presenciales.* Son aquellos que tienen una percepción directa sobre el delito y se manifiesta a través de la vista principalmente, o de los demás sentidos.

ii) *Testigos indirectos o de referencia.* Son conocidos como testigos de oídas, son aquellos que expresan conocimiento del hecho por datos suministrados por otras personas o informaciones captadas de medios de comunicación social, de los comentarios de la gente, de la películas, etc.

iii) *Testigos de conducta.* Son aquellos que acuden ante la autoridad judicial, generalmente ha pedido del imputado, a fin de aportar elementos de juicio sobre la honorabilidad o buena conducta del imputado.

1 RODRIGUEZ, O., "*El testimonio y sus problemas*", p. 3, citado por SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: IDEMSA, 2009, p. 250.

2 SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., pp. 252 y 253.

iv) *Testigos instrumentales.* Son aquellos que acuden al despacho judicial para dar fe de algún documento, contenido del mismo o de la firma que allí aparece.

El sistema procesal vigente agrega otra clase de testigos, así tenemos los siguientes:

i) *Testigos con el estatus de altos dignatarios.* Son personas que, socialmente, ostentan determinados cargos de nivel alto. El art. 167 del nuevo CPP precisa la clase de cargos y personas, siendo: "El presidente de la República, presidente del Consejo de Ministros, congresistas, ministros de estado, magistrados del Tribunal Constitucional, vocales de la Corte Suprema, fiscal de la Nación, fiscales supremos, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Supremo de Justicia Militar, comandantes generales de los institutos armados, director general de la Policía Nacional, presidente del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, contralor general de la República, presidentes de la regiones, cardenales, arzobispos, obispos, o autoridades superiores de otros cultos religiosos, y demás personas que la ley señale [...]".

ii) *Testigos con el estatus de miembros del cuerpo diplomático.* Son personas que pertenecen al grupo diplomático o consular, es decir, personas designadas para representar a determinados Estados en funciones específicas, por ejemplo, embajadores, cónsules. El art. 168 del nuevo CPP hace referencia al cuerpo diplomático o consular acreditado en el Perú.

Respecto al requerimiento legal al testigo, el sistema procesal vigente señala las reglas; así tenemos que el inc. 1 del art. 163 del nuevo CPP indica: "Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan". De la misma manera, los arts. 118 y 378 del mismo cuerpo legal, imponen al testigo el deber de declarar conforme a la verdad, bajo el apercibimiento de asumir la comisión del delito contra la administración de justicia, es decir, el delito de falsedad en juicio ilícito, previsto en el art. 409 del CP.

Por otro lado, lo testigos, están exentos de la obligación impuesta en los artículos señalados líneas arriba, en la medida que aparezcan vinculados a las causales previstas en el art. 165 del nuevo CPP, es decir, el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él, los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial, los vinculados por el secreto profesional (salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial), los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado.

2.2. El perito legalmente requerido

La RAE define al *perito* como "experto o entendido en algo". En términos similares, PABÓN PARRA indica: "[...] el perito es un sujeto a quien se exige una especial calificación —experto en determinada, técnica o arte—, la simple designación exige la mencionada calificación especializada; adicionalmente el ejercicio del encargo requiere

de primera mano la acreditación de la idoneidad del perito como condiciones específicas para que pueda ser escuchado en la audiencia y, finalmente, para que sus informes puedan adquirir valor probatorio"[3]. Respecto al requerimiento legal al perito, el inc. 1 del art. 173 del nuevo CPP señala que el juez competente (juzgado de investigación preparatoria) o el fiscal (fiscal provincial), están facultados para nombrar un perito, por lo tanto, de conformidad con el inc. 1 del art. 174 del mismo cuerpo procesal legal, el perito tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que esté incurso en alguna causal de impedimento. De esta manera, prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia.

Respecto al impedimento, las causales son expresas, conforme indica el art. 175 del nuevo CPP, es decir, el perito en la medida que tenga la condición de cónyuge con el imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él; en la medida que haya sido nombrado perito de parte en el mismo proceso o en proceso conexo, etc.

2.3. El traductor o intérprete legalmente requerido

Respecto al concepto de *traductor*, la RAE indica que proviene del latín traductor *ōris*, esto es: "el que hace pasar de un lugar a otro". Por lo tanto, resulta ser la persona encargada de convertir, vía traducción, diversos manuscritos o versiones, al idioma castellano. Según el panorama expuesto, el inc. 3 del art. 114 del nuevo CPP, indica que: "Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender"; de esta manera, el requerimiento legal, resultará amparado por la autoridad competente, según el caso concreto y con la finalidad anotada.

Respecto al concepto de *interprete*, según FRISANCHO APARICIO: "Es aquel que traduce una declaración de quien no sabe darse a entender en el idioma nacional o con el lenguaje corriente. Generalmente se llama interprete al que comparece para traducir al idioma nacional en presencia del juez las expresiones verbales que se vierten ante el mismo [...]"[4]. El art. 115 regula el proceso de declaraciones e interrogatorios con intérpretes, es decir, las personas serán interrogadas en castellano, cuando corresponda. Asimismo, el juez podrá permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otro idioma o forma de comunicación, en tal caso, la traducción o la interpretación precederán a las respuestas. De la misma forma, el sistema procesal penal indica que todo documento redactado en idioma distinto del castellano, será traducido por un traductor oficial, según el inc. 1 del art. 187 del cuerpo legal adjetivo.

3 PABÓN PARRA, Pedro, *La prueba pericial. Sistema acusatorio parte general y especial*, 2.ª ed., Bogota: Ediciones, Bogotá, 2015.p. 98

4 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit, p. 334.

2.4. La abstención del sujeto cualificado de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo

El supuesto analizado resulta ser el elemento típico central del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, es decir, el testigo o perito encontrándose debidamente emplazado por la autoridad competente —juez o fiscal— para que cumpla su deber impuesto por la ley, a pesar de encontrarse física y laboralmente habilitado, muestra su negativa de comparecer o prestar declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, interprete y traductor. Es necesario precisar que el sujeto cualificado (testigo, perito, intérprete o traductor) tiene que estar debidamente notificado o emplazado para que cumpla su deber, caso contrario, no se puede advertir el supuesto invocado. Subsecuentemente, el tipo penal alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual, a pesar de tener las posibilidades de cumplir su deber, muestra su negativa, desafiando al mandato impuesto por la autoridad competente.

2.5. Clase de delito

El delito analizado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola abstención por parte del sujeto cualificado, de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, consuma el tipo penal. Por lo tanto, el tipo penal no requiere resultado ulterior para lograr el perfeccionamiento típico.

2.6. Forma de ejecución

El delito de negativa a colaborar con la administración de justicia aparece evidenciado por un dejar de hacer, es decir, es un delito de omisión propia, por cuanto, por mandato expreso, el legislador consigno el supuesto omisivo, al señalar el verbo "abstenerse", situación afín a los delitos omisivos propios. Por lo tanto, la figura expuesta no puede darse por un hacer.

3. Elementos concomitantes

En este rubro se analizarán dos supuestos, el bien jurídico e imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Desde el punto de vista genérico, es la correcta administración pública; de manera específica, concordamos con SALINAS SICCHA, al considerar: "el normal desarrollo de los procesos al interior de la administración pública"[5], por cuanto, el sujeto cualificado al mostrar su negativa de cumplir su deber de comparecer ante la autoridad requirente, lesiona el normal funcionamiento y continuidad de los procesos convocados por la administración pública o de justicia.

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 187

3.2. Relación causal e imputación objetiva

El delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, es decir, el tipo penal alcanza perfeccionamiento delictual con la inmediata manifestación de la conducta prohibida, entonces, no existe el baremo "espacio-tiempo", criterio necesario e indispensable en la estructura de la imputación objetiva. De esta manera, la invocación de los diversos filtros de eliminación de responsabilidad, propios de dicha institución, no operarían.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado resulta ser un delito de comisión dolosa, exigiéndose en el agente delictivo tenga conocimiento y voluntad en su accionar. No es posible la forma culposa, por la impropiedad de su redacción típica, es decir, el criterio culposo no aparece registrado en el supuesto de hecho analizado.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual tiene diversas facetas, las mismas que serán analizadas a continuación

1. Actos preparatorios

Teniendo como premisa que, para el derecho penal, los actos preparatorios tienen contenido penal en la medida que sean expresos; en el delito analizado, dicho presupuesto no existe, por lo tanto, no son punibles los actos preparatorios, por carecer de mandato legal.

2. Tentativa

El delito tentado solo es posible en los delitos de resultado, por la misma naturaleza de la estructura delictual, marcada por el baremo "espacio-tiempo". Dicha sistemática no opera en el delito analizado, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, se trata de un delito de mera actividad, no siendo posible el delito tentado.

3. Consumación

El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictivo muestra su negativa de comparecer o prestar declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, intérprete o traductor. Dicha negativa o abstención, es instantánea, propia de los delitos de mera actividad.

4. Agotamiento

La figura agotada aparece identificada en la medida que, producto de la negativa del agente delictual, se frustra el funcionamiento del sistema de administración pública. Por ejemplo, la absolución del acusado por insuficiencia probatoria, por cuanto el órgano de prueba —perito— mostró su negativa para explicar el dictamen grafotécnico.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL.

Las formas de intervención delictual corresponden a la autoría y participación, conforme se analizará en los términos siguientes.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible, en la medida que el agente delictivo se abstenga de comparecer o prestar declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, intérprete o traductor; por lo tanto, la autoria directa estará determinada por un dejar de hacer. Con relación a la autoría mediata, resulta imposible, por lo personalísimo de la conducta o norma prohibitiva impuesta en el sujeto cualificado: testigo, perito, intérprete y traductor, aún más cuando se trata de un delito de omisión propia.

Respecto a la coautoría, considero que no es posible, por la misma naturaleza del delito, esto es, por tratarse de un delito omisivo propio. Por lo tanto, en el supuesto caso que intervengan varias personas, se deberá optar por autorías directas paralelas, por ejemplo, en el caso que existan dos peritos responsables de explicar y oralizar un dictamen pericial contable, siendo que dichos peritos muestran su negativa de explicar el respectivo dictamen, en ese caso, por lo personalísimo de la conducta omisiva, se deberá optar por autorías directas o paralelas.

2. Formas de participación

El delito de negativa a colaborar con la administración de justicia no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada, considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. Por ejemplo, la persona que teniendo conocimiento que el testigo debe declarar en juzgamiento, obsequia un pasaje al extranjero, con la finalidad que dicho testigo no concurra a juzgamiento.

De la misma forma, es posible, admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero, puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado. Por ejemplo, el tercero que instiga de manera determinada para que el perito de oficio se abstenga de explicar el dictamen pericial.

VII. PENALIDAD

El delito analizado presenta dos clases de pena: una pena principal, esto es, una pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario, de veinte a treinta jornadas. De la misma forma, se advierte una pena accesoria o complementaria, siendo la pena de inhabilitación de seis meses a dos años, conforme al art. 36, incs. 1, 2 y 4.

CAPÍTULO XVII
ATENTADOS CONTRA MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 372 CP)

El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso, se encuentra previsto en el art. 372 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

Artículo 372.
El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.
Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

II. ANTECEDENTES

El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso tiene como antecedente inmediato el art. 327 del CP:

El que sustrae, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público, sufrirá prisión no mayor de cuatro años y multa de renta de tres a treinta días. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá, además, inhabilitación, conforme a los incs. 1 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena.

La pena será simplemente multa, si el delincuente hubiere obrado por negligencia.

III. TIPO OBJETIVO

A nivel del aspecto objetivo, el delito analizado presenta los siguientes presupuestos:

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, encontramos dos clases: sujeto activo o agente delictual y el titular del bien jurídico. En ese sentido, se expondrá cada uno de ellos.

1.1. Sujeto activo

El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso resulta ser un delito común, por cuanto, en su estructura típica no se advierte institución positiva especial, siendo que cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede ser autor del mismo. De la misma forma, precisamos que el agente delictual también puede ser un funcionario público o servidor público.

Por otro lado, el tipo penal precisa la existencia de un "custodio", es decir, de una persona a quien —por resolución o documento afín— le fue confiado los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso. En ese sentido, puede darse la posibilidad de que el mismo custodio emita una conducta desvalorada por la ley penal, es decir, ejecuta cualquiera de los verbos rectores: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar", por lo tanto, al existir una norma de mandato vinculada a un sujeto cualificado —a quien se le impone un deber específico—, el delito analizado resulta ser un delito especial propio por la cualificación del sujeto.

1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser el Estado, como "titular del bien jurídico", es decir, es el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Este tipo penal presenta cinco verbos rectores —los cuales aparecen ligados a la conducta prohibida—: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar"; los cuales, por mandato del legislador, alimentan la conducta prohibida, es decir, pretenden proteger los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, los cuales fueron confiados a un funcionario o de otra persona. Ante ello, surge la necesidad de precisar los supuestos señalados.

2.1. La existencia del proceso

El tipo penal materia de análisis demanda la existencia previa de un "proceso", el cual es entendido como, según CALMON DE PASSOS: "[...] conjunto de todos los actos necesarios para la obtención de una providencia jurisdiccional, pudiendo contar con uno o más procedimientos o, incluso, apenas con un procedimiento incompleto [...]"[1]; de esto, comprendemos al término "proceso" como elemento normativo del tipo penal. En el sistema jurídico nacional existen diversas clases de proceso; entre los más representativas

1 CALMON DE PASSOS, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, p. 7, citado por MONROY GÁLVEZ, Juan, *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Lima: Communitas, 2009, p. 265.

tenemos: los procesos judiciales (los mismos que aparecen dotados de jurisdiccionalidad, entre ellos, los procesos civiles, penales, laborales, constitucionales, etc.), administrativos (seguido ante la entidad administrativa y carecen de jurisdiccionalidad, entre ellos, tenemos los órganos de control interno de cada institución), arbitrales (determinados por la Ley N.° 26572 y sus respectivas modificatorias en la Ley N.° 26698) y parlamentarios (seguidos ante el foro congresal de la república).

Por lo tanto, el tipo penal analizado encuentra presencia en la medida que la conducta delictiva aparezca desplegada por el sujeto activo, en cualquiera de los procesos antes mencionados. Dicha situación nos advierte que en el supuesto de advertirse la inexistencia del proceso, entonces estamos ante un supuesto de atipicidad por mandato del principio de legalidad.

Por otro lado, es menester precisar el trato diferenciado entre "proceso" y "procedimiento". El "procedimiento" es entendido, en términos de FENECH: "Entendemos por procedimiento penal el sistema o conjunto de normas que regulan la procesión de los actos en el proceso penal, de modo que la dinámica procesal, o sea, el avance hacia un resultado querido por la norma, debe realizarse con arreglo a los preceptos procedimentales correspondientes. El procedimiento constituye, por tanto, una norma de actuación"[2]. Subsecuentemente, en términos de MONROY GÁLVEZ, respecto a la diferencia entre proceso y procedimiento, "el proceso judicial es el conjunto dialectico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de éste, provistos por el Estado con anticipación a su inicio"[3]. Según el contexto expuesto —respecto al trato diferenciado entre proceso y procedimiento—, consideramos que en dichos conceptos, por fines operativos, el tipo penal opera en la medida que los dos conceptos subsistan, por cuanto no puede existir el uno sin el otro, empero, para la configuración típica, nos remitiremos a la prexistencia de un proceso, el cual incluye sus respectivos procedimientos regulados por norma.

2.2. De los registros o documentos destinados a servir de prueba

El tipo penal comentado pretende proteger los registros o documentos destinados a servir de prueba en un proceso, en ese sentido, la finalidad del legislador aparece orientada a la protección del caudal probatorio ingresado legítimamente por las partes habilitadas. Dicha argumentación encuentra consonancia con uno de los derechos medulares del proceso, esto es, el derecho a probar, conforme viene indicando el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 010-2002-AI/TC.

2 FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, pp. 216 y 217, citado por MONROY GÁLVEZ, *Teoría general del proceso*, ob. cit., p. 266.

3 MONROY GÁLVEZ, *Teoría general del proceso*, ob. cit., pp. 267 y 268.

Por lo tanto, la norma prohibitiva inmersa en el art. 372 del CP busca proteger cualquier medio de prueba ingresado válidamente al proceso, esto es, prueba documental y prueba material. Es decir, los instrumentos o efectos de delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos en el proceso, conforme indica el art. 382 del nuevo CPP como caudal probatorio necesario para acreditar las pretensiones de las partes procesales.

2.3. Del sujeto habilitado para la protección de los registros o documentos destinados a servir de prueba

El delito analizado advierte la existencia de un sujeto a quien le fue confiado el deber de custodiar los medios de prueba incorporados legítimamente por los sujetos procesales habilitados. De esta manera, dicho sujeto puede ser un funcionario público o una tercera persona ajena a la función pública.

Respecto al concepto de funcionario público, para fines del derecho penal, resulta ser un concepto amplio, ya incluye también al servidor público. Por lo tanto, el art. 425 del CP opera como marca de referencia, siendo así dicho sujeto cualificado quien tiene que haber sido designado en calidad de custodio en razón del cargo funcionarial. Por ejemplo, las normas y directivas internas del Poder Judicial y Ministerio Público señalan que los responsables de custodiar el expediente judicial y la carpeta fiscal, resultan ser los especialistas judiciales y asistentes en función fiscal, respectivamente.

Con relación a la tercera persona, se puede advertir que dicha persona tiene que haber sido designada en calidad de custodia de los registros o documentos destinados a servir de prueba. La designación opera mediante acto formal, es decir, mediante la resolución respectiva o documento afín, expedido por autoridad competente.

2.4. El "sustraer" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiado a un funcionario o de otra persona

La RAE indica que el verbo "sustraer" proviene del latín *substrahere*, lo cual implica: "Apartar, separar, extraer", es decir, el agente delictual aparta los objetos —registros o documentos— destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, lo que sustancia un proceso confiado a un funcionario o de otra persona. Por ejemplo, el agente delictual que aparta del expediente judicial de omisión de asistencia familiar, una cedula de notificación dirigida al acusado para que cumpla con el pago de los devengados alimentarios, medio de prueba necesario para la configuración del delito aludido; todo ello, con la finalidad de evitar la demostración del requisito previo del delito de omisión de asistencia familiar.

2.5. El "ocultar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona

El verbo "ocultar", según la RAE, proviene del latín *occultare*, idea asociada al "Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista". Por lo tanto, el agente delictual busca esconder los objetos materia de custodia —los mismos que obran en el proceso—, esto

son: expediente judicial, carpeta fiscal, etc. Por ejemplo, el agente delictual esconde los medios de prueba anexos al requerimiento acusatorio y obrantes en el expediente judicial, todo ello con la finalidad de reprogramar la audiencia de control de acusación.

Deviene en irrelevante para la configuración delictual, el hecho que con posteriormente a la audiencia de control de acusación u otra, los medios de prueba escondidos u ocultados por el agente delictual aparezcan por intervención de un tercero o por devolución del mismo agente delictual, por cuanto, en este extremo, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, es decir, con la sola manifestación de la conducta —ocultar—, resulta consumado el hecho punible.

En este extremo, concordamos con la postura de FRISANCHO APARICIO[4], en el sentido que, si el sujeto delictual tiene como finalidad la impunidad, estaríamos ante el delito de encubrimiento real, previsto en el art. 405 del CP, y no así, respecto al delito materia de análisis.

2.6. El "cambiar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona.

La RAE precisa una diversidad de contenidos respecto al verbo "cambiar", el cual proviene del latín *cambiare*, implicando: "Dejar una cosa o situación para tomar otra [...]. Modificarse la apariencia, condición o comportamiento". En ese sentido, el agente delictual altera los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente; dicha alteración implica cambiar el objeto de protección por otro ajeno al proceso, a pesar que el nuevo medio de prueba tenga similitud con el verdadero objeto de protección. Un ejemplo palpable aparece cuando el especialista judicial, responsable de la custodia del expediente judicial por el presunto delito de violación sexual en menor de edad, cambia la partida de nacimiento del menor agraviado por una partida de matrimonio, siendo esta última, irrelevante para los fines del proceso.

2.7. El "destruir" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona

El verbo "destruir" proviene del latín *destruere*, según la RAE, implica: "Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño. Deshacer o inutilizar algo no material".

La figura expuesta implica que el agente delictual arruina irreparablemente los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, por ejemplo, el asistente en función fiscal responsable de custodiar la factura falsificada, quien con pleno conocimiento y voluntad, rompe en pedazos dicha factura. En este supuesto, tal y cual en el extremo del verbo "ocultar", si la finalidad del agente delictual resulta ser

4 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, ob. cit., p. 339.

la impunidad, estaríamos ante el delito de encubrimiento real, previsto en el art. 405 del CP[5].

2.8. El "inutilizar" los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso confiados a un funcionario o de otra persona.

De conformidad con la RAE, el verbo "inutilizar" implica: "Hacer inútil, vano o nulo algo", es decir, el agente delictual invalida en todos sus extremos los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente. Por ejemplo, si el efectivo policial responsable de la custodia de las piezas documentales que contienen los manuscritos del imputado, derrama sustancia liquida (aceite) sobre dichos documentos, imposibilita la realización de la pericia grafotécnica, por cuanto no se cuenta con piezas documentales de cotejo.

2.9. Clase de delito

El delito analizado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola conducta delictiva expresada en cualquiera de los verbos rectores, se estaría consumando el tipo penal mencionado, el cual no requiere resultado ulterior para logar el perfeccionamiento típico. En ese sentido, discrepamos de la postura de REÁTEGUI SÁNCHEZ[6], al indicar que se trataría de un delito de resultado cortado, por cuanto, de ser así, tendríamos que exigir al agente delictual una finalidad ulterior al dolo, situación que nos conllevaría a un concurso aparente de leyes con el delito de encubrimiento real —respecto de los verbos rectores "destruir" u "ocultar"—, empero dicha exigencia no opera en la estructura típica, por cuanto los verbos rectores contienen un solo acto.

En términos similares, al concebir al delito analizado dentro de la categoría de los delitos de mera actividad, aparece cierto pronunciamiento de la Corte Suprema, al indicar: "La descripción típica precisa que la acción se consuma con el simple hecho de que el agente sustraiga u oculte documento del cual tiene conocimiento está destinado a servir de medio probatorio ante la autoridad competente que sustancia un proceso"[7].

2.10. Forma de ejecución

El delito analizado resulta ser un tipo penal de acción, por la misma propiedad de los verbos rectores: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar. Por lo tanto, no es posible la forma omisiva propia, toda vez que el legislador no reguló de manera expresa la conducta omisiva, requisito necesario para su admisión. Por otro lado, es posible la omisión impropia, en la medida que el sujeto cualificado, funcionario o tercera persona, designado como custodio, omite cumplir su deber de custodio, permitiendo que una tercera persona emita la conducta delictiva en cualquiera de los verbos rectores.

5 FRISANCHO APARICIO, ob. cit., p. 339.
6 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 205 y ss.
7 *Exp. N.º 14-98 Lima*, citado por SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública - Jurisprudencia Penal*, ob. cit., p. 26 y 96.

3. Elementos concomitantes

En este rubro se analizarán dos supuestos: el bien jurídico y la imputación objetiva, conforme se expone en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Desde una óptica genérica, el objeto de tutela resulta ser la correcta administración pública. De manera específica, se pretende proteger, conforme indica SALINAS SICCHA: "[...] la naturaleza pública oficial de la custodia de bienes muebles, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente encargada de tramitar un proceso judicial o administrativo"[8].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

En mérito a los postulados esbozados, el delito estudiado resulta ser un delito de mera actividad, alcanzando perfeccionamiento delictual con la inmediata manifestación de la conducta prohibida. Entonces, no existe el baremo "espacio-tiempo", criterio necesario e indispensable en la estructura de la imputación objetiva, por lo tanto, la invocación de los diversos filtros de eliminación de responsabilidad —propios de dicha institución—, no operarían.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de atentado contra medios de prueba en el proceso tiene dos postulados excluyentes: en un primer momento se advierte una forma dolosa, siendo que en este extremo, el agente delictual tendrá que actuar con conocimiento y voluntad —dolo directo—, cumpliendo con cualquier verbo rector ("sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar"); de la misma forma, consideramos que el tipo penal no es un delito de tendencia interna, no exigiendo en el autor una finalidad ulterior a los verbos rectores. Por otro lado, el tipo penal advierte una modalidad culposa respecto a los verbos "destruir" e "inutilizar", en ese sentido, el agente delictual respondería a título de culpa.

V. *ITER CRIMINIS*

Las facetas delictuales son diversas, siendo analizadas a continuación

1. Actos preparatorios

Teniendo como premisa que, para el derecho penal, los actos preparatorios tienen contenido penal en la medida que sean expresos, en el delito analizado, dicho presupuesto no existe. Por lo tanto, no son punibles los actos preparatorios, por carecer de mandato legal.

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 196.

2. Tentativa

La figura delictual tentada, prevista en el art. 16 del CP, solo es posible en los delitos de resultado, por la misma naturaleza de la estructura delictual marcada por el baremo "espacio- temporal"; empero, dicha sistemática no opera en el delito analizado, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, se trata de un delito de mera actividad, no siendo posible el delito tentado.

3. Consumación

El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que la conducta prohibida desplegada por el agente delictivo calce en cualquiera de los modalidades típicas determinadas por los verbos rectores, esto es: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar", por cuanto, este delito resulta ser un delito de mera actividad.

4. Agotamiento

La forma agotada aparece evidenciada en la medida de que se generen hechos con posterioridad al acontecer delictual, determinado por los cinco verbo rectores. Por ejemplo, producto de la afectación de los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, se logró la absolución del acusado, por lo tanto, se deberá recurrir a cada caso concreto según el verbo rector invocado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

En este rubro corresponde analizar la autoría y participación, conforme se detalla a continuación.

1. Formas de autoría

Con relación a la autoría directa, es perfectamente posible en la medida que el agente delictivo cumpla —materialmente, por sí solo— con cualquiera de los verbos rectores, esto es: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar"; dicha afirmación encuentra fundamento en la medida que el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad. De la misma forma, es posible la autoría directa por omisión impropia, en la medida que sea el mismo custodio de los registros o documentos destinados quien omita el deber encomendado, permitiendo que un tercero ejecute la conducta delictual, bajo influencia de cualquiera de los verbos rectores.

Con relación a la autoría mediata, considero que es posible su admisión, en la medida que el hombre de atrás —autor mediato— instrumentalice a un tercero, siendo este último quien, actue bajo error o coacción. Se debe precisar que si bien el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad —conforme se viene sosteniendo—, los verbos rectores vinculados a la norma prohibitiva no aparecen dotados de un alto nivel personalísimo propio del autor, como aparece en otros casos señalados en los capítulos anteriores. Por otro lado, asumo que no es posible la autoría mediata en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados, por cuanto en dicho supuesto se

advierte un alto nivel personalísimo propio del deber impuesto, presupuesto excluyente de las demás formas de ampliación del tipo penal.

Respecto a la coautoría, es posible su admisión, por tratarse de un delito de dominio. Es decir, se necesitará la existencia de un acuerdo previo, repartición de roles y un codominio funcional del hecho; sin embargo, no será posible aceptar dicha figura en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados, por el mismo nivel personalísimo que tiene el custodio. De esta manera, en la medida que existan varios intervinientes, sean custodios o terceros no cualificados, se tendrá que recurrir a la figura de autorías directas paralelas.

2. Formas de participación

El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada —considerando los criterios cualitativos y cuantitativos— y en términos similares, en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados; conforme indica la parte final del artículo 25 del CP, esto es, bajo las reglas de la unidad del título de imputación.

Asimismo, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto un tercero puede determinar al autor con la finalidad de que cumpla cualquiera de los cinco verbos rectores del tipo penal analizado.

VII. PENALIDAD

El delito analizado tiene dos modalidades penológicas, así tenemos: respecto al delito doloso, el legislador indica que el agente delictual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; respecto a la modalidad culposa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

CAPÍTULO XVIII
SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR AUTORIDAD

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 373 CP)

El delito de sustracción de objetos requisados por autoridad se encuentra previsto en el artículo 373 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 373.-**
> El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

II. ANTECEDENTES

La referencia cercana al delito de sustracción de objetos requisados por autoridad aparece en el art. 324 del CP de 1924, no advirtiéndose otra evidencia histórica notable.

III. TIPO OBJETIVO

A nivel del tipo objetivo, encontramos tres elementos fundamentales, los cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, en la figura delictual analizada encontramos, básicamente, dos clases: sujeto activo o agente delictual y el titular del bien jurídico. En ese sentido, se expondrá cada uno de ellos.

1.1. Sujeto activo

El delito aludido se trata de un delito común, por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. Dicha afirmación encuentra fundamento en cuanto a que la descripción típica inicia con el pronombre impersonal "el

que", además de ello, el supuesto de hecho no exige institución positiva que fundamente un deber especial.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado aparece como sujeto pasivo, por cuanto es el "titular del bien jurídico", es decir, es el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, conforme se viene indicando en la mayoría de los delitos contra la administración pública, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta delictiva, advertimos la presencia del verbo rector "sustraer", el mismo que aparece enlazado a determinados elementos descriptivos, esto es, "objetos requisados" y "ejercicio funcional de autoridad". A continuación se analizarán cada uno de ellos.

2.1. El sustraer los objetos requisados

Según la RAE, el verbo "sustraer" proviene del latín *substrahere*, es decir, "apartar, separar, extraer". Por lo tanto, el agente delictual traslada de la esfera de custodia o dominio de la autoridad —pública—, los objetos materia de requisa, ingresando dichos objetos a la esfera de dominio del autor delictivo o de un tercero. Dicha sustracción puede ser de cualquier forma, por cuanto, la técnica legislativa no advierte forma específica, de modo tal que puede darse mediante medio violento, amenazante, astucia, ardid, etc.

2.2. De los objetos requisados

El delito mencionado hace mención a objetos requisados por autoridad competente, es decir, se trata de cualquier objeto incautado por autoridad competente en el ejercicio de las funciones. Por ejemplo, el inc. 1 del art. 217 del nuevo CPP indica: "Cuando sea el caso, el fiscal solicitará que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. En este caso se hará un inventario en varios ejemplares, uno de los cuales se dejará al responsable del recinto allanado".

Por lo tanto, los objetos requisados pueden ser cualquier bien mueble ligados a un hecho con presunto contenido penal, razón por la cual, se incauta en mérito al ejercicio funcional de la autoridad interviniente.

2.3. Ejercicio funcional de autoridad

El tipo penal refiere la existencia de una autoridad, es decir, de un funcionario o servidor público, el cual interviene en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, el

contenido de autoridad —para fines del derecho penal— resulta ser un término amplio, abarcando diversos supuestos. De la misma forma, se deberá tener presente que, la autoridad interviniente además de operar en razón del cargo, tiene que tener la facultad para realizar la requisa o incautación, por cuanto no todas las autoridades están dotadas de dicha prerrogativa, por ejemplo, un alcalde, un especialista judicial o un asistente en función fiscal, no tiene la autoridad para incautar los objetos provenientes de un delito, siendo que lo debe ordenar el juez o fiscal penal.

2.4. Clase de delito

El delito analizado —respecto a la conducta— resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola conducta delictiva expresada se estaría consumando el tipo penal mencionado, no admitiendose la tentativa.

2.5. Forma de ejecución

Este es un delito de acción por la misma naturaleza del verbo rector "sustraer", no siendo posible la figura omisiva (propia e impropia), en razón de que no existe expresamente el verbo "omitir". Respecto a la figura de omisión propia, tampoco se advierte una norma de mandato o deber específico que genere el deber de salvamento respecto al autor con el bien jurídico, criterio propio de la omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

En este segmento se analizarán dos supuestos: el bien jurídico y la imputación objetiva, conforme se expone en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Desde una perspectiva genérica, el objeto de tutela resulta ser la correcta administración pública. De manera específica, se pretende proteger, conforme indica SALINAS SICCHA, citando a ROJAS VARGAS: "[...] el objeto específico de protección penal es el interés del Estado de garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos que son o serán en el futuro de interés para la administración pública"[1].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme se ha explicado, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, es decir, el tipo penal alcanza perfeccionamiento delictual con la inmediata manifestación de la conducta prohibida. Entonces, no existe el baremo "espacio-tiempo", criterio necesario e indispensable en la estructura de la imputación objetiva, por lo tanto, la invocación de los diversos filtros de eliminación de responsabilidad, propios de dicha institución, no resultan aplicables.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 201.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito mencionado es un delito de comisión dolosa, es decir, necesita que el agente delictual actúe con pleno conocimiento y manifiesta voluntad de sustraer los objetos requisados, advirtiéndose un dolo directo.

V. *ITER CRIMINIS*

Las facetas delictuales son diversas, siendo analizadas a continuación.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios tienen contenido penal en la medida que sean expresos. En ese sentido, el delito analizado —por voluntad del legislador— no registra dicho presupuesto, por lo tanto, no son punibles los actos preparatorios, por carecer de mandato legal.

2. Tentativa

La tentativa, prevista en el art. 16 del CP, solo es posible en los delitos de resultado, por cuanto, contienen el baremo "espacio-tiempo". Sin embargo, dicha sistemática no opera en el delito analizado, ya que conforme fue manifestado líneas arriba, se trata de un delito de mera actividad, no existiendo el delito tentado.

3. Consumación

El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que la conducta prohibida, desplegada por el agente delictivo, encuentre subsunción en el verbo rector "sustraer", resultando ser un delito de mera actividad.

4. Agotamiento

La forma agotada aparece evidenciada en la medida de que se generen hechos con posterioridad al acontecer delictual, determinado por los cinco verbo rectores. Por ejemplo, producto de la afectación de los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, se logró la absolución del acusado. De esta manera, se deberá recurrir a cada caso concreto según el verbo rector invocado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

En este segmento corresponde analizar la autoría y participación, conforme se detalla a continuación:

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible en la medida que el agente delictivo cumpla —materialmente— ejecutando el verbo rector "sustraer", siendo un delito de mera actividad. Con relación a la autoría mediata, es posible su admisión en la

medida que el hombre de atrás, —el autor mediato— instrumentalice a un tercero; dicho instrumento tiene que actuar bajo los efectos del error o coacción, debiéndose precisar que si bien el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad —conforme se viene sosteniendo—, el verbo rector vinculado a la norma prohibitiva no aparece dotado de un alto nivel personalísimo propio del autor, como aparece en otros casos señalados en los capítulos anteriores. Respecto a la coautoría, no existe impedimento para su admisión, por tratarse de un delito de dominio, es decir, se necesitará la existencia de un acuerdo previo, repartición de roles y un codominio funcional del hecho.

2. Formas de participación

El delito de sustracción de objetos requisados no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos, según cada caso concreto.

De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero, puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los cinco verbos rectores del tipo penal analizado.

VII. PENALIDAD

El delito materia de comentario contiene un nivel penológico mínimo, es decir, el legislador indicó que el agente delictual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

CAPÍTULO XIX
PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN RECINTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 375 CP)

El delito de perturbación del orden en recinto de función pública, se encuentra previsto en el art. 375 del CP, conforme aparece detallado a continuación:

> **Artículo 375**
> El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

II. ANTECEDENTES

El art. 329 del CP de 1924 aparece como referencia cercana del delito mencionado[1]. Empero, el CP actual regula dicho injusto de una manera distinta, por cuanto, el legislador contemporáneo se ha desligado de las concepciones subjetivas y monárquicas de la época, evidencia de ello la tenemos en el art. 374 del CP, que si bien ingreso en vigencia con el actual CP de 1991 —reprimiendo la amenaza o injuria u otra conducta que pudiera ofender la dignidad o el decoro de un funcionario público producto de su actividad funcional—, dicha pretensión etérea y cargada de un fuerte subjetivismo dejo de presentarse, ya que mediante la Ley N.º 27975, del 25 de mayo del 2003, resultó derogado[2].

III. TIPO OBJETIVO

El delito de perturbación del orden en recinto de función pública, a nivel del tipo objetivo, presenta tres elementos, conforme se explicará en las líneas siguientes.

---

1 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 205.
2 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 177.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro, aparecen los sujetos intervinientes en el injusto penal, esto es, sujeto activo y sujeto pasivo, según aparece detallado en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito analizado resulta ser un delito común, es decir, la estructura típica no exige una cualidad especial en el agente delictivo, no advirtiéndose la presencia de una institución positiva que advierta la existencia de deberes especiales. Por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, dicha afirmación incluye a los mismos funcionarios o servidores públicos.

1.2. Sujeto pasivo

Por la misma naturaleza del delito y su ubicación en el catálogo delictual, el Estado resulta ser el sujeto pasivo —por cuanto es el "titular del bien jurídico"—, toda vez que, por técnica de representación de intereses, la titularidad de la administración pública pertenece al Estado; de acuerdo al modelo constitucional vigente, el Estado aparece como titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

La técnica legislativa del delito aludido presenta diversos elementos descriptivos y normativos, conforme se explicará en los términos siguientes.

2.1. El causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones

Según la RAE, el verbo "desordenar" significa "confusión y alteración del orden", por lo tanto, el agente delictual que causa inestabilidad o caos durante sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, consuma automáticamente el tipo penal, siendo irrelevante los actos ulteriores, por ejemplo, el truncamiento de la sesión o perdida de alguna moción o pretensión en disputa.

2.2. De la sala de sesiones del Congreso o Cámaras legislativas

En el Perú, el Congreso se ubica en el hemiciclo del Poder Legislativo, lugar en el que los congresistas cumplen su deber. En ese sentido, se programan diversas sesiones,

producto de las cuales se gestan las leyes o se toman decisiones propias de la función legislativa, por ejemplo, la interpelación de ministros, acusaciones constitucionales, sesiones de comisiones de investigación, etc. De esta manera, el agente delictual —en dichas sesiones— altera el orden, generando caos o desorden en las sesiones, situación suficiente para dar por configurado el delito.

Es necesario precisar que, el desorden aludido tiene que manifestarse en el interior del hemiciclo congresal, caso contrario, la figura no calzaría en el tipo penal invocado. Por ejemplo, si Juan PÉREZ arremete con arengas sociales y diversas silbatinas en las afueras del Congreso de la Republica, exigiendo la derogación de leyes que afectan sus beneficios sociales, no configura el delito.

2.3. De las asambleas regionales

De conformidad con el art. 3 de la Ley N.° 27683, se precisa quienes son los miembros de los Gobiernos Regionales, así tenemos: el presidente, vicepresidente y los miembros del consejo regional. Por lo tanto, dichas personas son los responsables de habilitar las sesiones de las diversas asambleas convocadas en los diferentes gobiernos regionales a nivel nacional; en ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictual —que puede ser los mismos consejeros regionales— realiza desorden o alboroto en plena sesión.

Asimismo, el desorden deberá ser manifestado durante el desarrollo de las sesiones de las asambleas regionales, caso contrario, al no existir instalación de las sesiones respectivas, no existe tipo penal, por la misma naturaleza de los hechos.

2.4. De los consejos municipales

El art. 1 de la Ley N.° 26864 señala quienes son los miembros de los consejos municipales, esto es, alcaldes y regidores. En ese sentido, dichas personas son los sujetos habilitados para sesionar en las audiencias de los consejos municipales, entendiendo que el tipo penal alcanzará su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual realice actos de desorden o desbandes durante el desarrollo de las citadas sesiones.

2.5. De los tribunales de justicia

En este supuesto, nos remitimos a cualquier tipo de juzgados a nivel nacional, es decir, desde los juzgados de paz, juzgados especializados (unipersonales y colegiados), hasta las salas superiores y supremas de las diversas especializadas (civil, penal, laboral, constitucional, etc.). Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictual emita una conducta dotada de desorden. Dicho accionar prohibido tendrá que ser manifiesto una vez instalada la audiencia, conforme se puede advertir de la misma redacción típica.

2.6. Cualquier lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones

El legislador recurre a una técnica legislativa abierta, es decir, nos remite a cualquier lugar en el cual las autoridades públicas (funcionarios o servidores públicos) ejerzan sus

funciones; empero, siempre se deberá considerar el verbo rector típico "desorden", caso contrario, si se advierte, violencia, amenaza o disturbios, se deberá recurrir —por criterio de especialidad— a otros tipos penales, entre ellos: los delitos de atentado contra la autoridad o funcionario (art. 365 del CP), violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (art. 366 del CP), disturbios (art. 315 del CP), entre otros.

2.7. Del entrar armado por parte del sujeto activo

El tipo penal no hace distinción de la clase de armas, sino que utiliza una fórmula indeterminada, resultando admisible comprender entre estas: las *armas propias* (de disparo, revólveres, pistolas, fusiles, ametralladoras, escopetas, etc.), considerándose las armas blancas (instrumentos punzo cortantes y contuso: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.); *armas impropias* (martillos, fierros, palos, piedras, vidrios, desarmadores, etc.); y *armas aparentes* (armas de fuego descargadas, deterioradas, imitaciones de armas), pero que posean evidente efecto intimidatorio y le confieran a quien los usa mayor poder ofensivo.

Por lo tanto, el agente delictual será el que ingresa armado a las sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones y mantenga de manera visible el arma. Caso contrario, al encontrarse escondida dicha arma de fuego, no tendría contenido penal dicha conducta, por la misma redacción típica. En ese sentido, el tipo penal no exige que el agente delictual use el arma, basta la sola posesión y su visualización ante los miembros participantes de las sesiones respectivas.

2.8. Clase de delito

El delito analizado presenta dos supuestos típicos: el primero, respecto al verbo "desorden", en el cual, la conducta delictual resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio-tiempo"; respecto al segundo supuesto, esto es, ingresar a las sesiones del Congreso o las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, portando arma; en este supuesto, el delito resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola manifestación de la conducta —ingresar con arma—, se estaría perfeccionando el tipo penal.

2.9. Forma de ejecución

El delito materia de comentario resulta ser un delito de acción, por la propiedad del verbo rector "desorden", así como respecto a la segunda modalidad, ingresar a las sesiones plenarias portando arma. Por lo tanto, no es posible admitir dicha figura delictiva por omisión propia, debido a la ausencia de la técnica legislativa expresa; de la misma forma, no es posible la figura de omisión impropia, por la ausencia de una postura de garante.

3. Elementos concomitantes

En este rubro se analizarán los supuestos bien jurídico e imputación objetiva, conforme se expone en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Desde una perspectiva genérica, el objeto de tutela resulta ser la correcta administración pública; de manera específica, se pretende proteger la funcionalidad de las instituciones públicas, manifestada en los actos desplegados por sus funcionarios o servidores públicos.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Con relación al primer supuesto, esto es, respecto al verbo rector "desorden" —por cuanto, resulta ser un delito de resultado, es decir, determinado por el baremo "espacio–tiempo"—, es perfectamente posible admitir los criterios de imputación objetiva, tanto de la conducta como del resultado, teniendo como premisa anticipada la relación causal. De esta manera, cada caso concreto presentará sus propios matices de exclusión de responsabilidad, imbricados en el riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza, etc.

Respecto al segundo supuesto, esto es, "ingresar a las plenarias portando arma" —por cuanto se trata de un delito de mera actividad, cuya consumación opera con la sola e inmediata manifestación de la conducta delictual—, no resultan posibles de admisión los presupuestos de imputación objetiva, por la misma impropiedad de la estructura delictual.

IV. TIPO SUBJETIVO

No cabe duda que este delito resulta ser un delito de comisión dolosa, exigiéndose —por tratarse de un delito de dominio— la concurrencia del conocimiento y voluntad delictiva impresa en el agente delictual. Asimismo, el tipo penal no exige una forma distinta del dolo, es decir, no se requiera que las plenarias se suspendan o frustren, por lo tanto no se trata de un delito de tendencia, de la misma forma, dicha figura no puede darse por culpa.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual, presenta las siguientes facetas.

1. Actos preparatorios

Respecto a los actos preparatorios, estos tienen contenido penal en la medida de que sean expresos. En ese sentido, el delito analizado no registra dicho presupuesto; por lo tanto, no son punibles los actos preparatorios, por carecer de mandato legal.

2. Tentativa

Respecto al primer supuesto, el delito tentado es posible en la figura analizada, esto es, respecto al verbo "desorden" —por cuanto en este extremo, se trata de un delito de resultado—. Con relación al segundo supuesto, es decir, "ingresar al plenario portando

arma de fuego", no es posible admitir la tentativa, por tratarse de un delito de mera actividad o comisión instantánea.

3. Consumación

Respecto al primer supuesto, el delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual causa desorden en las salas de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipalidades o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridad públicas ejercen sus funciones, resultando irrelevante si el agente delictual logra detener o frustrar las sesiones o plenarios, por cuanto, el delito analizado no es un delito de intención o de tendencia interna.

Con relación al segundo supuesto —por cuanto el tipo penal es un delito de mera actividad—, obtiene su perfeccionamiento con el solo hecho de que el agente delictual ingrese a las sesiones del Congreso o las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, portando un arma, la misma que deberá ser visible a efecto de dotar de contenido al tipo penal.

4. Agotamiento

El delito agotado aparece evidenciado en la medida que se generan hechos con posterioridad al acontecer delictual determinado, es decir, el agente delictual logra que las sesiones del Congreso o las Cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, se frustren, sea por el desorden o por el uso del arma en el desarrollo del plenario.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

En este segmento corresponde analizar la autoría y participación, conforme se detalla a continuación.

1. Formas de autoría

Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible en la medida de que el agente delictivo cumpla —materialmente— con ejecutar el verbo rector y los elementos descriptivos del tipo de pena, aún más, cuando los tipos penales de la parte especial fueron redactados considerando la figura del autor directo.

Con relación a la autoría mediata, es posible su admisión —conforme lo hemos venido sosteniendo en otros capítulos— en la medida que el hombre de atrás, esto es, el autor mediato, instrumentalice a un tercero bajo los efectos del error o coacción, debiéndose precisar que si bien el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad —de acuerdo a lo que se viene sosteniendo respecto al segundo supuesto, esto es, ingresar a las sesiones del plenario portando arma—, el verbo rector vinculado a la norma prohibitiva no aparece dotado de un alto nivel personalísimo, propio del autor, como aparece en

otros casos señalados en los capítulos anteriores. Respecto a la coautoría, no existe impedimento para su admisión, por tratarse de un delito de dominio; es decir, se necesitará la existencia de un acuerdo previo, repartición de roles y un codominio funcional del hecho.

2. Formas de participación

El delito analizado no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir la complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada (considerando los criterios cualitativos y cuantitativos) según cada caso concreto. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor con la finalidad de que cumpla cualquiera de los dos supuestos típicos, es decir, causar desorden o ingresar a las sesiones plenarias portando algún arma.

VII. PENALIDAD

La figura delictual presenta un nivel penológico complaciente para los intereses del imputado, por cuanto se estableció que el autor será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

PARTE III

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ANTECEDENTES

Uno de los capítulos de mayor importancia en el CP —sin desmerecer las demás formas típicas— resultan ser los delitos especiales y delitos de infracción de deber, por cuanto, los bienes jurídicos materia de protección, parecen vinculados a una de las instituciones que viabilizan el funcionamiento del Estado, nos referimos a la administración pública. En ese sentido, se tiene que la técnica de tipificación desarrollada por el legislador, respecto a los delitos contra la administración pública, tiene que estar alineada al modelo constitucional vigente. Dicha afirmación surge respecto al cuestionamiento por la admisión de los delitos de peligro abstracto en las conductas delictuales contra la administración pública.

El Perú, por mandato constitucional, asume un modelo "social, democrático y de derecho", conforme indican los arts. 43 y 44 de la Carta Magna vigente, en ese sentido, el Estado tiene como prioridad "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, así como y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". En ese orden expositivo, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL viene indicando: "11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza. 1980, p. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones"[1].

De la misma forma, Marcial RUBIO CORREA nos indica: "Es social, porque en la interpretación y aplicación del Derecho constitucional hay que prever que existan las condiciones reales en las cuales la legislación pueda aplicarse. Si esto no ocurre, el derecho será declarado, pero no existirá en la realidad, y de lo que se trata es de que haya declaración

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0008-2003-AI-TC*, Lima: 11 de noviembre del 2003, f. j. n.º 11.

y aplicación real del derecho constitucional. Es democrático, porque la organización del Estado deber tener rasgos democráticos y además, debe funcionar democráticamente. No basta declarar el Estado democrático en su estructura: es necesario que funcione como tal. Es de derecho, porque todo ello se plasma en leyes previas que van dictando las pautas de organización y de actuación del poder"[2].

Bajo el escenario expuesto, el derecho penal, en un modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho, si bien opera como *ultima ratio* -último recurso a utilizar, en la medida que las demás herramientas jurídico sociales hayan fallado en la solución del conflicto-, ello no implica que dicha herramienta de control social formal, contribuya a la impunidad. Según lo expuesto, la técnica de tipificación desarrollada para los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, resulta afín al modelo constitucional aludido, es decir, en su dimensión social autoriza al Derecho penal para que funcione como una herramienta de protección a la sociedad frente a un sistema caótico o anarquista, protegiendo los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Evidencia de ello se tiene el art. I del TP del CP, dispositivo legal mediante el cual se indica que el objeto del Derecho penal resulta ser la prevención de delitos y faltas, como medio protector de la persona humana y de la sociedad[3]. De la misma forma, URQUIZO OLAECHEA indica —respecto a la seguridad jurídica dentro del estado constitucional de derecho— que: "La ley obliga a los asociados, delimita su ámbito de actuación y recorta su libertad para obtener libertad; la ley se dirige al agresor como al agredido [...]"[4]. Por lo tanto, en este extremo alcanzará justificación la admisión de los delitos de peligro abstracto y concreto, previstos en la categoría de los delitos contra la administración pública.

Considerando la temática expuesta, respecto a la técnica de tipificación aplicable en los delitos contra la administración pública dentro de un modelo constitucional social y democrático, los capítulos venideros analizarán la naturaleza especial de los intervinientes, esto es, sujetos especiales sobre los cuales recae una postura especial, fundamentalmente, el estatus de funcionarios y servidores públicos, a quienes en el ámbito de la doctrina se les denomina *intraneus*. De la misma forma, se analizará la intervención de terceros, esto es *extraneus*, quienes sin tener la condición especial, participan en el hecho delictual especial conjuntamente con el sujeto cualificado, empero, deberán responder en calidad de partícipes, por la ausencia de la condición cualificada y el deber de fomento o protección frente al bien jurídico tutelado, deber especial de manejo absoluto del sujeto cualificado.

Por otro lado, se analizarán las diversas modalidades delictuales que buscan fundamentalmente, lesionar el bien jurídico general —correcta funcionalidad de la administración pública—. Asimismo, se desarrollará el escenario propio del iter criminal, esto es, los grados de intervención: actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento;

2 RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 336.

3 En términos similares, JESCHECK indica que: "El Derecho Penal es concebido como un instrumento de control, cumpliendo una misión social, lo cual implica proteger a la sociedad; actúa represiva y preventivamente, asimismo protege bienes jurídicos y los valores ético-sociales de la acción". Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona: Bosch, 1981, p. 3 y ss.

4 URQUIZO OLAECHEA, José, "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Derecho constitucional penal*, Lima: Idemsa, 2012, p. 306.

igualmente, las diversas formas de intervención delictual, las cuales corresponden a títulos de autores y partícipes. Finalmente, se evidenciarán algunos criterios jurisprudenciales propios de la temática.

CAPÍTULO I
ABUSO DE AUTORIDAD

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 376 CP)

El delito de abuso de autoridad aparece registrado en el art. 376 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 376**
> 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 (modificado según Ley N.° 29703, del 10 de junio del 2011).

II. ANTECEDENTES

Uno de los principales antecedentes, respecto al delito de abuso de autoridad, aparece registrado en el art. 175 del CP italiano de 1889. En ese sentido, presenta la siguiente descripción:

El funcionario que, abusando de los poderes inherentes a sus funciones, cometa, para causarles a otros un perjuicio o para ocasionarles un provecho, algún acto no previsto como infracción por especial disposición legal, será castigado [...].

Se advierte como antecedente referencial en el Perú, el art. 337 del CP de 1924. Posteriormente, con el CP de 1991, existieron diversas modificaciones; así tenemos: las Leyes N.os 28165 y 29703.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de abuso de autoridad, a nivel del tipo objetivo, presenta la siguiente estructura.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos —activo y pasivo—, existe una diversidad de supuestos, conforme se señala en las siguientes líneas.

1.1. Sujeto activo

Desde la óptica de los delitos de dominio: se trata de un delito especial propio, por cuanto, por voluntad del legislador, el tipo penal advierte un supuesto cualificado. En ese sentido, dicha condición especial fundamenta la punibilidad, no existiendo un tipo penal común subyacente.

Desde la plataforma de un sistema funcional-normativo se trata de un delito de infracción de deber[1], en razón de que se advierte una norma de mandato, la misma que aparece vinculada a una institución especial, esto es, "administración pública".

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en este delito resulta ser el Estado, siendo el único titular del bien jurídico tutelado (titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública), esto es, correcta "administración pública". En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, se señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El delito analizado presenta una diversidad de supuestos típicos, los cuales serán analizados de la misma forma. En las líneas venideras se determinará la clase de delito y la forma de ejecución delictual.

2.1. Supuestos típicos

La técnica legislativa advierte un acto abusivo, expresado bajo dos modalidades típicas, las cuales aparecen ligadas a los verbos "cometer" y "ordenar". Estas terminan desencadenando un acto arbitrario perjudicial, conforme se detalla a continuación.

2.1.1. El abuso de atribuciones

El supuesto aludido exige, en primer orden, que el agente delictual se encuentre operando en sus funciones, en razón del cargo encomendado[2]; caso contrario, no se puede invocar el ejercicio abusivo de las atribuciones funcionariales. En segundo plano, el tipo penal demanda abusar de las facultades funcionariales, es decir, el agente delictual sobrepasa los límites del ejercicio del cargo, limites registrados en reglamentos, leyes, directivas, instrumentos de gestión (ROF, MOF), instructivos, etc.

---

1 Cfr. GARCÍA NAVARRO, Edwar, "Cuestiones de imputación en atentados contra ordenes funcionariales ejecutables", p. 544, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 264.

2 *Idem, El delito de abuso de autoridad*, p. 62, citado por SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 218.

El exceso de las funciones conlleva al agente delictual a otorgarle una finalidad distinta al cargo encomendado, distorsionando la función pública. Por citar un ejemplo: el alcalde provincial dispone la destitución de personal edil nombrado, ya que no son afines a su política institucional, en ese sentido, se advierte un manifiesto accionar extralimitado por parte del alcalde (entiéndase que, la destitución de un personal exige el inicio de un procedimiento administrativo sancionador).

De manera complementaria, y con la finalidad de diferenciar entre lo arbitrario y lo injusto de los criterios propios de la conducta delictual analizada, los autores GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU —invocado criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (Auto del 24 de octubre de 1976)— indican: "Lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad"[3].

2.1.2. El perjuicio

El tipo penal, por mandato del legislador, exige la presencia de un "perjuicio". En ese sentido, según la RAE, el término perjuicio proviene del latín *praeiudicium,* y se refiere a una situación que exige detrimento patrimonial, debiendo ser indemnizado por quien lo causa. Por lo tanto, se advierte que el perjuicio aludido tiene que ser "concreto" y no abstracto, es decir, cuantificable; conforme indica REÁTEGUI SÁNCHEZ, "el elemento perjuicio es de naturaleza objetiva, de modo tal que deber resultar perfectamente medible, verificable en base a criterios objetivos de observación – contrastación".[4]

Por otro lado, la técnica legislativa respecto al sujeto pasivo registra una redacción lata al indicar "perjuicio a alguien", advirtiéndose una forma indeterminada. Conforme indica mayoritariamente la doctrina nacional, puede ser una persona natural o jurídica, pero no puede ser el mismo Estado, debiéndose identificar otro tipo penal[5]. Por ejemplo, el sujeto que, abusando de sus atribuciones, ordena a los miembros del comité especial el otorgamiento de la buena pro de una determinada contratación pública, no podría incurrir en abuso de autoridad, por el contrario, nos encontramos ante un escenario colusorio, por la existencia de una forma específica delictual, a pesar de que el agente delictual haya abusado de sus atribuciones.

De manera complementaria, el perjuicio deberá contener relevancia, esto es, la transcendencia suficiente para afectar al sujeto sobre el cual recae la acción típica. De esta manera, no basta la llamada de atención de manera agresiva o prepotente por parte del funcionario hacia un subalterno. En términos similares, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Cuaderno de Apelaciones N.º 24-2015 Santa, de fecha 19 de mayo del 2017, indica: "De otro lado, para que se configure el delito

3 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del 2000*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 476.

4 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 279.

5 *Loc. cit.*

de abuso de autoridad, se debe acreditar un perjuicio relevante a la parte afectada, lo que no se acreditado en autos"[6].

2.1.3. Cometer un acto arbitrario perjudicial

La conducta delictual aparece determinada por el verbo activo "cometer", el cual, según la RAE, proviene del latín *committre,* lo cual implica: "Caer o incurrir en una culpa, yerro, falta, etc". En ese sentido, el agente delictual despliega un acto funcional, extralimitándose de sus funciones y causando un perjuicio concreto a terceras personas, naturales o jurídicas.

En términos similares, FRISANCHO APARICIO indica: "Lo arbitrario no tiene ningún fundamento legal, pues solo obedece al capricho del funcionario público. El acto arbitrario lo comete el funcionario, con ocasión del ejercicio de sus funciones y haciendo mal uso de éstas. Precisamente, es la posibilidad de ejercer la autoridad lo que le da la oportunidad al sujeto activo de producir perjuicios a otras personas"[7].

Una situación ejemplificadora sucede cuando, el efectivo policial que en el ejercicio de sus funciones detiene a una persona, aduciendo encontrarse en supuesto de flagrancia (respecto a la sustracción de un equipo de celular), empero el hecho logró suscitarse quince días atrás de la intervención.

2.1.4. Ordenar un acto arbitrario perjudicial

El delito analizado contiene, en términos similares que el anterior supuesto, un verbo activo, en este caso es "ordenar". Por lo tanto, según la RAE, proviene del latín *ordināre*, lo cual implica "colocar algo o a alguien de acuerdo con un plan o de modo conveniente. Encaminar y dirigir algo a un fin".

Siendo así, el tipo penal analizado alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictivo cualificado, ejerciendo sus funciones, dispone a una tercera persona acerca del inicio y ejecución de un acto arbitrario perjudicial, en agravio de una persona natural o jurídica. En términos de ABANTO VÁSQUEZ: "autoridad que, en ejercicio de sus atribuciones (pero abusando), manda a otro (funcionario o particular) a que ejecute determinado acto"[8].

2.2. Clase de delito

Desde la óptica de la conducta delictual, se presentan dos verbos rectores: "ordenar" y "cometer". De esta manera, la clase de delito dependerá del supuesto fáctico determinado por el verbo rector.

Respecto al verbo "ordenar", el delito analizado resulta ser un delito de comisión instantánea, siendo suficiente que el sujeto cualificado durante el ejercicio de sus funciones emita la orden para ejecutar un acto arbitrario perjudicial, resultando irrelevante la

6 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *Cuaderno de Apelaciones N.° 24-2015 Santa*, Lima: 19 de mayo del 2017, f. j. n.° 7.6.

7 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 250.

8 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 229.

ejecución del acto arbitrario; pero, se necesitará que la orden aparezca dotada de idoneidad, caso contrario, no existiría inminencia para lesionar el bien jurídico. Por ejemplo, si se trata de una broma y, a pesar que el tercero receptor de la orden se preste a ejecutar el mandato, dicho accionar deviene en inexistente, por la imposibilidad del mismo. El profesor SALINAS SICCHA desarrolla un escenario de mayor amplitud, indicando: "No se requiere que llegue a conocimiento de su destinatario, menos su cumplimiento o generación perjudicial, es suficiente con constatar la idoneidad efectiva contra los derechos particulares"[9]

Respecto al verbo "cometer", por la misma propiedad del verbo activo, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, la estructura aparece determinada por el baremo "espacio-tiempo".

2.3. Forma de ejecución

El delito de abuso de autoridad, por la misma naturaleza activa de los verbos rectores, "ordenar" y "cometer", resulta ser un delito de comisión y no así de omisión (propia o impropia). En términos similares, BERNAL PINZÓN indica: "Otra característica importante de la conducta es la de ser eminentemente activa [...]"[10].

2.4. De la modalidad agravada

La parte final del art. 376 del CP, incorporado por la Ley N.º 28165[11], hace alusión al supuesto en el cual, el funcionario público actúa en un procedimiento de cobranza coactiva, supuesto que opera como una circunstancia agravante, intensificando el reproche penológico. En ese sentido, se advierte un escenario restringido a determinadas situaciones admitidas en el sector público, por cuanto, no todas las instituciones públicas admiten dicho procedimiento. Por ejemplo, los entes ediles a nivel nacional, los cuales según la Ley N.º 27972 y sus modificatorias, regulan el procedimiento de cobranza coactiva ante el incumplimiento de las obligaciones de los usuarios, entendiéndose básicamente a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

De esta manera, si el funcionario público habilitado para participar en un proceso de cobranza coactiva, abusa de sus atribuciones, emite u ordena un accionar arbitrario, sin respaldo legal (extralimitándose de sus funciones), causa un perjuicio a las personas naturales o jurídicas.

3. Elementos concomitantes

En este rubro, serán analizados: el objeto de protección penal y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

---

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 227 y 228.
10 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 168.
11 EL PERUANO, *Ley N.º 28165: Ley que modifica e incorpora diversos artículos a la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva N.º 26979*, Lima: 10 de enero del 2004.

3.1. Bien jurídico

El objeto de protección no es nada fácil de identificar, por cuanto, por un lado tenemos aquellos que, desde una óptica genérica, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública; y de manera específica, resulta ser el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el Derecho[12].

Por otro lado, tenemos a DONNA, quien considerando la versión de JESCHEK, indica que el bien jurídico en este tipo de delitos "se trata de la protección de la regularidad y la legalidad de la gestión o del ejercicio del cargo por parte del funcionario y el interés del Estado en la honestidad y legitimidad de administración de justicia, así como la confianza en la integridad del aparato estatal, que se comprende bajo la expresión prohibición del abuso de poder o del abuso de funciones"[13].

Por lo ya expuesto, considero que el bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[14]. De manera específica, resultan ser los derechos de los particulares los cuales resultarían afectados por los sujetos cualificados portadores de deberes funcionariales[15], en tanto que el Estado pretende brindar un servicio idóneo en el desarrollo de la sociedad a través del sector público, con la finalidad de optimizar la interacción social y el respeto de los derechos del ser humano admitido en sociedad.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, estos dependerán en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, como lo es el verbo "ordenar". De esta manera, el delito resulta ser de comisión instantánea, no resultando admisible los criterios de imputación objetiva, por cuanto dicha institución exige el criterio "espacio-tiempo", presupuesto que aparece en los delitos de resultado y no así en los tipos penales de mera actividad, en razón de que en estos últimos existe coincidencia simultanea entre la conducta desplegada y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Considero pues, que en los delitos de mera actividad no se cumpliría con los presupuestos propios del baremo espacio-tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión -no es nada pacifica dicha situación en el escenario dogmatico, existiendo un amplio debate[16]-, respecto a la

12 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 221.

13 DONNA ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 196 y 197.

14 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.

15 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del 2000*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ob. cit., p. 474.

16 Respecto al debate aludido, tenemos la evidencia presentada por Juan Luis MODOLELL, manifestado en su ensayo jurídico "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", quien refiere que Santiago MIR PUIG, para quien así como el resultado causado materialmente por una conducta pueda que no sea imputable a esta, por no ser previsible *ex ante* que causase el resultado, también en los delitos de mera actividad podría

admisión de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad. Respecto al verbo "*cometer*", no existe problema alguno para admitir la posibilidad de accionar los filtros de imputación objetiva, tanto en su vertiente de conducta como de resultado, según cada caso concreto.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de abuso de autoridad resulta ser un delito de comisión dolosa, por cuanto se demanda en el autor, conocimiento y voluntad para consumar el delito. De esta manera, el funcionario público comete u ordena el acto arbitrario perjudicial con plena voluntariedad lesiva, no siendo posible el accionar culposo. La información expuesta, respecto al concepto de dolo, responde a una concepción ontológica y no así normativa, conforme indica la Casación N.° 367-2011 Lambayeque, del 15 de julio del 2013, la misma que tiene efecto vinculante.

Por otro lado, al considerar el delito aludido como un delito de infracción de deber, el nivel subjetivo tendría que ser normativizado[17], es decir, la concepción ontológica y la tesis subjetivista del dolo (conocimiento y voluntad), resulta irrelevante, por cuanto la infracción del deber fundamentaría el injusto penal. En términos similares, SILVINA BACIGALUPO indica: "En los delitos de infracción de deber no es necesario que el hecho principal, la infracción del deber por el garante, sea doloso"[18].

V *ITER CRIMINIS*

El *iter criminal*, conocido como camino delictual del tipo penal en comentario, se desarrolla en las líneas venideras.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios pertenecen a la fase externa del camino delictual, es decir, tienen relevancia para el derecho penal en la medida de que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no opera en el presente caso.

---

no ser previsible, desde un punto de vista *ex ante*; ilustrando su afirmación con el ejemplo siguiente: "El delito de allanamiento de morada ajena contra la voluntad de su morador [...] supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada". Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2015 y <https://bit.ly/2qIdfbW>. Ante tal ejemplo, considero que se deberá recurrir a la figura de error de tipo, como elemento negativo de la tipicidad, a efecto de enervar criterios de atribución, y no así a los presupuesto de imputación objetiva.

17 Es necesario precisar que la tesis expuesta, respecto al nivel subjetivo en los delitos de infracción de deber en el Perú, por el momento, no tendría cabida; por cuanto, el sistema de imputación nacional, proscribe la responsabilidad objetiva, según el art. VII del TP del CP. De la misma, el sistema jurisprudencia persiste, a nivel del tipo subjetivo, en mantener criterios ónticos en un escenario normativo, sin embargo, lo coherente resulta ser la admisión del dolo normativo, en los delitos de infracción de deber, por la misma afinidad de la naturaleza normativa de las citadas categorías jurídicas.

18 BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Autoría y participación en delios de infracción de deber, una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 172.

2. Tentativa

Con relación al verbo "cometer" –al tratarse de un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio-tiempo"–, entonces se deberá tener en cuenta los lineamientos del art. 14 del CP, es decir, se debe admitir la tentativa, según el caso concreto. Respecto al verbo "ordenar", –por cuanto, el delito resulta ser de comisión instantánea–, no es posible la admisión del delito tentado, por la ausencia del el baremo "espacio-tiempo".

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Considerando al delito de abuso de autoridad como delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal materia de análisis depende del verbo rector, es decir, respecto al verbo "*ordenar*". El tipo penal aparece consumado en la medida que el agente delictivo emita la orden ilegal y arbitraria, siendo irrelevante el acto perjudicial en agravio de terceros, por cuanto, en ese extremo, el delito resulta ser de comisión instantánea. La orden abusiva e ilegal, conforme indica SALINAS SICCHA, exige idoneidad efectiva contra los derechos particulares[19]. En términos similares, GRISPIGNI, indica: "El simplemente ordenar un hecho ilegitimo constituye ya un abuso de poder cometido por el funcionario público que lo ordena" [20].

Con relación al verbo "cometer", el delito de abuso de autoridad alcanza su perfeccionamiento en la medida que se evidencie el perjuicio concreto producto del acto arbitrario, por cuanto, en este extremo, la figura delictual resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio-temporal". En términos similares, PEÑA CABRERA FREYRE indica: "Con respecto a la segunda modalidad del injusto -de cometer-, al develar un acto materialmente identificable, requiere de un resultado, en cuanto a la concreta afectación de un derecho subjetivo [...]"[21].

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de abuso de autoridad no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto el supuesto de hecho contiene la institución "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, entendido como deber de probidad. En ese sentido, el sujeto cualificado, al abusar de sus atribuciones funcionariales -propias del cargo encomendado-, infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores "ordenar" y "cometer" el acto abusivo, es decir, la constatación del per-

19 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 227 y 228.
20 GRISPIGNI, Filippo, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, p. 167, citado por BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, p. 168.
21 PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 217.

juicio operaría como fase pos-consumativa y elemento circundante del tipo subjetivo. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber tienen como único criterio para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva[22].

4. Agotamiento

Este delito aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida de que el agente delictual (con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "ordenar" y "cometer", así como después de lesionar el deber especial sostenido en la institución positiva) logra su cometido abusivo, esto es, causar perjuicio al sujeto sobre el cual recae la acción típica (respecto al verbo rector "ordenar") o en su defecto, cumple sus planes espurios (respecto al verbo "cometer"), según cada caso concreto.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito comentado exige analizar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Nuestro sistema penal regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, esto es: autoría directa, como dominio de la acción delictual; autoría media, como dominio de la voluntad del instrumento; y la coautoría, como codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, es necesario precisar que solo será autor el sujeto que ostente el título formal de funcionario público, en el entendido del sujeto especial que ostente la capacidad de disponibilidad o capacidad de mando para emitir o disponer el acto abusivo. Por lo tanto, el servidor público no podrá responder como autor del delito analizado, por cuanto no ostenta esa capacidad de mando para emitir el acto funcional de abuso, a pesar de que en términos del art. 425 del CP no se haya realizado una discriminación palmaria —por cuanto se opta por un concepto amplio de funcionario público—, em-

22 En términos similares, respecto a la autoría, Silvina BACIGALUPO indica: "El segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de un deber extra penal, en lo que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo". *Vid.* BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delios de infracción de deber*, ob. cit., p. 172. Por otro lado y de manera complementaria, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, considerando el peso de la institución positiva, advierte que tal institución, contiene tanto deberes positivos y negativos, por lo tanto, entendemos que la infracción del deber especial y la lesión a la institución, no solo dan por sentado la autoría, sino que, además, fundamentan el injusto penal, así tenemos: "[...] *Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues – a diferencia de las expectativas negativas del neminen laedere- un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa —pero no al contrario—*". *Vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber*, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo; Enrique PEÑARANDA RAMOS; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES; María RUEDA MARTIN y Eduardo JAVIER RIGGI, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014, p. 294.

pero, en el delito bajo análisis, la lógica abierta de funcionario público no opera, por la misma redacción típica.

Siendo así, todo funcionario o servidor público que no tenga la capacidad de disponer el acto arbitrario perjudicial, en razón del cargo, no podrá ser autor del ilícito en comentario. Un ejemplo ilustrativo se da cuando, los miembros del serenazgo municipal participan en un proceso de ejecución coactiva o coadyuvan a la laborar policial en una intervención por flagrancia delictiva; en la medida que se advierta un acto abusivo desplegado por un sujeto cualificado en razón del cargo y con capacidad de disponibilidad funcional, dichas personas no responderán como autores del delito de abuso de autoridad, por cuanto no tienen el estatus de funcionarios públicos, sino por el contrario, tienen la calidad de "obreros municipales", conforme señala la Casación Laboral N.° 7945-2014 Cusco, del 29 de septiembre del 2016, y en términos similares, el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 2168-2013-PA/TC, quedando únicamente la posibilidad de admitir su responsabilidad a nivel de participación delictual —en el verbo rector "ordenar"—, en la medida que se hayan acoplado al plan delictual del funcionario público agresor.

Desde la óptica de los delitos de dominio —entendiéndose como delito especial propio—, el delito de abuso de autoridad admite autoría directa, exigiéndose que el sujeto cualificado (funcionario público) ejerza por sí mismo la acción delictual, es decir, "ordene" o "cometa" la conducta prohibida, materializada en el acto abusivo funcional. Respecto a la autoría mediata, con relación al verbo rector "ordenar", también es posible, en la medida que el sujeto cualificado utilice a un tercero, siendo este último, quien deberá operar bajo los efectos del error o coacción; por lo tanto, se advierte un caso de dominio de la voluntad. Sin embargo, dicha forma de autoría no funciona respecto al verbo "cometer", por cuanto exige un accionar personalísimo del sujeto delictual). Con relación a la coautoría, es posible, en la medida que el acto arbitrario exija la autorización conjunta de dos o más funcionarios públicos, quienes operan en razón del cargo. Por ejemplo, el acto funcional plasmado en una resolución de alcaldía, en la cual se dispone el cierre de locales comerciales en horas de la mañana; entendiendo que dicha decisión se sustenta en la aprobación de los miembros del consejo de alcaldía, deben responder, conjuntamente, los funcionarios públicos que intervinieron en razón del cargo, bajo el verbo "cometer".

Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, es posible la admisión de la autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, debido a que el deber especial —contenido en la institución positiva— fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de abuso de autoridad admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), siendo partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado que dispone la orden o acto arbitrario y perjudicial. Dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia al

hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él; es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida de que el extraño determine al funcionario público a emitir el acto funcional abusivo y perjudicial. Por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiente de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un extraneus, es decir, un sujeto no cualificado en razón del cargo.

VII. PENALIDAD

El delito de abuso de autoridad tiene dos dimensiones respecto al sistema penológico. En su forma simple: en la medida que el funcionario público ordene o cometa el acto abusivo perjudicial, deberá responder con pena privativa de libertad no mayor de tres años. En su dimensión agravada: el funcionario público que ordene o cometa un acto abusivo perjudicial, en un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

CAPÍTULO II
ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 376 -A CP)

El delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, aparece registrado en el art. 376-A del CP, señalando lo siguiente:

Artículo 376

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 (artículo incorporado según Ley N.° 28355, del 06 de octubre del 2004).

II. ANTECEDENTES

El antecedente legislativo del delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, aparece por primera vez incorporado al CP, según detalla la Ley N.° 27722[1], indicando lo siguiente:

> **Artículo 1. Incorpora artículo 394-A al Código Penal**
>
> Incorporase el artículo 394-A al Código Penal, en los términos siguientes:
>
> Artículo 394-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 (3) ni mayor de seis (6) años, e inhabilitación por igual tiempo a la condena conforme a los incs. 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.
>
> De manera complementaria, mediante la Ley N.° 28355[2], el legislador nacional reubica y reforma el tipo penal en los siguientes términos:

1 El Peruano, *Ley N.° 27722: Ley que incorpora el artículo 394-A al Código Penal*, Lima: 14 de mayo del 2002.

2 El Peruano, *Ley N.° 28355: Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la ley penal contra el lavado de activos*, Lima: 6 de octubre del 2004.

Artículo 2. Reubica y reforma el artículo 394-A del Código Penal

Reubíquese el texto del artículo 394-A del Código Penal reformado, en la sección de los delitos de abuso de autoridad, como artículo 376-A, con el texto siguiente:

Artículo 376

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.

Por lo tanto, el antecedente del tipo penal aludido responde a la técnica legislativa expuesta.

III. TIPO OBJETIVO

A nivel del aspecto objetivo, existen tres elementos, conforme se detalla en las siguientes líneas.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos —activo y pasivo—, se advierten los siguientes supuestos.

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, la figura delictiva pertenece a la categoría de los delitos de dominio. Por lo tanto, se trata de un delito especial propio, ya que el tipo penal advierte un supuesto cualificado. En ese sentido, dicha condición especial fundamenta la punibilidad, no existiendo un tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la plataforma de un sistema funcional-normativo, se advierte que el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la "administración pública", específicamente, la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social. En ese contexto, se advierte una institución especial y deberes positivos, por lo tanto, se trata de un delito de infracción de deber.

Finalmente, el tipo penal delimita el radio de acción, tanto para funcionarios y servidores públicos, situación que nos lleva a realizar un trato diferenciado de dichas categorías, considerando los indicadores del derecho administrativo. Este último, resulta ser el de mayor consulta, ya que analiza el baremo de la capacidad de decisión, presupuesto que opera en el funcionario público y no así en el servidor público.

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, no existe duda alguna que recae en el Estado, como único titular del de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública protegidos, esto es, la correcta "administración pública". En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons.

n.º 23 de la Casación N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

En este rubro se analizarán los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y su forma de ejecución.

2.1. Supuestos típicos

Según la redacción del tipo penal, se advierte que el sujeto cualificado aparece ligado a determinados supuestos, conforme se detalla a continuación:

2.1.1. El condicionamiento a la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social.

Según la RAE, el verbo "condicionar" significa "hacer depender algo de una condición, influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo". En ese sentido, el funcionario o servidor público, valiéndose del cargo, influye o determina el accionar de terceras personas. Conforme indica ROJAS VARGAS[3], se ejerce un tipo de presión psicológica sobre determinadas personas, vinculadas a los bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, todo ello, con la finalidad que el sujeto activo obtenga ventaja política y/o electoral de cualquier tipo, en favor propio o de tercero.

Por otro lado y de manera complementaria, el condicionamiento desplegado por el agente delictual aparece conectado a programas públicos de apoyo o desarrollo social, entendiendo que dichos programas son producto de una gestión asistencialista del gobierno, dirigida a los sectores de mayor necesidad económica. Entre estos programas de mayor representación, se encuentran: los programas estatales de "comedores populares", "vaso de leche", "pensión 65", entre otros.

En ese contexto, el agente delictual, valiéndose del cargo público, obtiene ventaja frente a terceros, condicionando a los usuarios con la entrega y reparto de los diversos programas públicos; situación espuria que resulta ser reprochable desde la óptica del derecho penal.

2.1.2. La finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros

El valerse del cargo, utilizando los programas públicos de asistencia, tiene como única finalidad la obtención de beneficios personales o en favor de terceros. Las ventajas señaladas tienen que ver con el ámbito político, electoral o de cualquier tipo; es decir, el legislador, a pesar de haber proscrito expresamente el escenario político y electoral, también se extiende a áreas indeterminadas, según el caso concreto.

3 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 263.

2.1. Clase de delito

El delito mencionado resulta ser un delito de mera actividad[4], por cuanto, con la sola conducta condicionante, consuma el tipo penal, resultando irrelevante que el sujeto activo concretice el beneficio, ya sea personal o a favor de un tercero.

2.2. Forma de ejecución

El delito analizado, por la misma naturaleza activa del verbo rector condicionar, resulta ser un delito de comisión. De esta manera, no cabría la omisión, ya sea propia o impropia.

3. Elementos concomitantes

Respecto a los elementos concomitantes, esto es, bien jurídico y criterios de imputación objetiva, se analizarán en los siguientes ítems.

3.1. Bien jurídico

Desde una perspectiva genérica, resultaría ser la correcta funcionalidad de la administración pública; de manera específica, consideramos apropiadas las afirmaciones de SALINAS SICCHA[5], quien indica que el objeto específico de protección resulta ser el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el Derecho, por cuanto, al tratarse de un delito de infracción de deber, los deberes específicos determinan el objeto de tutela penal.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

La estructura de la *imputación objetiva*, contiene dos vertientes: imputación de la conducta e imputación del resultado. Respecto a la imputación de la conducta[6], se advierte que la creación del riesgo debe apreciarse "ex ante" al resultado lesivo, en cuanto a la imputación objetiva del resultado, la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar de manera "ex post".

En ese sentido, existe un amplio debate[7] respecto a la admisión de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad, por cuanto, la imputación objetiva exige el

4 En términos similares, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 223 y REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 290.

5 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 233.

6 Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta: 1. *Riesgo permitido*: El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado. 2. *Disminución del riesgo prohibido*: El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción. 3. *Riesgo insignificante*: El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico 4. *Principio de confianza*: El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes. 5. *Prohibición de regreso*: Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho. 6. *Autopuesta en peligro de la propia víctima*: Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

7 Respecto al debate aludido, tenemos la evidencia presentada por Juan Luis MODOLELL, manifiestado en su ensayo jurídico "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", quien refiere que Santiago MIR PUIG,

criterio "espacio- temporal", presupuesto que aparece en los delitos de resultado y no así en los tipos penales de mera actividad, en razón que en estos últimos existe coincidencia simultanea entre la conducta desplegada y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Por lo tanto, en los delitos de mera actividad, no se cumpliría con los presupuestos propios del baremo espacio–tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, no siendo posible la admisión de dicha categoría en el delito materia de análisis.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito materia de comentario resulta ser un delito de comisión dolosa, no siendo posible la forma imprudente, por cuanto, debido a su técnica de tipificación, dicho accionar deviene en expreso, situación que no opera en la redacción típica de la figura delictual analizada.

Por otro lado, al considerar que el delito aludido resulta ser un delito de infracción de deber, la verificación del elemento subjetivo aparece manifiesta en el deber positivo, situación que facilitaría la verificación de este escenario, el mismo que aparece inmerso en la lesión del deber positivo.

V. *ITER CRIMINIS*

Con relación al camino del delito, se tratarán a continuación cada uno de sus estadios.

1. Actos preparatorios

Conforme es conocido, los actos preparatorios que pertenecen a la fase externa del camino delictual, tendrán únicamente relevancia para el sistema penal en la medida de que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible; supuesto inexistente en el delito materia de análisis.

2. Tentativa

Al tratarse de un delito de mera actividad, el delito tentado deviene en inexistente, por la ausencia del baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado.

---

para quien así como el resultado causado materialmente por una conducta pueda que no sea imputable a esta, por no ser previsible *ex ante* que causase el resultado, también en los delitos de mera actividad podría no ser previsible, desde un punto de vista *ex ante*; ilustrando su afirmación con el ejemplo siguiente: "El delito de allanamiento de morada ajena contra la voluntad de su morador [...] supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada". Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y <https://bit.ly/2qIdfbW>. Ante tal ejemplo, considero que se deberá recurrir a la figura de error de tipo, como elemento negativo de la tipicidad, a efecto de enervar criterios de atribución, y no así a los presupuesto de imputación objetiva.

3. Consumación

La forma consumativa aparece ligada a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal y de los verbos rectores, conforme se analizara en las líneas siguientes.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Considerando, respecto a los sujetos, que el delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios resulta ser un delito especial propio -delito de dominio-, el tipo penal alcanza perfeccionamiento, en la medida en que el sujeto cualificado condicione la distribución de servicios respecto a programas públicos de apoyo o desarrollo social. Por lo tanto, el solo condicionamiento consuma el tipo penal, siendo irrelevante la obtención o concreción de obtención de ventajas políticas o electorales a favor de terceros o en beneficio propio.

El profesor SALINAS SICCHA[8] indica que el condicionamiento puede darse de diversas modalidades, por ejemplo, en la negativa a cumplir con la ejecución del programa social, pactos de adherencia, concurrencia a mítines, firmas de adherentes, memoriales de desagravio, etc.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

Teniendo en cuenta que el tipo penal contiene una institución positiva, esto es, "administración pública", se advierte la existencia de un delito de infracción de deber; por lo tanto, la sola infracción del deber positivo -deber de salvamento- configura automáticamente el tipo penal. El perfeccionamiento típico aparece ligado al verbo "condicionar", de la misma forma, dicho accionar lesivo mantiene estrecha conexidad y acoplamiento con el bien jurídico, y deviene en irrelevante, para el análisis de la conducta delictual, la concepción de la acción en sus expresiones activas y omisivas, por cuanto el escenario normativo condiciona la consumación del delito con la sola infracción del deber especial. El deber específico, sustentado en la institución, resultaría ser el deber de probidad que tiene el funcionario o servidor público con el bien jurídico encomendado, a efectos de que construya un escenario positivo propio del bien común.

4. Agotamiento

La forma agotada del delito analizado, resultaría, en la medida que el sujeto cualificado concrete la ventaja política o electoral de cualquier tipo, sea para beneficios propios o a favor de terceros. Por ejemplo, el funcionario público que habiendo condicionado a los miembros de los comedores populares, con la entrega de los insumos, en la medida que sufraguen a favor del partido político del cual es partidario el sujeto cualificado, logra que dicho partido gane los comicios electorales.

8 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 235.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

Este delito exige analizar las diversas formas de ampliación del tipo penal, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las figuras de ampliación del tipo penal -esto es, autoría-, aparecen previstas en el art. 23 del CP, por lo tanto, considerando la estructura de los delitos de dominio, tenemos que: la autoría directa, implica dominio de la acción delictual; la autoría media, dominio de la voluntad del instrumento; y la coautoría, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores. En ese sentido, será autor el sujeto que ostente el título formal de funcionario o servidor público, quien deberá tener la capacidad para condicionar la distribución de servicios respecto a programas públicos de apoyo o desarrollo social, siendo así que el delito analizado admite autoría directa, exigiéndose que el sujeto cualificado (funcionario público) ejerza por sí mismo la acción delictual, es decir, "condicione los programas sociales a fines personales o a favor de terceros vinculados a obtener ventajas políticas o electorales. Por ejemplo, el funcionario público edil -responsable del manejo de la designación del personal de limpieza- que condiciona al personal laboral, la ubicación y desataque de los puestos de trabajo, en la medida que sufragen a favor del partido político en el cual participa, y que él ostente la calidad de candidato.

Respecto a la autoría mediata, también es posible en la medida que el sujeto cualificado utilice a un tercero, siendo este último, quien deberá operar bajo los efectos del error o coacción. Por lo tanto, se advierte un caso de dominio de la voluntad cuando, por ejemplo, el funcionario público, responsable de la entrega de los insumos al comité de leche, utiliza a un tercero para que entregue dichos insumos a determinados comités, siendo estos últimos quienes están condicionados al apoyo en el proceso electoral a favor de un determinado partido político afín a los intereses del sujeto cualificado, desconociendo el tercero de tal escenario.

Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto condicionante sea emitido por dos o más funcionarios o servidores públicos, quienes operan en razón del cargo, a efecto de lograr un beneficio personal o a favor de un tercero, dentro de un escenario político o electoral. Por ejemplo, los funcionarios públicos responsables del programa de comedores populares que condicionan a los integrantes del mismo y el apoyo en los comicios electores en las cuales participa el partido político de dichos funcionarios. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, es posible la admisión de *autoría directa*, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto el deber especial es personalísimo, el mismo que fundamenta la autoría e injusto penal, siendo que el sujeto cualificado mantiene una relación directa de protección con la institución específica y el bien jurídico protegido.

2. Formas de participación

Este delito admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), de esta manera será participe el sujeto

que coopera con el plan del autor cualificado que dispone la orden o acto arbitrario y perjudicial. Dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él. Es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación, conforme aparece confirmado en el Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116[9].

Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión, en la medida de que el extraño determine al funcionario o servidor público a emitir el acto funcional condicionante. Por ejemplo, el tercero que determina al funcionario público responsable del comité de vaso de leche y candidato a la alcaldía, a condicionar a los miembros del citado comité a votar por él, bajo la amenaza de no entregar los insumos comestibles. Por lo tanto, la participación (complicidad e instigación) es posible, tanto en su vertiente de dominio como de infracción de deber, en la medida que aparezca dirigida a un *extraneus*.

VII. PENALIDAD

El delito analizado presenta una dimensión penológica relativamente intensa, esto es, el agente delictual será penado con una sanción no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al art. 36.1 y 36.2 del CP.

9 El f. j. n.° 14 indica: "[...] que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico- penal en cuestión; es claro entonces que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe [...]".

CAPÍTULO III
OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 376-B CP)

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles aparece registrado en el art. 376-B del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 376**
> 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 (artículo incorporado según Ley N.° 28355, del 06 de octubre del 2004).

II. ANTECEDENTES

El antecedente directo del delito materia de comentario aparece en la Ley N.° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, teniendo como objeto, conforme señala el art. 1 de la citada ley, promocionar las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, estableciendo la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión.

En ese sentido, conforme señala Peña Cabrera Freyre[1], lo relevante para la temática analizada, resulta ser la declaración de "interés nacional", es decir, la protección de los derechos de vía y localización de áreas otorgadas para proyectos de inversión, por lo tanto las personas naturales o jurídicas que impidan, bajo cualquier modalidad, el ejercicio del derecho de vía otorgado o invadan la localización de área, será de aplicación lo dispuesto en el art. 920 del CC, referente a las defensas posesorias judicial; en esa línea, conforme indica el citado autor, resulta de vital importancia, lo previsto en el art. 28.3 de la Ley N.° 30327, la misma que indica:

Sobre los terrenos destinados a derechos de vía no puede otorgarse ningún título de propiedad ni emitir autorizaciones de ocupación, construcción, ni de reconocimiento de nuevos derechos, distintos al uso de los derechos de vía para la instalación de la infraes-

1 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 225.

tructura necesaria para la ejecución de proyectos de inversión. La autoridad municipal, a través del ejecutor coactivo, debe ordenar la demolición de obras inmobiliarias que contravengan lo dispuesto en la presente norma.

III. TIPO OBJETIVO

A continuación, se analizarán los componentes del tipo objetivo del delito de otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro se analizará dos clases de sujetos, siendo, sujeto activo y sujeto pasivo, por cuanto, aparecen ligados a la formulación típica.

1.1. Sujeto activo

Con relación al sujeto activo, el delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal advierte un supuesto cualificado, esto es, funcionario público, en ese sentido, dicha condición especial del agente delictual restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo un tipo penal común subyacente.

En sentido contrario, desde una fundamentación material, propia de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución "administración pública", exponiendo el legislador la presencia de deberes especiales impuestos al agente delictual, advirtiendo que la lesión de dichos deberes perfeccionaría el injusto penal, es decir, el *funcionario público al violar sus atribuciones u obligaciones, otorgando 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*, estaría infringiendo deberes de salvamento, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

Por otro lado, el tipo penal, delimita el radio de acción, únicamente el estatus de funcionarios públicos y no así servidores públicos, situación que advierte que el agente delictual, tiene que tener capacidad de decisión sobre asuntos vinculados al otorgamiento de derechos de posesión o títulos de propiedad, todo ello, en razón del cargo.

1.2. Sujeto pasivo

Con relación al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", por cuanto, aparece como el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública, en términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado

no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto al rubro analizado, se tiene los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución.

2.1. Supuestos típicos

El tipo penal materia de comentario presenta las siguientes modalidades típicas:

2.1.1. El otorgamiento ilegitimo de derechos de posesión

La posesión pertenece a la categoría de los derechos reales, siendo así, el art. 896 del CC peruano, señala lo siguiente: "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad"; en ese sentido, el poseedor, al haber adquirido tal condición tiene todos los derechos legítimos que le asiste, entre ellos, el art. 921 del citado cuerpo legal, cuando indica que "[t]odo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él". En términos similares, el estatus posesorio genera derechos de propiedad conforme lo señala el art. 950: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe".

En ese sentido, la dinámica del sistema legal privado, busca que el poseedor obtenga, legalmente, el título de propietario, por lo tanto, sin lugar a dudas, la posesión aparece como uno de las formas para obtener la propiedad. Según lo expuesto, el estatus de poseedor genera derechos legales frente a terceros, sin embargo, el sistema penal prohíbe el otorgamiento ilegitimo de derechos de posesión, por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el funcionario público emita el titulo posesorio sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

Respecto a los requisitos establecidos por la normatividad, para autorizar el derecho posesorio, aparece las normas genéricas y especiales. La norma genérica aparece fijada en el CC[2], y las normas específicas según cada caso concreto; por ejemplo, los requisitos de formalización de propiedad inmueble fijados en el art. 8 del Reglamento de Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares, a que se refiere el título I de la ley N.º 28687, aprobado por D. S. N.º 006-2006-VIVIENDA, que señala diversos requisitos para obtener un título producto de un proceso de formalización de bienes inmuebles.

2 Por ejemplo, en los arts. 921 y 950 del CC.

En ese sentido, el funcionario púbico, habilitado por ley, en razón del cargo, que autoriza y emite título posesorio de bienes inmuebles sin cumplir los lineamientos establecidos en las normas genéricas y específicas comete el delito materia de análisis.

2.1.2. La emisión de títulos de propiedad sobre bienes de dominio público

Se entiende por bienes de dominio público a todo bien de naturaleza estatal cuya finalidad y uso fueron destinados al servicio público, de la misma forma, dichos bienes, según el art. 73 de la Constitución Política del Perú, tienen el carácter de inalienables e imprescriptible. De la misma forma, el TC señala al respecto que "los bienes del Estado pueden ser públicos o privados. Los bienes poseídos por los entes públicos, a título público, son los comprendidos bajo el *nomen* de dominio público. Lo que hace que un bien del Estado tenga dicha condición es su afectación al servicio y uso públicos"[3].

En ese sentido, resulta ilustrativo lo señalado por el art. II del título preliminar del D. S. N.° 154-2001-EF, precisándose lo siguiente:

> Son bienes de dominio público: a) Los bienes destinados al uso público, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad estatal. b) Los bienes de servicio público, que son aquéllos destinados directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales; así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos. c) Los bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional. d) Todos aquéllos a los que por ley se les confiera tal calidad. Sobre los bienes de dominio público, el Estado ejerce su potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a ley.

De manera complementaria, el art. 2.2.a) del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Ley N.° 29151), establece lo siguiente:

> Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley.

Siendo así, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el funcionario público, en pleno ejercicio de sus funciones, en razón del cargo, emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público a favor de terceros, incumpliendo la normatividad vigente; por ejemplo, el funcionario de Cofopri, respecto a la plaza de armas principal de una ciudad, expide un título de propiedad a favor de terceras personas.

3 Véase, al respecto, las siguientes sentencias: STC Exp. N.° 015-20001-AI/TC; Exp. N.° 016-2001-AI/TC y Exp. N.° 004-2002-AU/TC.

2.1.3. La emisión de títulos de propiedad sobre bienes de dominio privado estatal

Los bienes de dominio privado estatal, son aquellos que, perteneciendo al Estado, no aparece destinado al servicio público, por cuanto fueron entregados a particulares por diversas modalidades contractuales, quienes ejercen derechos y dominio sobre los mismos. En ese sentido, el art. III del título preliminar del D. S. N.° 154-2001-EF, señala lo siguiente:

> Los bienes de dominio privado son los que siendo de propiedad de la entidad pública no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público. Sobre los bienes de dominio privado, las entidades públicas ejercen el derecho de propiedad con todos sus tributos, sujetándose a las normas del derecho común.

Por otro lado, y de manera complementaria, los bienes de dominio privado del Estado aparecen definidos en el art. 2.2.b) del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Ley N.° 29151), el cual señala: "Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos". Por lo tanto, el tipo penal analizado alcanza perfeccionamiento en la medida que el funcionario público, operando en razón del cargo, suscribe y emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio privado, pero de naturaleza estatal, a favor de terceros, infringiendo la normatividad vigente.

2.1.4. La emisión de títulos de propiedad sobre bienes inmuebles de propiedad privada

Respecto al supuesto aludido, resulta ser la otra dimensión del sistema de propiedad, en el cual, el Estado es totalmente ajeno, por cuanto, existe dominio absoluto de terceras personas de naturaleza privada con relación a los bienes inmuebles, en dicha dimensión, prima la libertad contractual y capacidad de disponibilidad y adquisición. Bajo el escenario expuesto, el funcionario público, en razón del cargo, emite títulos de propiedad vinculados a bienes inmuebles privados, los cuales aparecen infringiendo la normatividad de la materia, por ejemplo, el funcionario de Cofopri que suscribe y emite título de propiedad de bien inmueble a favor de un tercero ("Y"), a pesar de haber observado que el bien aludido, documentalmente, pertenece a la empresa "X".

2.1.5. Incumplimiento de la normatividad vigente

El tipo penal demanda que el funcionario público, habilitado por ley para el ejercicio del cargo, emite títulos, respecto a bienes inmuebles públicos o privados, contraviniendo la normatividad vigente respecto a la temática, dicha infracción advierte la creación de un riesgo jurídicamente relevante para el sistema penal, el mismo que habilita derecho penal para sancionar dicha conducta. La normatividad vigente, aparece diseminada tanto en normas genéricas y especiales; por ejemplo, el CC, leyes especiales (D. S. N.° 154-2001-EF, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley N.° 29151, etc.), entre otros, según el caso concreto.

2.1.6. De la forma agravada

El legislador intensifica en nivel de reprochabilidad, en la medida que el funcionario público otorga títulos sobre derechos de posesión y propiedad a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles, referidos a títulos de posesión y propiedad, sobre bienes de dominio privados estatales, por ejemplo, el funcionario público de Cofopri habilita con títulos a un grupo de invasores, quienes no cuenta con derechos habilitados por la normatividad.

2.2. Clase de delito

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, la conducta delictual advierte el binomio "espacio-tiempo", en ese sentido, el verbo "emitir" denota la naturaleza de la conducta, por cuanto, según la RAE dicho verbo proviene del latín, *emittĕre,* el cual significa "[...] dar o manifestar, por escrito o de viva voz, un juicio, un dictamen o una opinión [...]".

Por lo tanto, el verbo rector, es un verbo de acción, el cual evidencia que el agente delictual emite un juicio de valor respecto a la emisión de títulos de propiedad o posesión, lo cual pone de manifiesto que el agente delictual, previamente, tuvo conocimiento de los actuados, por lo tanto, aparece evidenciado el binomio "espacio-temporal".

2.3. Forma de ejecución

El delito analizado, según la naturaleza activa del verbo rector, "*emitir*", resulta ser un delito de comisión y no así de omisión, por lo tanto, no es posible la omisión propia, por cuanto, el verbo "omitir", no aparece señalado expresamente, por otro lado, y de la misma forma que la anterior, bajo una concepción de delitos de dominio, no es posible la figura por omisiva impropia, por cuanto, si bien existe en el agente delictivo un deber específico de protección, empero, ontológicamente, la conducta exige un hacer el cual aparece ligado a un deber personalísimo.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes, resultan ser el bien jurídico y los criterios de imputación objetiva, se analizará a continuación

3.1. Bien jurídico

Desde una plataforma genérica, el bien jurídico tutelado resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por otro lado, y de manera específica, el objeto de tutela penal, resulta ser la seguridad jurídica vinculada a los derechos de propiedad y posesión, por cuanto, el *thelos* o finalidad de la norma es evitar que los funcionarios públicos afecten tanto la viabilidad de la administración pública, así como, los derechos de los ciudadanos y del Estado, vinculados a la posesión y propiedad de bienes inmuebles de naturaleza privada y pública, respectivamente.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles, al tratarse de una figura delictual de resultado, determinado por el criterio "espacio-temporal", los criterios de imputación objetiva son perfectamente posibles, en la medida que exista un riesgo jurídicamente desaprobado, empero el resultado lesivo no le corresponde como suyo al autor, por ejemplo, los criterios de prohibición de regreso[4], en la medida que la conducta del funcionario público se mantenga dentro de un accionar inocuo, a pesar de que emitió el título de propiedad, empero, desconocía la falsedad de los documentos presentados por los requirentes.

IV TIPO SUBJETIVO

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles, sin lugar a dudas, desde una perspectiva de los delitos de dominio, resulta ser un delito de comisión dolosa, no es posible la figura culposa o imprudente, exigiendo que el agente delictual actué con conocimiento y voluntad al momento de otorgar los títulos de posesión y propiedad, infringiendo con ello la normatividad imperante. Por otro lado, desde un escenario normativo, es decir, considerar que el delito analizado resulta ser un delito de infracción de deber, la verificación del elemento subjetivo, aparece manifiesta en el deber positivo, situación manifiesta en la lesión del deber positivo.

V. *ITER CRIMINIS*

Respecto al camino del delito, a continuación, analizaremos cada uno de sus etapas.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios pertenecen a la fase externa del tracto delictual, por lo tanto, tendrán únicamente relevancia para el sistema penal, en la medida que por mandato del legislador tengan naturaleza punible, supuesto que no existe en el delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles.

2. Tentativa

El delito tentado es posible, por cuanto el delito analizado resulta ser un delito de resultado, por la presencia del baremo "espacio-temporal", por lo tanto, su admisibilidad no demanda cuestionamiento alguno.

3. Consumación

La forma consumativa, aparece vinculada a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal y del verbo rector, conforme se analizará en las líneas siguientes.

4 Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Con relación a los sujetos, el delito aludido, resulta ser un delito especial propio, conforme fue explicado líneas arriba; esto es, se trataría de un delito de dominio, por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el sujeto cualificado "emita" el título de posesión o propiedad, respecto a bienes inmuebles de dominio público o privado, contraviniendo la normatividad de la materia.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

Advirtiendo que el tipo penal contiene una institución positiva, esto es, "administración pública", se trataría de un delito de infracción de deber, subsecuentemente, la sola infracción del deber positivo por parte del funcionario público, deber de salvamento, configura automáticamente el tipo penal, en ese sentido, el perfeccionamiento típico aparece ligado al verbo rector "emitir", es decir, dicho accionar lesivo determinado por el verbo rector conlleva implícitamente la lesión al bien jurídico por la estrecha conexidad, generando de esta manera la manifestación del injusto penal producto de la infracción del deber positivo. En ese sentido, el deber específico, sustentado en la institución, resultaría ser el deber de probidad que tiene el funcionario o servidor público con el bien jurídico encomendado a efecto construya un escenario positivo propio del bien común.

4. Agotamiento

El delito agotado, aparece en la medida que el sujeto cualificado después de haber emitido el título de posesión o propiedad, respecto a bienes inmuebles de dominio público o privado, contraviniendo la normatividad de la materia, logra inscribir los mismos ante las oficinas de Sunarp, en razón de haber remitido dichos títulos con tal fin.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles demanda analizar las diversas formas de ampliación del tipo penal, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las figuras de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, por lo tanto, considerando la estructura de los delitos de dominio, tenemos que la *autoría directa*, implica dominio de la acción delictual; *autoría media*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, codominio funcional del hecho realizado por diversos autores intervinientes en el hecho punible.

En ese sentido, será autor el sujeto que ostente el título formal de funcionario público, quien deberá tener la capacidad para emitir el título de posesión o propiedad, respecto a bienes inmuebles de dominio público o privado, siendo así, el delito analizado, admite *autoría directa*, exigiéndose que el sujeto cualificado, funcionario público, ejerza por sí mismo la acción delictual, es decir, suscriba, en razón del cargo, los títulos de propiedad y posesión contrarios a la normatividad vigente. Respecto a la *autoría mediata*, no resulta

posible, por lo personalísimo del deber especial que recae sobre el sujeto cualificado, por cuanto, el autor a pesar que instrumentalice a un tercero por error o coacción, siempre será autor, por cuanto él será únicamente la persona llamada por ley para suscribir los títulos de posesión y propiedad, según el caso concreto. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto condicionante sea emitido por dos o más funcionarios públicos, quienes operan en razón del cargo, por ejemplo, los funcionarios públicos de Cofopri responsables de suscribir el título de propiedad, cuando emiten el mismo, contraviniendo la normatividad imperante.

Desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, es posible, únicamente, la autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial es personalísimo, el mismo que da por sentada la autoría y fundamenta el injusto penal, por cuanto, el sujeto cualificado mantiene una relación directa con la institución específica y deber de protección con el bien jurídico.

2. Formas de participación

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles admite la participación delictual en todas sus formas, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), por cuanto, será participe el sujeto que coopera antes o al momento de la ejecución del plan delictual del funcionario público, quien emite el título de posesión o propiedad contrario a la normatividad, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación, conforme aparece confirmado en el A.P. N.° 3-2016/CJ-116[5].

Con relación a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el *intraneus*, determine al funcionario público a emitir el título de propiedad o posesión de bienes inmuebles públicos o privados, contrario a la normatividad, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación) es posible, en su vertiendo de dominio e infracción de deber, en la medida que aparezca dirigida a un *extraneus*.

VII. PENALIDAD

El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles tiene dos dimensiones penológicas, la primera, respecto a la forma simple, en la cual el legislador impone una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Por otro lado, la segunda modalidad penológica, contiene mayor reproche, tratándose de una forma agrava, siendo castigada con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

5 Véase el fundamento jurídico 14, conforme fue indicado líneas arriba.

CAPÍTULO IV
OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 377 CP)

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales aparece registrado en el art. 377 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 377.-**
> 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. (Artículo modificado por la primera DCM de la Ley N.° 30364, del 23.11.15.)

II. ANTECEDENTES

El tipo penal aludido desde su existencia en el CP del año 1991 presentó una sola modificación, mediante Ley N.° 30364, del 23 de noviembre del 2015, dicha modificación opera en los términos señalados líneas arriba, no existiendo, hasta la fecha, otro antecedente legislativo.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo contiene los elementos vinculados a los sujetos, a la conducta y los elementos concomitantes, dichos presupuestos serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación al rubro de los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, respecto a los sujetos, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es,

funcionario público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, cumplir sus labores dentro del tiempo oportuno y conforme a sus obligaciones, en ese extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estadó, como sociedad políticamente organizada".

Por otro lado, es necesario precisar que, si bien existen perjudicados, en este caso, terceras personas afectadas con el acto omisivo o retardado del funcionario público, empero, también es cierto que, contra dichas personas, normativamente, no existe afectación, por lo tanto, no podrían ser considerados como agraviados o perjudicados, teniendo únicamente el estatus de denunciantes. En sentido contrario, SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> Sujeto pasivo siempre será, en primer lugar, el Estado y luego la persona natural o jurídica que haya sido perjudicada con el acto abusivo del agente. No hay explicación razonable para excluir al perjudicado directo en sus derechos como sujeto pasivo-agraviado y, por lo tanto, participar del proceso penal como tal[1].

Ante ello, podemos decir que la explicación razonable aparece en la medida que en los delitos contra la administración pública existe un trato discriminador respecto al bien jurídico, es decir, lo único que se protege es la correcta funcionalidad de la administración pública y sus deberes especiales derivados de dicha institución, ante ello, a pesar que la acción delictual recaiga sobre el tercero y este aparezca afectado, empero, dicha afectación no alcanza protección penal, por lo singular del bien jurídico, el mismo que ha sido encomendado al Estado como titular del mismo; siendo así, se deberá tener presente que el derecho penal actúa en la medida que exista un interés debidamente protegido por el tipo penal, por lo tanto, las pretensiones de los particulares afectados, en este escenario, no tienen protección penal, lo que no significa que los afectados hagan valer sus derechos ante la vía correspondiente contra los funcionarios que desplegaron el acto irregular.

Distinto es el escenario respecto a los delitos comunes en los cuales el bien jurídico tutelado tiene un alcance más extensivo y admite un escenario de agraviados y perjudica-

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., Lima: Grijley, p. 243.

dos, por ejemplo, el delito de homicidio o robo, en los cuales, el bien jurídico si bien su titularidad recae en una persona y el perjuicio puede recaer en otras personas, empero, estas últimas personas mantienen una vinculación indirecta con el bien jurídico afectado, por cuanto dicho bien jurídico tienen una connotación general, situación que no opera en los delitos especiales o de infracción de deber, en los cuales la selección del bien jurídico, por su misma naturaleza especial, no solo restringe la intervención de los posibles autores, en la medida que no tenga la condición especial, sino que, además, también excluye a terceras personas ajenas al deber especial y titularidad en la medida que resulten afectadas con el accionar del agente delictual especial.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto al rubro aludido encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De las modalidades típicas

La conducta delictual puede expresarse en las siguientes modalidades típicas, siendo: a) El sujeto cualificado omite algún acto funcional propio de su cargo; b) El sujeto cualificado, rehúsa algún acto funcional propio de su cargo; c) El sujeto cualificado retarda algún acto funcional propio de su cargo. Los supuestos aludidos serán analizados en los apartados venideros.

2.1.1. El sujeto cualificado omite algún acto funcional propio de su cargo

El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "omitir", en ese sentido, semánticamente, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *omittre*, lo cual significa "abstenerse de hacer algo", en ese sentido, el funcionario público, es decir, persona natural vinculada al Estado con cualquier modalidad contractual, deja de hacer o cumplir sus obligaciones propias del cargo funcionarial.

De la misma forma, el acto omisivo, tiene que estar dotado de la intencionalidad propia del escenario subjetivo, por cuanto el delito responde a la categoría de los delitos de comisión dolosa, subsecuentemente, los actos negligentes o imprudentes desplegados por el sujeto activo, mediante los cuales descuida su labor funcionarial, incumpliendo sus deberes, en lo absoluto tendrán contenido penal, por cuanto se exige a nivel de tipicidad objetiva, conocimiento y voluntad en el sujeto cualificado, entender lo contrario implicaría sustentar una responsabilidad objetiva, lesionando el principio de responsabilidad penal previsto en el art. VII del título preliminar del CP, en la cual se estable la proscripción de responsabilidad objetiva.

De manera esclarecedora, se tiene el f. j. n.° 3 del R. N. N.° 2802-2007-Ucayali, del 10 de abril del 2008, en el cual establece lo siguiente:

> El delito de omisión de actos del cargo se consuma cuando el funcionario omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente. Tercero. [El] delito de incumplimiento de funciones, en su modalidad de omisión de actos del cargo —previsto en el artículo 377

> del Código Penal—, en tanto delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; que según los cargos ello ocurrió en el caso [de los encausados] cuando en su condición de funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora [...] omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida unidad ejecutora.

2.1.2. El sujeto cualificado, rehúsa algún acto funcional propio de su cargo

El supuesto materia de análisis, aparece determinado por el verbo "rehusar", en ese sentido, la RAE, indica que dicho verbo proviene del latín *refusāre*, lo cual significa "no querer o no aceptar algo"; por lo tanto, el tipo penal alcanza contenido en la medida que el funcionario público envestido de poder funcionarial, en razón del cargo específico, habiendo recibido expresamente un pedido, tanto de un particular, funcionario superior en el cargo, entidad pública o privada, etc., emita un acto funcional propio de su competencia, el agente delictual muestra su negativa, expresa o tácita, para cumplir el pedido solicitado, bajo ese contexto, el pedido tiene que estar dotado de licitud y vinculado al escenario funcional propio del cargo público, caso contrario, el funcionario público no tiene ninguna obligación para cumplir el requerimiento, resultando atípica la figura expuesta.

La posibilidad del cumplimiento del requerimiento es un elemento de importancia para la configuración delictual, por cuanto, el ejercicio funcional tendrá que estar dotado de las facilidades del caso para que el funcionario cumpla sus deberes, por lo tanto, en el caso que el funcionario público no cumpla con el pedido del tercero requirente, por cuanto, no tiene las posibilidades laborales, de logística, etc., entonces el tipo penal no tendría contenido a nivel del verbo rehusar, por cuanto, dicho delito, resulta ser un delito de comisión dolosa, en la cual se advierte que el funcionario público, a pesar de contar con todas las posibilidades, muestra una actitud desafiante al requerimiento del tercero solicitante; por ejemplo, los funcionarios de la entidad privada o pública, quienes encontrándose requeridos por mandato judicial, para que cancelen los beneficios laborales del tercero requirente en el plazo de treinta días, empero, dicha entidad, pública o privada, objetivamente, no cuenta con fondos dinerarios para dar cumplimiento de la medida aludida, por encontrarse en un proceso de restructuración patrimonial.

Respecto al pedido implícito o tácito del tercero requirente, será posible, en la medida que dicho requerimiento aparezca vinculado a la labor funcionarial del sujeto activo, por cuanto dicho funcionario conoce sus funciones propias del cargo, por lo tanto, no se requiere en este extremo un pedido expreso, caso contrario, se da cuando existe un requerimiento implícito pero ajeno a las obligaciones del funcionario público, en este caso, el hecho denunciado no tendría contenido penal.

2.1.3. El sujeto cualificado retarda algún acto funcional propio de su cargo

El supuesto materia de comentario, aparece determinado por el verbo "retardar", según la RAE, indica que proviene del latín *retardāre*, lo cual significa "diferir, detener, entorpecer, dilatar", por lo tanto, para el caso que nos concita, el agente delictual,

siempre funcionario público, con capacidad de decisión sobre el tema específico, en razón de sus funciones previstas en la normatividad, dilata el acto funcional a pesar de encontrarse conminado por mandato legal para cumplir dicho requerimiento dentro de un plazo perentorio.

Es necesario precisar que la posibilidad en la ejecución del requerimiento tiene un criterio importante para alcanzar el perfeccionamiento del tipo penal, por cuanto, en la medida que el agente delictual, materialmente, no cuente con tal posibilidad, a pesar que exista mandato legal con plazo perentorio, el tipo penal no alcanza perfeccionamiento por ausencia del tipo subjetivo, toda vez que dicha figura pertenece a la categoría de los delitos de comisión dolosa, exigiéndose en el autor los aspectos cognitivos y volitivos, entender lo contrario, implicaría ingresar a un escenario de responsabilidad objetiva, la misma que aparece proscrita. De la misma forma, la existencia del plazo perentorio marcado por factor legal resultaría ser el baremo para diferenciar el supuesto analizado de los demás presupuestos típicos determinados por los verbos "omitir" y "rehusar".

2.2. Clase de delito

Los verbos rectores, "omitir", "rehusar" y "retardar", tienen una naturaleza de comisión instantánea, por cuanto, basta que el funcionario público, contando con las posibilidades de cumplir el acto funcional propio del cargo, incursione en las esferas de los verbos rectores para dar por consumado el tipo penal; por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, subsecuentemente, deviene en innecesario, para efectos consumativos, que el funcionario público cause perjuicio al tercero requirente.

2.3. Forma de ejecución

El delito mencionado contiene verbos activos, como resulta ser "rehusar" y "retardar", por lo tanto, en este extremo, el tipo penal exige un hacer; por otro lado, respecto al verbo "omitir", advierto la posibilidad de ejecución por omisión propia, debiéndose recurrir a la estructura de la misma, esto es, i) *situación típica*, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal, ii) *no realización de la conducta ordenada*, por cuanto, en este extremo, el agente delictual omite su accionar; iii) *capacidad para realizar la acción ordenada*, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo", a emitir un acto funcional. Con relación a la figura de omisión por comisión, es decir, omisión impropia, considero que no sería posible su aplicación, por cuanto, al tratarse de un delito de mera actividad, dicha figura no resulta aplicable por su misma naturaleza.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes, contienen diversos puntos, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, los cuales los veremos en los siguientes aparatados.

3.1. Bien jurídico

La esquemática empleada por el legislador, aparece ligada tan igual que con el delito de abuso de autoridad, por tal razón, el delito materia de comentario, en puridad, resulta ser una forma derivada del delito de abuso de autoridad, en ese sentido, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[2], empero, de manera específica, resulta ser los derechos de los particulares, ajenos a los deberes funcionariales, los cuales resultarían afectados por los sujetos cualificados portadores de deberes funcionariales[3], por cuanto, el Estado, pretende brindar un servicio idóneo en el desarrollo de la sociedad a través del sector público con la finalidad de optimizar la interacción social, garantizando el respeto de los derechos del ser humano admitido en sociedad.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme se viene sosteniendo en otros capítulos, los criterios de imputación objetiva aparecen apropiados para los delitos de resultado, por su propia naturaleza, determinada por el baremo "espacio- temporal", entre la conducta y el resultado, siendo así, en los delitos de mera actividad no se cumpliría con los presupuestos aludidos, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[4].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, resulta ser de comisión dolosa, requiriéndose dolo directo, por la misma naturaleza de los verbos rectores, por tal razón el tipo subjetivo resultara ser el baremo diferenciador ente el injusto penal y el injusto administrativo.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal analizado contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo y es ampliamente conocido, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo, tienen relevancia para

2 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.

3 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del* 2000, ob. cit., p. 474.

4 Véase, al respecto, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLES, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal*, vol. 11, n.° 22, Santiago: diciembre del 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>.

el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso, aún más cuando el delito resulta ser de mera actividad.

2. Tentativa

El delito tentado no es posible en los delitos de mera actividad, por lo tanto, la figura es inaplicable en el delito analizado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde la óptica de los delitos de dominio, el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "omitir", "retardar" y "rehusar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, dominando el curso causal delictivo, incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo obtenga una pretensión posterior o un perjuicio en el tercero requirente.

De la misma forma, en este supuesto, las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberán ser entendidas, para los fines consumativos, bajo el escenario de un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delito de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, al incursionar en cualquier verbo rector, esto es, "omitir", "retardar" y "rehusar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, resulta irrelevante la verificación naturalista de la conducta determinada por un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la configuración de los delitos de infracción de deber tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva[5].

5 En términos similares, conforme se viene indicando en capítulos anteriores, respecto a la autoría, SILVINA

4. Agotamiento

La forma agotada, aparece identificada, con todos los actos posteriores a la manifestación de los verbos rectores, esto es, la concreción del perjuicio en el tercero requirente.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado, exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento; y la *coautoría*, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

Siendo así, desde la óptica de los delitos de dominio, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo, es decir, en su condición de funcionario público incursione en los verbos rectores, "omitir", "retardar" y "rehusar". Respecto a la *autoría mediata*, no es posible, por lo personalísimo de los deberes funcionariales recaídos únicamente en el funcionario público que opera en razón del cargo. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional demande el accionar conjunto de dos o más funcionarios públicos, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores antes expuestos.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

BACIGALUPO, indica: "El segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de un deber extra penal, en lo que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo". BACIGALUPO, *Autoría y participación en delios de infracción de deber, una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, ob. cit., p. 172. Por otro lado, y de manera complementaria, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, considerando el peso de la institución positiva, advierte que tal institución, contiene tanto deberes positivos y negativos, por lo tanto, entendemos que la infracción del deber especial y la lesión a la institución, no solo dan por sentado la autoría, sino que, además, fundamentan el injusto penal, así tenemos: "[...] Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues —a diferencia de las expectativas negativas del *neminen laedere*— un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa — pero no al contrario—". Véase, al respecto, GÓMEZ MARTIN, Víctor, "Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español", en ROBLES PLANAS Ricardo (dir.) en *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 294.

2. Formas de participación

En delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al omitir, rehusar y retardar el ejercicio de la función pública, por ejemplo, el asistente judicial o fiscal que con conocimiento del juez o fiscal, esconde la solicitud presentada por el tercero requirente, con fines de evitar, retar o rehusar la emisión de un acto funcional marcado por mandato legal, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario público para que este último retarde, omita o rehusé el acto funcional.

VII. PENALIDAD

El legislador precisa dos niveles penológicos, el primero en la medida que el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

El segundo nivel penológico, opera, cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

CAPÍTULO V
DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 378 CP)

El delito de denegación o deficiente apoyo policial aparece registrado en el art. 378 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 378.-**
> 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. (Artículo modificado por la primera DCM de la Ley N.° 30364, del 23.11.2015).

II. ANTECEDENTES

El tipo penal de denegación o deficiente apoyo policial, mantiene similitud en sus antecedentes con la figura delictual prevista en el art. 377 del CP, por cuanto, desde su existencia en el CP del año 1991, presentó una sola modificación, dicha modificación fue mediante Ley N.° 30364, del 23 de noviembre del 2015, la cual opera en los términos señalados líneas arriba, no existiendo, hasta la fecha, otro antecedente legislativo.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo alberga los elementos vinculados a los sujetos, a la conducta y los elementos concomitantes, conforme se detalla a continuación.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto al apartado de los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito de denegación o deficiente apoyo policial, respecto a los sujetos activos, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el

tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, policía, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el personal policial y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, cumplir sus labores dentro del tiempo oportuno y conforme a sus obligaciones fijadas por la normatividad de la Policía Nacional del Perú, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Respecto a las terceras personas requirentes del acto policial, las mismas que no fueron atendidas oportunamente, dichas personas no pueden ser agraviadas, sino por el contrario serian denunciantes, por cuanto, dichas personas, normativamente, no tienen vinculación alguna con el bien jurídico materia de tutela penal. Situación similar ocurre en el ilícito penal previsto en el art. 377 del CP vigente.

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a la conducta, encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El tipo penal, contiene diversos elementos típicos, entre ellos tenemos los siguientes.

2.1.1. La actividad funcional del efectivo policial

El legislador, restringió el tipo penal, consigno como único autor, a los miembros de la Policía Nacional, en ese sentido, a efecto de considerar las funciones y obligaciones policiales, tenemos que remitirnos a las normas extrapenales, es decir, al art. 2 del D. Leg. N.º 1267 y su respectivo Reglamento, aprobado por D. S. N.º 026-2017-IN[1]; por lo tanto, las funciones del personal policial resultan ser las siguientes:

1 Publicado en el diario oficial, *El Peruano*, el 15 de octubre del 2017.

Artículo 2. Funciones

Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana; 2) Mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público; 3) Promover e implementar mecanismos de coordinación y articulación en favor de la seguridad ciudadana; 4) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; 5) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones; 6) Brindar seguridad al presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley. 7) Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales; 8) Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente; 9) Practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivados de la función policial; 10) Realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del Fiscal, en concordancia con el Código Procesal penal y las leyes de la materia; 11) Investigar la desaparición y trata de personas; 12) Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia; 13) Vigilar y controlar las fronteras, así como prestar apoyo a la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio; 14) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial; y de manera subsidiaria las normas de transporte en la red vial nacional. 15) Garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones; 16) Participar subsidiariamente, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en la seguridad de los establecimientos penitenciarios y en seguridad externa del traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad vigente; 17) Participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente; 18) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes; 19) Garantizar la seguridad y protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales; así como la de los turistas y sus bienes;20) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país; 21) Identificar a las personas con fines policiales; 22) Participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales; y, 23) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.

Por lo tanto, la plataforma en la cual aparecerá delimitada la conducta delictual estará enmarca en las obligaciones funcionariales del efectivo policial, siendo el primer requisito, para efectos del análisis típico que el agente del derecho deberá tener presente.

2.1.2. El auxilio requerido legalmente

El tipo penal precisa la existencia de un requerimiento a título de auxilio, es decir, en este extremo el elemento descriptivo típico delimita, expresamente, la conducta delictual, exigiendo el requerimiento expreso del auxilio policial, en ese sentido, dicho requerimiento puede ser de cualquier modo (escrito o verbal), siendo ideal que exista una vía documental posible de ser acreditada para efectos probatorios, por ejemplo, oficios, memorando, correos electrónicos, fax, etc.

En ese sentido, el legislador consignó dicho auxilio legal, por cuanto, las obligaciones funcionariales que validan la existencia de la Policía Nacional aparecen vinculadas con el aspecto social, es decir, los miembros policiales, por mandato legal, están obligados a

cumplir determinadas funciones en defensa de los intereses de la sociedad y sus miembros, entre dichas funciones tenemos: garantizar, mantener y restablecer el orden interno; el orden público; la seguridad ciudadana; mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público; entre otras; conforme lo señala el art. 2 del D. Leg. N.º 1267 y su respectivo Reglamento, aprobado por D. S. N.º 026-2017-IN. Por lo tanto, el tipo penal, establece que las autoridades civiles y los particulares, es decir, ciudadanos, deberán solicitar a las fuerzas policiales, según cada caso concreto, el auxilio o apoyo policial, dicho pedido, es legítimo, por cuanto se condice con las actividades funcionariales de los miembros de la Policía Nacional.

2.1.3. Requerimiento del auxilio policial por autoridad civil

El requerimiento de auxilio policial, puede realizarlo la autoridad civil, es decir, el tipo penal, aplica una cláusula abierta respecto a la clase de autoridades civiles, por lo tanto, se trata de cualquier autoridad habilitada legalmente en el mundo social en determinados casos propios de sus campo de acción y necesidad concreta, así tenemos, como autoridades civiles al presidente de la república, presidentes regionales, alcaldes, jueces, fiscales, directores de instituciones públicas y privadas, etc., quienes producto de sus actividades necesitan el apoyo policial, dicho pedido se suelen dar en situaciones cotidianas de la función, por ejemplo, movilizaciones y actividades públicas, huelgas, toma de locales, desalojos, etc.

En ese contexto, la redacción típica alcanza finalidad, en la medida del rol social asignado a la Policía Nacional, quienes están llamadas, fundamentalmente, a garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana; mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público; etc., conforme señala el art. 2 del D. Leg. N.º 1267 y su respectivo Reglamento, aprobado por D. S. N.º 026-2017-IN, conforme se viene indicando.

2.1.4. Requerimiento del auxilio policial por particular en situación de peligro

De la misma manera, que los supuestos anteriores, la técnica legislativa advierte que el auxilio policial puede solicitarlo un particular, es decir, un ciudadano en su condición de persona humana a quien el Estado garantiza el respecto a su dignidad, por cuanto, resulta ser el fin supremo estatal, conforme indica el art. 1 de la Carta Magna. En ese sentido, el particular se encuentra amparado por el sistema legal para acudir a las autoridades policiales solicitando auxilio policial. De manera complementaria, la técnica legislativa, en este extremo, establece que el auxilio policial aparece vinculado con la existencia de una situación peligrosa, es decir, el tipo penal, precisa que no se trata de cualquier requerimiento, sino, únicamente, requerimientos propios de situaciones peligrosas; por ejemplo, desalojos, usurpaciones, amenazas, etc.

2.1.5. Requerimiento del auxilio policial producto de garantías personales

El supuesto materia de análisis, vincula el auxilio policial a las garantías personales, las cuales, según las Normas y Procedimientos para el Otorgamiento de Garantías

Personales y Posesorias, fijadas por la Directiva N.º 004 -2009-IN-1501, la misma que fue aprobada por la Resolución Directoral N.º 3322-2009-IN-1501-Lima, de fecha 10 de julio del 2009, emitida por el Ministerio del Interior, establece que se trata de medidas precautelares y/o conciliatorias orientadas a prevenir actos o amenazas que atenten contra las libertades y los derechos fundamentales de las personas, consagrados por la Constitución Política del Perú, leyes y normas vigentes.

Las mencionadas garantías personales aparecen autorizadas y tramitadas, según la directiva mencionadas líneas arriba, por los gobernadores en sus respectivas jurisdicciones, quienes previa evaluación del caso y el cumplimiento de los requisitos para tal fin, las otorgaran en salvaguarda de las libertades y derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú, velando por su cumplimiento. En ese sentido, habiéndose obtenido la garantía personal, el tercero requirente acude a los miembros de la Policía Nacional con la finalidad de solicitar el auxilio policial, por la existencia de un inminente peligro, encontrándose el personal policial obligado, por mandato legal, a prestar el auxilio respectivo, en ese sentido, en el caso que exista omisión, rehusamiento o retardo, el tipo penal intensifica el reproche penal, castigando con la pena agravada.

2.1.6. Requerimiento del auxilio policial producto de casos de violencia familiar

El supuesto materia de análisis vincula el auxilio policial a casos de violencia familiar, en ese sentido, la Ley N.º 30364, publicada el 22 de noviembre del 2015, en el art. 6 señala la definición de violencia contra los integrantes del grupo familiar, indicando lo siguiente:

> [L]a violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

De la misma forma, respecto a los sujetos de protección de la ley, según el art. 7 de la citada ley, resultan ser los siguientes:

> a) Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor; b) Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

Por otro lado, la Ley N.º 30364, en el art. 8 precisa los tipos de violencia que son los siguientes:

> Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son: a) violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. b) violencia psicológica. Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o

alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo. c) violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación. d) violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias; 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

Teniendo como antecedente los criterios legales expuesto, el tipo penal, indica, que el auxilio judicial aparece ligado a casos de violencia familiar, de tal modo que, en el supuesto que el efectivo policial, omita, rehusé o retarde sus funciones, en razón del cargo específico, consumaría el tipo pena, siendo castigado con la pena agravada del tipo penal citado.

2.2. De las modalidades típicas

La conducta delictual puede expresarse en las siguientes modalidades típicas, siendo: a) el personal policial omite el auxilio requerido; b) el personal policial, rehúsa prestar el auxilio requerido; c) el personal policial retarda auxilio requerido. Los supuestos aludidos serán analizados en los apartados venideros.

2.2.1. El personal policial omite el auxilio requerido

El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "omitir", en ese sentido, semánticamente, conforme aparece explicado en el tipo penal, contenido en el art. 377 del CP, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *omittĕre*, lo cual significa "abstenerse de hacer algo", en ese sentido, el efectivo policial deja de hacer o cumplir sus obligaciones propias del cargo funcionarial.

Asimismo, el acto omisivo tiene que estar dotado de la intencionalidad propia del escenario subjetivo, por cuanto el delito responde a la categoría de los delitos de comisión dolosa, subsecuentemente, los actos negligentes o imprudentes desplegados, por el efectivo policial, mediante los cuales descuida su labor funcionarial, incumpliendo sus deberes, mediante omisión, en lo absoluto tendrán contenido penal, por cuanto, se exige a nivel de tipicidad objetiva, conocimiento y voluntad en el sujeto cualificado, entender lo contrario implicaría sustentar una responsabilidad objetiva, lesionando el principio de responsabilidad penal, previsto en el art. VII del título preliminar del CP, en la cual se establece la proscripción de responsabilidad objetiva.

2.2.2. El personal policial rehúsa prestar el auxilio requerido

El supuesto materia de análisis, aparece determinado por el verbo "rehusar", en ese sentido, conforme aparece explicado en el capítulo anterior, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *refusāre*, que significa "no querer o no aceptar algo", por lo tanto, el tipo penal alcanza contenido, en la medida que el efectivo policial, habiendo recibido expresamente un pedido, tanto de la autoridad civil o por parte de un particular, con la finalidad que emita un acto funcional propio de su competencia, los mismos que estarían avocados a situaciones propias de las actividades de las autoridades civiles, en caso de situaciones de peligro o por tema de violencia familiar, respectivamente, el agente policial muestra su negativa, expresa o tácita, para cumplir el pedido solicitado bajo ese contexto, el pedido tiene que estar dotado de licitud y vinculado al escenario funcional propio del cargo policial, caso contrario, el efectivo policial no tiene ninguna obligación para cumplir el requerimiento, resultando atípica la figura expuesta.

La posibilidad del cumplimiento del requerimiento, tan igual que el supuesto delictivo previsto en el art. 377 del CP, es un elemento de importancia para la configuración delictual, por cuanto el ejercicio policial tendrá que estar dotado de las facilidades del caso, por lo tanto, en el caso que el efectivo policial no cumpla con el pedido del tercero requirente, por no tener las posibilidades laborales, de logística, etc., entonces el tipo penal no tendría contenido a nivel del verbo rehusar, toda vez que dicho delito resulta ser un delito de comisión dolosa, en la cual se advierte que el sujeto activo, a pesar de contar con todas las posibilidades, muestra una actitud desafiante al requerimiento del tercero solicitante.

Respecto al pedido implícito o tácito del tercero requirente, será posible en la medida que dicho requerimiento aparezca vinculado a la labor funcionarial del efectivo policial, por cuanto dicho funcionario conoce sus funciones propias del cargo, por lo tanto, no se requiere en este extremo un pedido expreso, caso contrario, al existir un requerimiento implícito pero ajeno a las obligaciones del funcionario público, entonces el hecho denunciado no tendría contenido penal.

2.2.3. El personal policial retarda auxilio requerido

El supuesto materia de comentario, y en términos similares con el art. 377 del CP aparece determinado por el verbo "retardar", según la RAE indica que proviene del latín *retardāre*, que significa "diferir, detener, entorpecer, dilatar", por lo tanto, el agente policial, en razón de sus funciones previstas en la normatividad específica, dilata el acto funcional a pesar de encontrarse conminado, por mandato legal, para cumplir dicho requerimiento dentro de un plazo perentorio. Es necesario precisar que la posibilidad en la ejecución del requerimiento tiene un criterio importante para alcanzar el perfeccionamiento del tipo penal, por cuanto, en la medida que el agente policial, materialmente no cuente con tal posibilidad, a pesar que exista mandato legal con plazo perentorio, el tipo penal no alcanza perfeccionamiento por ausencia del tipo subjetivo.

2.3. Clase de delito

Los verbos rectores, "omitir", "rehusar" y "retardar", tan igual que la figura delictual previsto en el art. 377 del CP, tienen una naturaleza de comisión instantánea, es decir, basta que el agente policial, contando con las posibilidad de cumplir el acto funcional propio del cargo, incursione en las esferas de los verbos rectores para dar por consumado el tipo penal, por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, subsecuentemente, deviene en innecesario, para efectos consumativos, que el agente policial cause perjuicio al tercero requirente.

2.4. Forma de ejecución

El delito mencionado, contiene verbos activos en términos similares que el art. 377 del CP, como resulta ser "rehusar" y "retardar", por lo tanto, en este extremo, el tipo penal exige un hacer, por otro lado, respecto al verbo "omitir", advierto la posibilidad de ejecución por omisión propia, debiéndose recurrir a la estructura de la misma, esto es: a) *situación típica*, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal; b) *no realización de la conducta ordenada*, por cuanto, en este extremo, el agente policial omite su accionar; c) *capacidad para realizar la acción ordenada*, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo" a emitir un acto funcional. Con relación a la figura de omisión por comisión, es decir, omisión impropia, considero que no sería posible su aplicación, por cuanto al tratarse de un delito de mera actividad, dicha figura no resulta aplicable por su misma naturaleza.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes, contienen diversos puntos: el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El delito de omisión de auxilio policial, respecto al bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[2], empero, de manera específica, resulta ser los derechos de los particulares, ajenos a los deberes funcionariales, los cuales resultarían afectados por el agente policial, por cuanto, el Estado pretende brindar un servicio idóneo en el desarrollo de la sociedad a través del sector público con la finalidad de optimizar la interacción social, garantizando el respeto de los derechos del ser humano admitido en sociedad.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Hemos sostenido en otros capítulos y en términos similares en el presente capítulo, los criterios de imputación objetiva aparecen apropiados para los delitos de resultado, por

2 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.

su propia naturaleza, determinada por el baremo "espacio- temporal", entre la conducta y el resultado, siendo así, en los delitos de mera actividad, como resulta ser el presente delito, no se cumpliría con los presupuestos aludidos inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[3].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de omisión al auxilio policial resulta ser de comisión dolosa, requiriéndose dolo directo por la misma naturaleza de los verbos rectores, por tal razón, el tipo subjetivo resultara ser el baremo diferenciador ente el injusto penal y el injusto administrativo, tan igual que en la figura delictual contenido en el art. 377 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El *iter criminis* del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores, y es ampliamente conocido, pertenecen a la fase externa del camino delictual. Asimismo, tienen relevancia para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso, aún más cuando el delito resulta ser de mera actividad.

2. Tentativa

No es posible el delito tentado en la figura analizada, por cuanto, en los delitos de mera actividad dicha figura es inaplicable.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Considerando la dinámica de los delitos de dominio, el delito de omisión de auxilio policial resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir "omitir", "retardar" y "rehusar" alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente policial, dominando el curso causal delictivo, incurra en dichos verbos rectores, por cuanto,

3 Véase, al respecto, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLES, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal,* vol. 11, n.° 22, Santiago: diciembre del 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>.

conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente policial obtenga una pretensión posterior o un perjuicio en el tercero requirente.

De la misma forma, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, en este supuesto las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberán ser entendidas para los fines consumativos, bajo el escenario de un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la concepción de dominio aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de omisión de auxilio policial, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delito de deberes funcionales el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, el efectivo policial, al incursionar en cualquier verbo rector ("omitir", "retardar" y "rehusar"), infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, resulta irrelevante la verificación naturalista de la conducta determinada por un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la configuración de los delitos de infracción de deber tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva[4].

4. Agotamiento

La forma agotada aparece identificada, tan igual que en los delitos de abuso de autoridad y el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, con todos los actos posteriores a la manifestación de los verbos rectores, esto es, la concreción del perjuicio en el tercero requirente.

---

4 En términos similares, conforme se viene indicando en capítulos anteriores, respecto a la autoría, Silvina Bacigalupo, quien indica: "*El segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de un deber extra penal, en lo que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo*". Véase. BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* ob. cit., p. 172. Por otro lado y de manera complementaria, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, considerando el peso de la institución positiva, advierte que tal institución, contiene tanto deberes positivos y negativos, por lo tanto, entendemos que la infracción del deber especial y la lesión a la institución, no solo dan por sentado la autoría, sino que, además, fundamentan el injusto penal, así tenemos: "[...] *Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues – a diferencia de las expectativas negativas del neminen laedere- un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa – pero no al contrario-*".Véase. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, "*Delitos de infracción de deber*", en ROBLES PLANAS, Ricardo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, RUEDA MARTIN, María Ángeles, Javier RIGGI, Eduardo, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, IB de F – Montevideo Buenos Aires, 2014, p. 294.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de omisión de auxilio policial exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las clases de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, sea como delitos de dominio o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado domine la acción delictiva por sí solo, es decir, en su condición de agente policial, incursione en los verbos rectores, "omitir", "retardar" y "rehusar". Respecto a la *autoría mediata*, no es posible, por lo personalísimo de los deberes funcionariales, recaídos únicamente en el efectivo policial que opera en razón del cargo. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional demande el accionar conjunto de dos o efectivos policiales obligados funcionalmente en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores antes expuestos.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

En delito de omisión de auxilio judicial; tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al omitir, rehusar y retardar el ejercicio de la función pública, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del artículo 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al efectivo policial, para que este último, retarde, omita o rehusé el acto funcional.

VII. PENALIDAD

El tipo penal presenta dos niveles penológicos, el primer, en la medida que el policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente

requerido por la autoridad civil competente, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El segundo nivel penológico aparece mayor reproche, por cuanto aparece en la medida que, si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, por lo tanto, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. Asimismo, 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.

CAPÍTULO VI
REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 379 CP)

El delito de *denegación o deficiente apoyo policial* aparece registrado en el art. 378 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 379.-**
> 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

II. ANTECEDENTES

El tipo penal analizado, durante su existencia, no tiene modificación alguna, manteniéndose estático desde su incorporación en el CP vigente hasta la actualidad, empero su referencia principal aparece registrada en el art. 342 del CP de 1924.

III. TIPO OBJETIVO

A nivel del tipo objetivo contiene los elementos vinculados a los sujetos, a la conducta y los elementos concomitantes, dichos presupuestos serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto al rubro de los sujetos encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública, respecto a los sujetos, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, conforme a todas las demás figuras delictuales que cumplen tal condición, el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario público, en ese sentido,

dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, tan igual que en el delito previsto en el art. 377 del acotado cuerpo legal, se advierte que el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo se consignó deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, cumplir sus labores dentro del tiempo oportuno y conforme a sus obligaciones, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, conforme se viene indicando en diversos apartados, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El tipo penal exige algunos presupuestos descriptivos necesarios para configurar el tipo penal conforme se explicará en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El tipo penal conecta la conducta del funcionario público con los siguientes supuestos típicos: a) del requerimiento de la asistencia de la fuerza pública, b) de la oposición a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, y c) de la oposición a la ejecución de la sentencia o mandato judicial.

2.1.1. Del requerimiento de la asistencia de la fuerza pública

El tipo penal exige que el funcionario público requiera la asistencia de la fuerza pública, es decir, conforme indica SALINAS SICCHA, respecto a la fuerza pública, "ellos son la Policía Nacional, la policía fiscal o aduanera, el serenazgo, las rondas campesinas y las Fuerzas Armadas (la Fuerza Aérea, la Marina y el Ejército)"[1]; por lo tanto, en el caso concreto, se advierte que el funcionario público, valiéndose de su cargo funcionarial se opone u obstrucciona el mandato o disposición emitida por autoridad competente, es decir, el sujeto cualificado utiliza el poderío público con la finalidad de enervar el mismo poder estatal. Una situación ejemplificadora: el presidente regional que solicita al

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 258.

comandante de la Policía Nacional de la zona el apoyo policial con la finalidad de evitar la reposición por mandato judicial de terceras personas, en una determinada área territorial.

2.1.2. De la oposición a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad

En este rubro se advierte que el funcionario público se opone abiertamente al cumplimiento de una disposición u orden emitida por autoridad competente, respecto a una situación concreta, es decir, conforme indica SALINAS SICCHA, "el término es genérico y abarca tantas leyes, decretos, resoluciones legislativas, ordenanzas, etc., en tanto que las órdenes legales son mandatos específicos emitidos por autoridad que mandan hacer o no hacer algo"[2].

2.1.3. De la oposición a la ejecución de la sentencia o mandato judicial

El supuesto analizado advierte que el sujeto cualificado, funcionario público, mantiene oposición contra toda decisión plasmada en un medio formal, es decir, sentencia o resolución judicial, administrativa, fiscal, etc., emitida por autoridad competente, dicho medio formal se encuentra revestida de toda legalidad, por cuanto, proviene por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones, situación que pretende enervar el agente delictual.

2.2. Clase de delito

El delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto la técnica legislativa no advierte un escenario binominal determinado por los criterios de espacio y tiempo, baremo fijado entre la conducta y el resultado, esquemática propia de los delitos de resultado; sino, de manera distinta, el tipo penal alcanzaría perfeccionamiento en la medida que el agente delictual emita el requerimiento solicitando la asistencia de la fuerza pública con fines de oposición a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, siendo irrelevante, para fines consumativos, que la presencia del actos opositor u obstruccionista.

2.3. Forma de ejecución

El tipo penal analizado, contiene una figura delictual activa determinada por el verbo requerir, en este caso, la asistencia de la fuerza pública, por tanto, no es posible la realización del delito mediante la forma omisiva, es decir, no es posible que el tipo penal se ejecute por omisión propio, toda vez que dicha modalidad tiene que aparecer expresamente en el tipo, situación que no existe. Con relación a la figura de omisión por comisión, es decir, omisión impropia, considero que tampoco sería posible su aplicación, por cuanto, al tratarse de un delito de mera actividad, dicha figura no resulta aplicable por su misma naturaleza.

2 *Ibid.*, pp. 258 y 259.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes contienen diversos puntos: el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública, respecto al bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[3], empero de manera específica, conforme indica ABANTO VÁSQUEZ, al analizar la opinión de Carlos CREUS, resulta ser el eficaz u ordenado desempeño de las instituciones públicas que ejercen funciones definidas como fuerza pública[4].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme se viene sosteniendo en otros apartados, y en términos similares, en el presente capítulo, los criterios de imputación objetiva aparecen apropiados para los delitos de resultado por su propia naturaleza, determinada por el baremo "espacio-temporal", entre la conducta y el resultado, siendo así, en los delitos de mera actividad, como resulta ser el presente delito, no se cumpliría con los presupuestos aludidos, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[5].

IV. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal analizado resulta ser un delito de comisión dolosa, exigiendo dolo directo, no es posible la forma culposa, por cuanto del tipo penal no se advierte la cláusula de correspondencia expresa que haga alusión a la forma culposa, conforme se señala el art. 12 del CP vigente.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino del delito, en el tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos:

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores, y es ampliamente conocido, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan,

3 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.
4 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 209
5 Véase, al respecto, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLES, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal*, vol. 11, n.° 22, Santiago: diciembre del 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>.

típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso, esto es, en el delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública, de la misma forma se tiene que el delito resulta ser de mera actividad, el mismo que por su estructura no admite tentativa.

2. Tentativa

Conforme es conocido, el delito tentado no existe en los delitos de mera actividad, sino únicamente en los delitos de resultado, siendo así, al haberse considerado que el delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública resulta ser un delito de mera activa, entonces no es posible la admisión de la tentativa.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde la perspectiva de los delitos de dominio, el delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del supuesto de hecho que contiene el verbo rector, en este caso, requerir —ilegalmente— la asistencia de la fuerza pública, por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el funcionario público, dominando el curso causal delictivo, incurra en el requerimiento ilegal, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el funcionario público concrete la oposición directa contra la disposición o sentencia judicial.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito analizado no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, además de ello, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad. En ese sentido, el sujeto cualificado (funcionario público) al incursionar en el supuesto de hecho que contiene el verbo rector, esto es, "solicitar el apoyo o asistencia de la fuerza púbica", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva.

4. Agotamiento

El delito agotado aparece identificado con todos los actos posteriores a la manifestación de la "solicitud del apoyo o asistencia de la fuerza púbica", es decir, son formas agotadas todas aquellas manifestaciones en las cuales el funcionario público hace frente, ilegalmente, al cumplimiento de las disposiciones, sentencias o resoluciones legales emitidas por la autoridad competente.

• • •

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado, exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario público, domine la acción delictiva por sí solo, es decir, en su condición de agente policial incursione en los verbos rectores "omitir", "retardar" y "rehusar". Respecto a la *autoría mediata*, no es posible por lo personalísimo de los deberes funcionariales recaídos únicamente en el efectivo policial que opera en razón del cargo, por cuanto, dicha persona tiene que realizar el requerimiento ilegal de la asistencia de la fuerza pública. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional demande el accionar conjunto de dos o más funcionarios públicos obligados funcionalmente en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en el requerimiento ilegal. Conforme se viene sosteniendo reiteradamente, desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito analizado, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al requerimiento ilegal del apoyo de la fuerza pública, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario público para que este último requiera el pedido ilegal de la fuerza pública.

VII. PENALIDAD

El legislador impuso un nivel penológico, es decir, en la medida que 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, entonces, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

CAPÍTULO VII
ABANDONO DE CARGO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 380 CP)

El delito de *abandono de cargo* aparece registrado en el art. 380 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 380.-**
> El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

II. ANTECEDENTES

El delito de abandono de cargo, durante su existencia no se advierte modificación alguna, manteniéndose su estructura inalterable desde su incorporación en el CP vigente hasta la actualidad, no advirtiéndose antecedente próximo.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal, a nivel del tipo objetivo presenta diversos componentes, entre ellos, aquellos referidos a los sujetos, conducta y los elementos concomitantes, los cuales serán analizados oportunamente en los apartados siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo Salinas Siccha señala lo siguiente:

> [E]stamos ante un delito especial, pues solo pueden ser agentes o sujetos activos del comportamiento delictivo en hermenéutica jurídica aquellas personas que tienen la calidad o cualidad de funcionario o servidor público dentro de los parámetros establecidos en el artículo 425 del Código Penal con el agregado que estén en pleno ejercicio del cargo o empleo. Si en un caso concreto se determina que al momento de los hechos el agente no tenía alguna de las calidades especificadas en el tipo penal o en su

caso el agente público aún no desempeñaba el cargo, el delito de modo alguno se configura, pues si aún no ejerce el cargo no hay forma que se cause daño alguno al servicio público[1].

En ese sentido, el delito de abandono de cargo, respecto a los sujetos activos, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, policía, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, el delito analizado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que el supuesto de hecho registra una relación entre el sujeto calificado y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo se consignó deberes especiales impuestos al funcionario y servidor público. Respecto a la conducta delictual se advierte una institución especial y deberes positivos, de no abandonar el cargo funcionarial sin haber cesado legalmente en el desempeño, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

Según ROJAS VARGAS, respecto del sujeto pasivo, indica "que el sujeto pasivo es la administración pública, específicamente la entidad estatal que resulte perjudicada o amenazada con tales comportamientos"[2]. Por otro lado, SALINAS SICCHA, precisa que "el sujeto pasivo será siempre y solo el Estado como titular del bien jurídico protegido con la tipificación del hecho punible en análisis tanto el genérico como el específico"[3].

Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único sujeto pasivo y subsecuentemente titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública". En ese mismo sentido, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El tipo penal contiene diversos elementos típicos. Entre ellos tenemos:

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 268.
2 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2002, p. 199.
3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 268.

2.1.1. Del abandono del cargo

Según la RAE, en verbo "abandonar" proviene del latín *abandonner*, por tanto, dicha entidad indica que su significado implica: "dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo. Dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola". En ese sentido, para efectos de la estructura delictual, abandonar, conforme indica SALINAS SICCHA, citando a ABANTO VÁSQUEZ, implica: "Abandonar el cargo es entonces el comportamiento en que incurre el funcionario o servidor público sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta"[4].

Siendo así, nos encontramos ante el supuesto delictual en el cual, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, quien encontrándose habilitado en el cargo, cumplimiento sus actividades funcionariales, de manera inesperada desiste a continuar en el cargo encomendado, abandonando el cargo y, subsecuentemente, desatendiéndose de sus deberes y obligaciones; por lo tanto, no nos encontramos ante un caso de renuncia, por cuanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el sujeto cualificado se desatiende de sus deberes, abandonando definitivamente el ejercicio funcionarial, mostrando el sujeto cualificado un alejamiento total del cargo.

La situación expuesta implica que el funcionario o servidor público, sin contar con mandato que logre cesarlo en el cargo de manera irreversible —sin posibilidad de retornar a sus funciones—, se desliga de la función pública, por lo tanto, en el supuesto caso que se logre advertir, que el sujeto cualificado regresó al ejercicio funcionarial, el tipo penal no alcanzaría perfeccionamiento, por cuanto, no se advierte, a nivel del tipo subjetivo, la intención del sujeto cualificado de romper el vínculo laboral; subsistiendo de ser el caso, responsabilidad administrativa más no así contenido penal.

Por otro lado, y para efectos probatorios, evidenciaría el abandono irreversible y definitivo en la medida que el funcionario o servidor público no realiza la entrega del cargo respectivo, situación que aparecerá como indicados configurativo y elemento de probanza del tipo subjetivo, es decir la intencionalidad, así como la demostración del verbo rector "abandonar".

2.1.2. De la ausencia legal en el cese del cargo

El tipo penal conecta el verbo rector "abandonar" con los elementos típicos de la ausencia del cese legal en el cargo, es decir, se requiere que respecto a la designación funcionarial no exista mandato alguno que interrumpa o finalice el ejercicio funcionarial, por parte del funcionario o servidor público.

Respecto a la forma de cese, en el tipo penal, no se advierte modalidad, lo que nos permite inferir que puede tratarse de cualquier modalidad, esto es, mediante resolución, memorando, oficio, decreto, etc., por cuanto, lo que se busca es verificar el rompimiento del vinculado laboral plasmado en un mandato respectivo por autoridad competente, situación que deberá ser de cumplimiento obligatorio para fines consumativos y de acredi-

4 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 264.

tación probaría, por lo tanto, en el caso que se advierte que el funcionario o servidor público fue cesado y esta es la causa del abandono del cargo, el tipo penal deviene en inexistente.

2.1.3. Del daño al servicio público

El tipo penal exige daño en el servicio público, es decir, producto del abandono en el cargo, el funcionario o servidor público tiene que generar, en la administración publica, daño material y objetivamente demostrable, por lo tanto, el daño aparece como elemento descriptivo del tipo penal, caso contrario, a pesar de existir abandono del cargo sin mediar cese en el mismo o renuncia aceptada, el supuesto de hecho no aparece subsumido en el tipo penal.

La prueba del daño resulta ser esencial y determinando, por cuanto, no solo opera como elemento de acreditación de responsabilidad a nivel de probanza, sino que opera como elemento configurador del injusto penal; en ese sentido, al tratarse de factor objetivamente demostrable se deberá recurrir a la actividad pericial con tal fin.

2.1.4. De la modalidad agravada

La técnica legislativa intensifica el nivel de reprochabilidad, en la medida que el funcionario o servidor público incite al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos. Según la RAE el verbo incitar proviene del latín *incitāre*, es decir, "inducir con fuerza a alguien a una acción", en ese sentido, la forma agravada continúa conectada con el supuesto simple, es decir, la influencia o motivación desplegada por el agente delictual cualificado estará vinculada a un abandono definitivo e irreversible respecto a los demás funcionarios o servidores públicos. Por lo tanto, conforme indica SALINAS SICCHA, refutando los lineamientos de ABANTO VÁSQUEZ y ROJAS VARGAS, siendo estos dos últimos, quienes consideran que la influencia desplegada por el sujeto activo frente a otros funcionarios o servidores públicos para que realicen paros o huelgas formarían parte del tipo penal, ante ello, y en sentido contrario, indica lo siguiente:

> Si en un caso concreto se verifica que el funcionario o servidor público propició o incitó un paro o una huelga de otros funcionarios (se entiende aquellos que tienen derecho a la huelga) o servidores públicos, incluso así este paro o huelga en la realidad se haya producido, la conducta de aquel de modo alguno podrá ser subsumida en el segundo párrafo del artículo 380 del Código Penal. La razón es que su conducta no está dirigida a que los funcionarios o servidores públicos abandones de modo definitivo sus empleos, lo único que buscan es presionar a fin de que la administración les dé alguna ventaja más [5].

2.2. Clase de delito

El tipo penal analizado resulta ser un delito de resultado, por cuanto exige, además del abandono del cargo funcionarial, el daño en la administración pública, por lo tanto, se advierte el baremo configurador de los delitos de resultado, es decir, "espacio y tiempo", criterios vigentes entre la acción y el resultado concreto.

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., 266 y 267.

2.3. Forma de ejecución

FRISANCHO APARICIO, señala lo siguiente:

> [E]n el primer supuesto típico comprendido en el art. 380 la acción consiste en el abonado del cargo. El otro supuesto típico comprendido en el art. 380 es la incitación al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos. En este caso la acción típica, consiste, precisamente, en incitar al abandono del trabajo funcional. Es necesario que el agente incitador busque que el abandono que promueva sea colectivo[6].

En ese sentido, en razón de la redacción típica y de la presencia del verbo "abandonar", el tipo penal resulta ser de acción, respecto a la figura omisiva, se tiene la imposibilidad de operar la figura de omisión propia, por cuanto, no se advierte cláusula expresa de la forma omisiva, requisito necesario para dicha categoría. Con relación a la figura de omisión por comisión, es decir, omisión impropia, considero que si sería posible su aplicación, por cuanto al tratarse de un delito de resultado dicha figura resulta aplicable, además de ello sobre el sujeto cualificado versa una postura de garante frente a la administración pública.

IV. ELEMENTOS CONCOMITANTES

Los elementos concomitantes contienen diversos puntos: el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, y la imputación objetiva.

1. Bien jurídico

Para el autor SALINAS SICCHA, "el bien jurídico genérico que se pretende proteger es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. No obstante, el bien jurídico específico lo constituye el cumplimiento regular de las funciones públicas que todo funcionario o servidor público tiene la obligación de desempeñar al interior de la administración pública"[7]. Por otro lado, FRISANCHO APARICIO indica que "se protege el normal desarrollo de la administración pública en el aspecto de su continuidad o regularidad en el ejercicio de las funciones que le son inherentes. De esta manera se procura garantizar la pronta y oportuna prestación de las funciones públicas que tan necesaria es para el logro de una eficaz administración"[8].

Concordarnos con los autores aludidos, por cuanto, no existe controversia que, desde el punto de vista genérico, el interés protegido resulta ser la correcta administración pública, de manera particular resulta ser el regular funcionamiento del sistema de administración pública, por cuanto se busca garantizar la operatividad del sistema estatal en la administración pública.

6 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Fecat, 2011, p. 288.
7 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 268.
8 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 287.

2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme se viene indicando líneas arriba, el delito de abandono ilegal de cargo es un delito de resultado, entonces no existe problema alguno para poder aplicar los criterios de imputación objetiva, por lo tanto, se deberá considerar según cada caso concreto los criterios, tanto de imputación de conducta y de resultado. Respecto a los criterios de *imputación objetiva de la conducta*[9], se deberá tener en cuenta que la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo, dichos filtros de eliminación de responsabilidad penal deberán ser aplicados en la medida que la naturaleza del caso aparezca a fin, por cuanto existen algunos supuestos que son de imposible aplicación; por ejemplo, la auto puesta en peligro de la víctima por la misma impropiedad del escenario. Respecto a la *imputación objetiva del resultado*[10], implica la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*, de la misma forma sus presupuestos serán aplicados en la medida que aparezca aplicable al supuesto de hecho invocado.

---

9 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:

1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.

2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.

3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.

4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.

5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.

6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

10 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:

1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.

2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,

3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

V. TIPO SUBJETIVO

Respecto al tipo subjetivo el magistrado SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> De la lectura del primer y segundo párrafo del tipo penal, se concluye que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que abandona su empleo, cargo o trabajo sin haber cesado formalmente y a la vez conociendo que tal proceder causará un daño al servicio que presta la entidad pública donde trabaja, voluntariamente decide actuar y así lo hace. En el supuesto agravado también el agente con conocimiento que, incitando al abandono colectivo y en forma definitiva del cargo, empleo o trabajo, se causará un perjuicio al servicio que presta la institución pública, voluntariamente actúa[11].

Por su parte el autor FRISANCHO APARICIO, indica los siguiente:

> [L]os tipos descritos en el art. 380 son dolosos. No se admite en ellos las formas delictivas culposas. El agente debe comprender el sentido social de su acción, esto es, el significado del abandono, y requiere la actitud interna de tener la intención de no continuar ejerciendo el cargo de manera temporal o definitiva. También está comprendido en el dolo del agente la posibilidad del daño al servicio que ocasiona su abandono[12].

En ese sentido, no existe duda alguna que tanto en la forma simple y agravada del tipo penal, el delito se realizará mediante un accionar doloso, es decir, dolo directo, no admitiendo la forma culposa, por cuanto por técnica de tipificación siempre dicha figura deberá aparecer de manera expresa conforme aparece señalado en el art. 12 del CP, situación que no existe en el presente caso.

VI. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos que se analizaran en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios no existen en el presente caso, conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores y es ampliamente conocido, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no aparece en el presente caso.

2. Tentativa

La tentativa es posible en el presente caso, por cuanto conforme indica SALINAS SICCHA, "al ser un delito de resultado, es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Ello se produce cuando la conducta del agente es descubierta o denunciada antes de que se produzca el real daño que exige el tipo penal"[13].

---

11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., Lima: Grijley, 2014, pp. 224 y 225.
12 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 290.
13 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 270.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Según la doctrina nacional, existen diversas posturas respecto a la consumación del tipo penal. Según ROJAS VARGAS, el tipo penal "ha incluido un resultado funcional que puede expresarse en perjuicios materiales, estancamiento o pérdida en la continuidad del servicio público (el daño al servicio). Este resultado deberá constatarse para perfeccionar típicamente la figura penal"[14]. FRISANCHO APARICIO, refiere que "en el primer supuesto típico la consumación del delito se dará cuando el agente haya abandonado su cargo, ocasionando daño en el servicio público que presta"[15]. Por su parte, para SALINAS SICCHA, "el delito tipificado en el primer párrafo del artículo 380° del Código Penal se consuma o perfecciona en el momento en que el agente abandona el cargo sin haber cesado formalmente en este y, con ello, se produce un inmediato daño al servicio que presta la institución pública donde trabaja el agente. Se trata de un delito de resultado verificable"[16].

Considerando la dinámica de los delitos de dominio, el delito de abandono ilegal de cargo resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal depende del verbo rector identificado en supuesto de hecho, es decir, *abandonar*, por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual cualificado, dominando el curso causal delictivo, incurra en dicho verbo rector y cause el daño material al servicio de la administración pública, producto del abandono ilegal del cargo.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de abandono ilegal del cargo, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad. En ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, al incursionar en el verbo rector "abandonar", además de infringir el deber especial, lesiona simultáneamente la institución antes mencionada, por lo tanto, dicha lesión correlativamente genera un daño material de demostración objetiva, por cuanto al abandonar el cargo funcional resquebraja la operatividad del servicio de la administración pública, en ese sentido, aunque, provisional e inmediatamente, se mantenga las precauciones del caso para continuar con el servicio público, empero mientras el funcionario o servidor público no sea reemplazada formalmente, el daño estará manifiesto.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de infracción de deber, el tipo penal aparece consumado con la infracción del deber especial de probidad, situación que, de

14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit., p. 225.
15 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 290.
16 *Loc. cit.*

conformidad con el Código de Ética, aprobado por Ley N.° 27815, obliga al funcionario o servidor público actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general, dicha infracción de deber desencadena un efecto en serie, es decir, lesiona la administración pública y genera un daño material al sistema estatal, todo ello, opera por cuanto, la infracción del deber especial fundamenta el injusto penal.

4. Agotamiento

La forma agotada aparece identificada con todos los actos o manifestaciones efectuadas con posterioridad a la infracción del deber especial, es decir, deber de probidad; entre ellos tenemos, el retraso de las causas de los administrados.

VII. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de abandono ilegal del cargo exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas o clases de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado domine la acción delictiva por sí solo, es decir, en su condición de funcionario o servidor ppublico abandone injustificadamente el cargo. Respecto a la *autoría mediata y coautoría*, no es posible su admisión por lo personalísimo de los deberes funcionariales recaídos únicamente en el funcionario o servidor público que opera en razón del cargo.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto el deber especial contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

En delito de abandono ilegal de cargo, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al abandono del cargo, perjudicando el ejercicio de la función pública, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final

del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario o servidor público para que abandone el cargo público, en ese sentido, es necesario establecer que en la parte agravada del art. 380 del CP, si bien se indica el verbo *incitar*, cuyo significado, en puridad, semánticamente resultaría ser el mismo concepto de instigador, por el influjo psicológico que impregna al autor, empero, a pesar de consignarse expresamente dicho verbo se trata de un autor directo y no así de un instigador; lo afirmado responde al hecho que la técnica de tipificación advierte que los delitos fijados en la parte especial contienen al autor directo, por lo tanto, se deberá recurrir a la parte general para identificar y fundamentar las demás formas de intervención delictual, esto es, autoría mediata, coautoría, complicidad primaria y secundaria e instigación. En sentido similar, dicha técnica de tipificación aparece en el art. 113 del CP, respecto al delito de instigación al homicidio, por cuanto el instigador al homicidio, en puridad, resulta ser autor directo.

VIII. PENALIDAD

El tipo penal advierte dos niveles penológicos, el primer nivel precisa que el funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El segundo nivel penológico, aparece en la medida que, si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

CAPÍTULO VIII
NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 381 CP)

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público aparece registrado en el art. 381 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 381.**
> 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

II. ANTECEDENTES

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público aparece en nuestra legislación, por primera vez, durante la vigencia en el CP de 1991, no se verifica modificación alguna y tampoco referencia directa de otros códigos nacionales, manteniéndose su estructura inalterable desde su incorporación. Sin embargo, se advierte que su fuente inmediata aparece en el art. 253 del CP argentino[1].

III. TIPO OBJETIVO

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público, a nivel del tipo objetivo presenta diversos componentes, entre ellos, respecto a los sujetos, conducta y los elementos concomitantes, los cuales serán analizados oportunamente en los apartados siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 273.

1.1. Sujeto activo

El autor SALINAS SICCHA manifiesta que el primer párrafo del art. 381 recoge una figura delictiva especial, pues solo puede ser sujeto activo o autor aquella persona que reúne la condición o cualidad de funcionario público, se excluye en forma automática al servidor público. Por otro lado, continúa indicando el autor, es lugar común en la doctrina peruana argumentar que aparte de ser funcionario público el sujeto activo del delito en análisis tiene que tener la facultad o atribución al interior de la administración pública, de hacer designaciones o nombramientos. Si en un caso particular; se llega a determinar que el funcionario que hizo el supuesto nombramiento ilegal no tenía competencia para ello, el delito en hermenéutica jurídica no se configura. Aquí también podemos alegar que para ser autor de este delito no es suficiente que el agente solo tenga la condición de funcionario público, sino que es necesario que aparte de ello, renga una relación funcional especial, esto es, tenga la capacidad funcional de hacer designaciones o nombramientos[2].

Por otro lado, FRISANCHO APARICIO, indica que para que la autoridad o funcionario Público incurra en el tipo penal es necesario que goce de competencia para nombrar o dar posesión. Respecto a los requisitos legales que no confluyen en la persona a quien el funcionario nombra para el cargo público, es necesario subrayar que debe tratarse de requisitos esenciales, sin los cuales no es posible acceder al ejercicio del cargo. Las meras incompatibilidades no dan lugar al delito[3].

Teniendo el panorama expuesto, podemos afirmar que el delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público, respecto al primer supuesto previsto en el art. 381 del CP, sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario público; en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, en el primer supuesto del art. 381 del CP, el delito analizado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que el supuesto de hecho registra una relación directa entre el funcionario público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, respecto a la conducta delictual se advierte una institución especial y deberes positivos de no abandonar el cargo funcionarial sin haber cesado legalmente en el desempeño, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

Respecto al segundo párrafo del art. 381 del CP, se advierte que el tipo penal se configura cuando el agente delictual sabiendo perfectamente que no reúne los requisitos establecidos en la ley, reglamentos, convocatoria o resoluciones, acepta el nombramiento para desempeñar un cargo o empleo público, por lo tanto, en este extremo, se trataría de un delito común, pudiéndolo cometer cualquier persona con capacidad de reprochabilidad.

2 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., pp. 278 y 279.
3 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 296.

1.2. Sujeto pasivo

Según el autor FRISANCHO APARICIO, el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico bajo tutela penal[4], ante ello, concordamos que el Estado resulta ser el único sujeto pasivo y subsecuentemente titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública". En ese mismo sentido, de manera general, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a la conducta, encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El tipo penal contiene dos elementos típicos. Entre ellos tenemos los siguientes.

2.1.1. Del nombramiento en cargo público a persona que no concurren los requisitos legales

El supuesto delictivo, nos permite advertir una interesante disquisición terminológica, así tenemos el trato diferenciado entre el "acto de nombramiento" y el "hacer un nombramiento", con suma perspicacia, SALINAS SICCHA logra advertir dicho escenario, indicando lo siguiente:

> El artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que nombra sino la de aquel que hace un nombramiento para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, hacer un nombramiento no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente[5].

El escenario expuesto tiene respaldo en sede jurisdiccional, así tenemos el recurso de apelación, del 4 de mayo del 2010, registrado en el Exp. N.° 07-2007 (caso *Victoria Canchaya*), en el cual se estableció lo siguiente:

> [El] artículo 381 del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que "nombra" sino la de aquél que hace un nombramiento para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, hacer un nombramiento no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que fina-

4 *Loc. cit.*

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., pp. 273 y 274.

lizará cuando éste lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente[6].

Bajo ese contexto, tenemos que agregar la inexistencia de los requisitos legales en el sujeto no cualificado, esto implica que el funcionario público inobserva el procedimiento fijado, con anticipación para el respectivo nombramiento regular, esto implica la falta de cualquiera de los requisitos fijados para el cargo aludido; por ejemplo, falta de título profesional, falta de experiencia en el rubro, ausencia de capacitaciones, etc. Situación que evidencia un escenario al margen del sistema legal, conducta delictual realizada por el sujeto cualificado quien actúa con conocimiento del desvalor de la acción.

2.1.2. De la aceptación del cargo público sin contar con requisitos legales

En este extremo, la técnica de tipificación aparece avocada al sujeto activo no cualificado, esto es, la persona que acepta el cargo ilegalmente, en ese sentido, el verbo rector "aceptar", según la RAE, proviene del latín *acceptāre*, por lo tanto, el significado del citado verbo, implica: "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga". Ante ello, se tiene que el sujeto no cualificado, con pleno conocimiento que no cuenta con los requisitos establecidos por la normatividad, acepta el cargo otorgado por el funcionario público, ingresando a la esfera laboral con la finalidad de gozar de los beneficios propios de la actividad laboral; por ejemplo, el bachiller en ingeniería civil que acepta el cargo de gerente de infraestructura de una entidad edil sabiendo que para desempeñar el citado cargo se requiere tener el título de ingeniero.

2.2. Clase de delito

El delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, en la estructura típica, se advierte el baremo configurador de los delitos de resultado, es decir, "espacio y tiempo", criterios vigentes entre la acción y el resultado concreto, por cuanto, se requiere que el funcionario público haga el nombramiento, subsecuentemente, en el curso causal delictual, es perfectamente posible advertir un intervalo entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, admitiéndose por lo tanto la tentativa.

2.3. Forma de ejecución

El delito analizado, contiene una estructura activa, es decir, necesita que el agente delictual, especial y común, emita, fenomenológicamente, un acto en el mundo real, es decir que el funcionario público haga el nombramiento ilegal y el no cualificado acepte el nombramiento aludido. Respecto a las formas omisivas, (omisión propia e impropia), no es posible su admisión, por cuanto la redacción típica exige un accionar activo, propios de los delitos de comisión, por lo tanto, no es posible la forma omisiva.

6 Véase, al respecto, la resolución emitida por la Sala Penal Especial en el Expediente N.° 07-2007, f. j. n.° 5.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes, contienen diversos puntos, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, y la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Existen diversos pronunciamientos con relación al bien jurídico, así tenemos por un lado a SALINAS SICCHA, quien indica lo siguiente:

El bien jurídico genérico que el legislador pretende proteger con la tipificación de las conductas recogidas en el tipo penal 381 lo constituye la recta administración pública. En tanto que el bien jurídico específico es preservar la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo a la administración pública de irregularidades en el ingreso a la función pública, afirmando con ello el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamiento sobre la idoneidad y calidad de sus recursos humanos[7].

Según el autor FRISANCHO APARICIO, respecto al bien jurídico protegido, señala lo siguiente:

> [S]e tutela el normal desenvolvimiento de la administración pública que requiere en los funcionarios el respeto a las disposiciones legales que regulan el nombramiento para cargo público. Resulta necesario que la administración pública preserve la debida eficacia e idoneidad profesional y personal de sus funcionarios. Cuando el agente vulnera las disposiciones legales que buscan este cometido, no hace más que poner en riesgo o menoscabar el normal y eficaz desarrollo de la administración pública[8].

Siendo así, consideramos que el bien jurídico genérico, resulta ser la administración pública, empero, de manera específica, compartimos la tesis de SALINAS SICHA al indicar que lo que se pretende proteger resulta ser la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo a la administración pública de irregularidades en el ingreso a la función pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

En apartados distintos, se viene indicando la admisión de los criterios de imputación objetiva en los delitos de resultado, en ese sentido, el delito materia de análisis es un delito de resultado, entonces, no existe problema alguno para poder aplicar los criterios de imputación objetiva, por lo tanto, se deberá considerar según cada caso concreto los criterios, tanto de imputación de conducta y de resultado. Respecto a los criterios de *imputación objetiva de la conducta*[9] se deberá tener en cuenta que la creación del riesgo

---

7 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 278.

8 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 295.

9 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:

1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.

2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.

debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo, dichos filtros de eliminación de responsabilidad penal deberán ser aplicados según el caso concreto, por cuanto, existen algunos supuestos que son de imposible aplicación; por ejemplo, la auto puesta en peligro de la víctima por la misma impropiedad del escenario. Respecto a la *imputación objetiva del resultado*[10], implica la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*, de la misma forma sus presupuestos serán aplicados en la medida que aparezca aplicable al supuesto de hecho invocado, según cada caso concreto.

IV. TIPO SUBJETIVO

Según el autor FRISANCHO APARICIO, tanto la primera como la segunda hipótesis típica descritas en el art. 381 del CP pueden ser cometidas, exclusivamente, de manera dolosa. En el primer caso, el sujeto activo nombra para el cargo público sabiendo que el designado no reúne los requisitos que la ley exige. En el segundo supuesto, el agente acepta el cargo sabiendo que no reúne los requisitos legales[11].

En ese sentido, el delito analizado es un delito de comisión dolosa y no así un delito imprudente o culposa. Respecto al dolo, se requiere dolo directo.

3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

10 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:
1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,
3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.
5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

11 Cfr. FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 298.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos que analizaremos a continuación.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores, y es ampliamente conocido, no existen en el presente caso, por cuanto si bien pertenecen a la fase externa del camino delictual, estas tendrán relevancia para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan típicamente naturaleza punible, supuesto que no aparece en el presente caso.

2. Tentativa

El autor SALINAS SICCHA señala que es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Por ejemplo, ocurrirá cuando el sujeto activo estando a punto de publicar en *El Peruano* o notificar oficialmente la resolución de nombramiento es descubierto que estaba nombrando a una persona que no reunía los requisitos de ley. Frustrándose de ese modo el nombramiento ilegal[12].

En ese sentido, es perfectamente posible la admisión del delito tentado, por cuanto el delito de nombramiento y aceptación de cargo ilegítimo es un delito de resultado, situación a fin a la forma delictual tentada.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

El autor SALINAS SICCHA manifiesta que, el delito previsto en el primer párrafo del tipo penal en análisis se perfecciona o consume en el instante en que el agente —funcionario público— hace el nombramiento oficial y con las formalidades de ley de la persona que no cuenta con los requisitos establecidos. En el segundo supuesto se consume el delito cuando el agente admite voluntaria y formalmente el cargo (con el juramento, firma de conformidad, asume el cargo, etc.), o según exija la formalidad del caso[13]. Según el autor FRISANCHO APARICIO, el hecho típico se consuma con el solo nombramiento o aceptación. Es delito de mera actividad y se perfecciona, entonces tan pronto se ha cumplido legalmente el acto procesado administrativo que constituye oficialmente nombramiento y, en su caso, aceptación[14].

En ese sentido, respecto al primer supuesto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el sujeto cualificado mediante acto de disponibilidad realiza el nombramiento oficial amparándose en el procedimiento regula previsto para tal nombramiento, a pesar que la persona nombrada no cuente con los requisitos establecidos. Respecto al

12 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 280.
13 *Loc. cit.*
14 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 297.

segundo supuesto, se logra consumar cuando, el agente delictual común, su conducta ingresa en el verbo "aceptar", es decir, el sujeto activo común asume el nombramiento laboral, brindando su consentimiento, sabiendo que no cuenta con los requisitos establecidos por la actividad concursal.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito materia de análisis no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad. En ese sentido, el sujeto cualificado (funcionario público) al hacer el nombramiento ilegal, además de infringir el deber especial, lesiona simultáneamente la institución antes mencionada, por lo tanto, estaría perfeccionando el ilícito penal con la infracción del deber cualificado, fundamentando de esta manera el injusto penal.

3. Agotamiento

La forma agotada, aparece identificado con todos los actos o manifestaciones efectuadas con posterioridad a la infracción del deber especial, es decir, deber de probidad, entre ellos tenemos el desarrollo de las actividades labores del sujeto no cualificado, nombrado ilegalmente en el sector público.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de nombramiento o aceptación indebido de cargo, exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las clases de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa* en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento; y la *coautoría,* codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, respecto al primer y segundo supuesto, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario público y sujeto común respectivamente, dominen la acción delictiva por sí solo, es decir, haga realizar el nombramiento ilegal. Respecto a la *autoría mediata*, no es posible su admisión, tanto en el primero y segundo supuesto, por lo personalísimo de los deberes funcionariales (primer supuesto) y lo personal del verbo "aceptar" (segundo supuesto). Con relación a la *coautoría*, es posible, respecto al primero de los supuestos, en la medida que la pluralidad de intervinientes, codominando

el hecho punible, por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, hagan nombrar a un tercero ilegalmente; respecto al segundo supuesto, también es posible la coautoría en la medida que los sujetos no cualificados acepten conjuntamente el cargo sin contar con los requisitos legales.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, aplicable al primer supuesto, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

VII. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

En delito de nombramiento o aceptación indebida de cargo público, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria); esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado. Respecto al primer supuesto, en el proceso de hacer nombrar ilegalmente a una tercera persona que no cuenta con los requisitos legales, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Con relación al segundo supuesto, al tratarse de un delito de dominio no existe problema para la admisión de la complicidad.

Respecto a la figura de *instigación*, también es posible en los dos supuestos delictivos, en la medida que el instigador despliegue influjo psicológico a favor del autor, sea para que se haga el nombramiento ilegal a favor del tercero que no reúne los requisitos para asumir el cargo, o se de en la medida que el instigador determine al sujeto no cualificado para que acepte el cargo indebidamente.

VIII. PENALIDAD

El tipo penal presenta dos niveles penológicos de conformidad con la naturaleza del sujeto. El primer nivel vinculado al sujeto cualificado, indica que 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 segundo nivel penológico, aparece vinculado al sujeto no cualificado, el mismo que será castigado en la medida que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales. En este supuesto, el sujeto será reprimido con la misma pena del sujeto cualificado, esto es, sesenta a ciento veinte días-multa.

CAPÍTULO IX
CONCUSIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 382 CP)

El delito de concusión aparece registrado en el art. 382 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 382.**
> El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.º 1243, del 22.10.2016)

II. ANTECEDENTES

De manera referencial, respecto a la figura delictual analizada, se tiene como etiología, según SÁNCHEZ FRANCO, que "los primeros antecedentes sobre el origen etimológico de la concusión, [...], se remontan al derecho romano, que ha servido de punto de partida en la evolución de una infinidad de institutos en diversos sistemas legales internacionales"[1]. Continúa señalando, el citado autor, lo siguiente:

> En la antigua Roma, el instituto de la concusión no era distinguido con claridad de otras figuras como el "cohecho", sino que a ambas se les aplicaba el mismo principio genérico de crimen *repetundarum*, es decir, bajo el título de la concusión en sentido genérico; se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el derecho romano, v.gr., se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia[2].

Asimismo, el autor señala que "con posterioridad el concepto de la concusión fue evolucionando, hasta limitarse a la sanción de actos efectuados por funcionarios públicos que se servían del *metus publicae potestatis* o miedo generado a particulares por la autoridad que investían, para obtener las exacciones ilegales de las cuales eran víctimas"[3]. Finalmente, SÁNCHEZ FRANCO, precisa:

---

1 SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo, *El delito de la concusión. Cobro ilegal de impuestos*, Puebla: O.G.S., 2001, p. 15.
2 SÁNCHEZ FRANCO, *El delito de la concusión. Cobro ilegal de impuestos*, ob. cit., p. 15.
3 *Ibid.*, p. 16.

> [D]ebe señalarse que si bien es cierto el origen etimológico del delito de la concusión es único, también lo es que dicha figura en la actualidad no reviste exactamente los mismos elementos y perfiles en las diferentes legislaciones represivas a nivel internacional, esto es, que, a pesar de tener su cuna en épocas remotas, dicha figura no se encuentra descrita de la misma manera, en las leyes penales[4].

Respecto a nuestra legislación, se advierte que el CP de 1991 incorporó por primera vez dicha figura delictual, por cuanto no aparece registrada en el CP de 1924, de la misma forma, el delito de concusión sufrió modificaciones, esto es, mediante Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013, para luego registrarse la última modificación mediante D. Leg. N.º 1243, del 22 de octubre del 2016.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de concusión, a nivel del tipo objetivo, presenta diversos componentes, entre ellos los sujetos, conducta y los elementos concomitantes, los cuales serán analizados en los apartados siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

Existen diversas posturas respecto a la conceptualización del sujeto activo, así tenemos que SALINAS SICCHA, indica al respecto lo siguiente:

> Los supuestos delictivos previstos y regulados en el artículo 382 del Código Penal, representan hechos punibles especiales. El tipo penal establece en forma clara la calidad o cualidad que debe concurrir en el sujeto activo. Si en un hecho concreto, la persona que ha cometido una conducta con apariencia de concusión, no tiene la calidad descrita en el tipo penal, el delito en hermenéutica no se configura. Solo puede ser sujeto activo del delito de concusión, previsto y sancionado en el artículo 382, aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga un vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal, según lo previsto en el artículo 425 del Código Penal. También es un delito de infracción de deber especial de carácter penal, en el cual el autor perfeccionará el delito infringiendo el deber especial de velar por el correcto v regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración púbica. Los extraños a la administración pública que participen en la comisión del delito junto al sujeto público, serán considerados cómplices del mismo delito y, por tanto, merecerán menor pena que el autor[5].

Por otro lado, ROJAS VARGAS, refiere que "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"[6]. REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica que, en el delito de concusión, solo puede ser autor un

4 *Loc. cit.*
5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., pp. 291 y 292.
6 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 168.

funcionario o servidor público de acuerdo a las normas del art. 425 del CP. Los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito[7].

En ese sentido, podemos afirmar que, respecto al sujeto activo, el delito de concusión resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal precisa la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, el supuesto de hecho registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial de la cual derivan deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ indica que "de la descripción típica se desprende que se trata de un delito especial propio, o mejor dicho de un delito de infracción del deber, en la medida que autor sólo puede ser autor un funcionario o servidor público de acuerdo a las normas del artículo 425 del Código Penal"[8].

De la misma forma, el R. N. N.° 1062-2012, del 14 de marzo del 2013, estableció lo siguiente:

> [E]ste delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene—, despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro[9].

1.2. Sujeto pasivo

Respecto a esta temática, en la doctrina nacional, existe consenso en considerar al Estado como titular del bien jurídico, es decir, sujeto pasivo, así tenemos que según SALINAS SICCHA, "[...] el sujeto activo es siempre el Estado, único titular del bien jurídico protegido con el delito en análisis"[10]. Por su parte, ROJAS VARGAS señala que "[...] 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"[11].

---

7 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 144.
8 *Loc. cit.*
9 *Ibid.* p. 63.
10 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 292.
11 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 169.

Según REÁTEGUI SÁNCHEZ, podemos encontrar dos clases de sujetos pasivos, siguiendo a la doctrina penal tradicional: Por un lado, se encuentra el sujeto pasivo del delito, que es definitivamente el Estado peruano, a través de una forma concreta traducido en la administración pública. Y por el otro lado, se encuentra el sujeto pasivo de la acción, o algunos lo llaman "objeto material del delito" que será una persona concreta o una víctima material. Tenemos que precisar —junto con ROJAS VARGAS— que la referencia típica a una "persona" hace expresa alusión a un particular a un colectivo de personas, incluso a otros funcionarios o servidores públicos contra quienes se mantiene relaciones de dominio jerárquico y funcional. También pueden ser víctimas las personas jurídicas de derecho privado o público[12].

Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública". En ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Por lo tanto, es necesario precisar, conforme se viene explicando en los comentarios del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, que, si bien existen perjudicados, en este caso, terceras personas afectadas por el accionar del funcionario o servidor público, empero también es cierto que, contra dichas personas normativamente no existe afectación, por lo tanto, no podrían ser considerados como agraviados o perjudicados teniendo únicamente el estatus de denunciantes, por cuanto en los delitos contra la administración pública existe un trato discriminador respecto al bien jurídico, es decir, lo único que se protege es la correcta funcionalidad de la administración pública y sus deberes especiales derivados de dicha institución, ante ello, a pesar que la acción delictual recaiga sobre el tercero y este aparezca afectado, dicha afectación no alcanza protección penal por lo singular del bien jurídico, el mismo que ha sido encomendado al Estado como titular del mismo; siendo así, se deberá tener presente que el derecho penal actúa en la medida que exista un interés debidamente protegido por el tipo penal, por lo tanto, las pretensiones de los particulares afectados, en este escenario, no tienen protección penal, lo que no significa que los afectados hagan valer sus derechos ante la vía correspondiente contra los funcionarios que desplegaron el acto irregular.

Situación distinta se tiene respecto a los delitos comunes, en los cuales el bien jurídico tutelado tiene un alcance más extensivo y admite un escenario de agraviados y perjudicados, por ejemplo, el delito de homicidio o robo, en los cuales, el bien jurídico si bien su titularidad recae en una persona y el perjuicio puede recaer en otras personas, empero, estas últimas personas mantienen una vinculación indirecta con el bien jurídico afectado, por cuanto dicho bien jurídico tienen una connotación general, situación que no opera en los delitos especiales o de infracción de deber, en los cuales la selección del bien jurídico por su misma naturaleza especial no solo restringe la intervención de los posibles autores, en la medida que no tenga la condición especial, sino que además,

12 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 362, citado por James REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*, Lima: Jurista, 2014, p. 145.

también excluye a terceras personas ajenas al deber especial y titularidad en la medida que resulten afectadas con el accionar del agente delictual especial.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El delito de concusión contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1.1. Del abuso del cargo

Según la RAE, *abusar* implica "hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien". En ese sentido, el funcionario o servidor público, en ejercicio del cargo público actúa al margen de la normatividad que regula sus funciones. Al respecto ROJAS VARGAS indica lo siguiente:

> [E]l tipo penal ha circunscrito el abuso del cargo, es decir, a la calidad, no al abuso de atribuciones o funciones, como por ejemplo se hace en el artículo 376 del Código Penal, que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender de manera clara que no es necesario ni imprescindible que el obligar o inducir se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del funcionario o servidor público para configurarse la concusión. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones[13].

En ese contexto, deviene en importante, para dotar de contenido al tipo penal, que el sujeto cualificado se encuentre vinculado o habilitado por el cargo funcionarial, caso contrario no existiría cualificación en el sujeto activo, así como tampoco vinculación con el deber especial de protección del bien jurídico tutelado, subsecuentemente, el tipo penal no tendría contenido, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa.

2.1.2. Del obligar

Según la RAE, el verbo "obligar" proviene del latín *obligāre,* por lo tanto, el termino aludido, semánticamente, significaría "mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar. Ganar la voluntad de alguien con beneficio u obsequios". Siendo así, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, muestra un accionar amenazante frente al tercero, advirtiéndole un perjuicio producto de un acto administrativo en el cual participa en razón del cargo funcionarial. Dicha amenaza puede ser comunicada en diversas modalidades, directas o indirectas; la razón fundante está orientada en el sentido que el tercero administrado tenga conocimiento del acto amenazante o intimidatorio desplegado por el sujeto cualificado.

La amenaza impuesta no tiene conexión con el acto amenazante previsto en el delito de abuso de autoridad y sus formas típicas derivadas, las mismas que aparecen en

13 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 243 y ss.

los arts. 376 y 376-A del CP, por cuanto, en estos últimos delitos aparecen la existencia de un acto funcional arbitrario, antojadizo, sin sustento, al margen de la normatividad, empero en el delito de concusión se trata, conforme indica SALINAS SICCHA, de un anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de la propia administración pública[14]. El sistema jurisprudencial presenta un caso de sumo interés para ilustrar la temática vinculada a una amenaza directa, así tenemos el R. N. N.° 163-2007 Lima, del 07 de abril del 2008, respecto al funcionario edil que solicitaba dinero a personas avocadas a la prostitución clandestina, con la finalidad de no clausurar los locales en los cuales se ejercía dicha actividad, así se tiene la siguiente jurisprudencia:

> [Se ha acreditado que] el [funcionario municipal] encausado [...] solicitó a [algunas prostitutas] la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde dichas féminas ejercían el meretricio clandestino. [...] Cuarto. [...] [Está probado con videos que el] encausado cobraba dinero a varias meretrices para dejarlas ejercer la prostitución [...] (lo que se deduce, en especial, de la expresión [que soltó el encausado en dicha grabación]: "te voy a cuidar tu departamento voy a cuidar que no te tumben, pero me tienes que pagar mil quinientos soles para que no cierren tu local"). [...] Séptimo. [El] hecho que el informe municipal [...] no hallara responsabilidad en el encausado [...] no prueba la irrelevancia penal de los hechos incriminados en tanto aquel no es el órgano competente para establecer la responsabilidad penal de una persona por la comisión [del delito de concusión].

De la misma forma, el R.N. N.° 1906-2009 Huancavelica, del 31 de mayo del 2010, mediante el cual, se determinó la presencia del verbo rector "obligar", situación que marca la diferencia entre el delito de concusión y peculado, así tenemos lo siguiente:

> [El] dinero que recibió el imputado [...] —950 nuevos soles— correspondía por los honorarios que contractualmente había cobrado [esta], por lo que tal acto de disposición implicaba un desprendimiento del dinero que teóricamente le correspondía a ella y no a los fondos públicos, razón por la cual es de estimar que no se configuran los presupuestos de la descripción típica del artículo 387 del Código Penal, porque dicho dispositivo legal exige, entre otros supuestos, que los fondos o caudales materia de apropiación pertenezca al Estado [...]. [Lo que sí se acredita es el delito de concusión, pues el funcionario acusado abusó de su cargo para obligar a una proveedora a entregarle indebidamente una suma de dinero. El encausado le giró un cheque por 1300 nuevos soles, con la condición de que la proveedora le entregue 950 nuevos soles][15].

2.1.3. Del inducir

El verbo "inducir", según la RAE proviene del latín, *inducĕre,* por lo tanto, el contenido significativo del citado verbo consiste en "mover a alguien o algo o darle motivo para ello", es decir, se trata de un influjo psíquico desplegado por el autor frente a un tercero, con la finalidad que se cumpla la voluntad del primero de los citados. En ese sentido, respecto al delito de concusión, el sujeto cualificado ejerce influjo determinante en el tercero con la finalidad que este último entregue o prometa un bien o beneficio patrimonial en favor del funcionario o servidor público, vinculado al hecho o a favor de un tercero.

14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 285.
15 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1906-2009 Huancavelica*, Lima: 31 de mayo del 2010, f. j. n.° 5.

Es necesario precisar que la influencia tiene que ser determinante, viciando la voluntad del administrado, por cuanto, si éste último tiene la capacidad de negarse a la pretensión desleal y espuria del sujeto cualificado, no es posible la invocación del verbo "inducir", por la idoneidad del medio empleado, encontrándonos ante un supuesto de atipicidad relativa, no teniendo contenido delictivo el injusto penal. Por ejemplo, el sujeto cualificado comunica al administrado el retardo o negativa de firmar un oficio para impulsar el trámite administrativo, empero dicho oficio puede ser firmado por otro funcionario o servidor público quien también tendría competencia funcionarial, resultando insignificante el nivel de influencia.

2.1.4. Del dar o prometer el beneficio indebido

El tipo penal analizado advierte dos verbos rectores vinculados al supuesto de hecho, esto es, "dar" y "prometer", dichos verbos aparecen como la consecuencia de la conducta desplegada por el autor, es decir, el acto abusivo mediante el cual el funcionario o servidor público obliga o induce al tercero administrado para que entregue o prometa un bien o beneficio patrimonial a favor del sujeto cualificado o en beneficio de un tercero.

Respecto al verbo rector "dar", según la RAE proviene del latín *dare, es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio"*, en ese contexto, la redacción típica exige que el tercero administrado entregue al funcionario o servidor público, quien opera en razón del cargo específico, un bien o beneficio patrimonial a favor del mismo sujeto cualificado o de tercero, quien también mantiene vinculación con el funcionario o servidor público requirente. Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el tercero administrado entregue el bien o beneficio patrimonial para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

Con relación al verbo "prometer", la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior[16], indica que proviene del latín *promissa,* situación que, semánticamente nos conlleva a entender que se trata de una "expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades". En ese sentido, "prometer" implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir que el legislador optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras, por lo tanto en este extremo, el tipo penal resulta ser de mera actividad y de peligro abstracto.

2.1.5. Del destinatario del beneficio indebido

El destinatario del bien o beneficio patrimonial tiene dos aristas, la primera referida al mismo sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien opera ejerciendo

16 Véase el delito de cohecho pasivo propio.

un acto abusivo o influencia contra el tercero administrado, en este caso, el sujeto cualificado, quien opera en razón del cargo funcionarial específico, tiene competencia respecto a la pretensión del tercero administrado, por lo tanto, el bien o beneficio patrimonial solicitado recae favor del citado funcionario o servidor público.

El segundo supuesto, refiere la intervención de un tercero, a quien se le asigna la cláusula "para otro", en ese sentido, dicha persona, si bien, fácticamente, no aparece al momento de los actos funcionariales abusivos desplegados por el sujeto cualificado, empero también es cierto que dicha persona tiene una vinculación directa con el agente delictual cualificado, por lo tanto, en este extremo, nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; por lo tanto, según señala la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho[17], la intervención del "tercero", al encontrarse expresamente descrita en el tipo penal, nos advierte el estatus de cómplice primario.

2.2. Clase de delito

Conforme se viene indicando líneas arriba, el delito aludido resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto exige para efectos consumativos la presencia de cualquiera de los verbos rectores para determinar la conducta delictiva del sujeto cualificado, esto es, "obligar" o "inducir", los mismos que deberá estar enlazadas con el escenario conducta del tercero administrado, es decir, en la medida que este último "entregue" o "prometa" el bien o beneficio patrimonial; sin embargo, para efectos consumativos resulta irrelevante que el cumplimiento de la conducta del tercera interesado, por cuanto la técnica de tipificación busca proteger el bien jurídico tutelado, en este caso, administración pública.

Por otro lado, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción busca la posibilidad de lesión al bien jurídico, la misma que se encuentra dotada, por mandato legal, de contenido penal, por cuanto no se requiere que el tercero interesado cumpla la promesa del entregar el bien o beneficio patrimonial a favor del sujeto cualificado o de tercero, tampoco se pretende que el tercero administrado cumpla con entregar el bien o beneficio patrimonial, por lo tanto, el *thelos* del legislador pretende adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*, propia de los delitos aludidos.

2.3. Forma de ejecución

El delito de concusión resulta ser un delito de acción por la misma naturaleza de los verbos rectores y supuestos típicos, esto es, "obligar", "inducir", "dar" y "prometer", supuestos que no pueden ser considerados como formas omisivas, por lo tanto, feno-

17 Cfr. Fundamento jurídico vigésimo octavo, en cual se indica lo siguiente: "[...]. La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus".

menológicamente, desde una postura de los delitos de dominio, la forma omisiva no es posible, por cuanto, además de la naturaleza activa de los verbos típicos, la estructura típica del delito analizado no contiene expresamente la forma omisiva, conforme exigen los delitos de omisión propia. Por otro lado, la figura de omisión impropia o de comisión por omisión, en la cual se exige una posición de garante en razón del estatus cualificado, si bien; en este extremo tenemos un sujeto cualificado con un deber específico, empero también es cierto que la figura de omisión impropia funciona en los delitos de resultado y no así en los delitos de comisión instantánea, es decir, de mera actividad, como resulta ser el presente caso[18].

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes contienen diversos puntos, conforme se viene indicando en otros apartados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, los mismos que serán tratados en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Según SALINAS SICCHA, "el bien jurídico protegido con la tipificación del delito de concusión es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública, unido a ello también se busca proteger la corrección y probidad de los funcionarios o seguidores que ejercen funciones al interior de la administración pública"[19]. Para el autor ROJAS VARGAS, "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"[20]. Por su parte JAMES REÁTEGUI señala lo siguiente:

> [E]l bien protegido del delito de concusión es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de lo administración pública, pues el delito de concusión afecta los intereses de la administración pública, y de consumarse también estaría vulnerando, de manera genérica a la Constitución Política, al incumplir el mandato Constitucional que emana del artículo 39 que a la letra dispone: "todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación", todo ello podría ser entendido en un sentido amplio del bien jurídico (institucional); sin embargo, en un sentido específico, el objeto concreto a proteger en el delito de concusión sería la protección de la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública[21].

Por lo tanto, considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la administración pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos. En términos similares la sentencia recaída en el Exp. N.° 44-06, del 7 de junio del 2011 emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, estableció lo siguiente:

---

18 El R. N. N.° 661-2009, del 10 de marzo del 2010, niega la posibilidad de cometer el delito analizado bajo el presupuesto de comisión por omisión.

19 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 291.

20 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* ob. cit., p. 168.

21 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal,* ob. cit., p. 140.

"[...] que nuestro legislador, en el caso que nos ocupa, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos".

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva por la misma naturaleza estructural de dicha institución, la misma que advierte imputación de la conducta e imputación del resultado, opera en los delitos de resultado, determinados por el binomio "espacio-tiempo", baremo propio de los delitos de resultado. En ese sentido, la institución jurídica aludida es ajena a la estructura del delito de concusión, por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores que determinan la conducta del autor, esto es, "obligar" e "inducir", el citado delito, según la conducta, resulta ser delito de mera actividad y de peligro abstracto, por lo tanto, los criterios de imputación objetiva son ajenos por la carencia del baremo espacio-temporal; sin embargo, conforme se viene indicando en diversos apartados, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto cierto sector de la dogmática jurídico penal viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[22].

IV. TIPO SUBJETIVO

Respecto al tipo subjetivo del mencionado delito, el autor REÁTEGUI SÁNCHEZ, señala lo siguiente:

> [E]l delito de concusión es de ejecución eminentemente dolosa, quedando descartada la modalidad típica culposa, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal. En consecuencia, se exige el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, y obviamente la voluntad para ejecutarlo. Es uniforme la doctrina nacional al sostener que solo es posible la comisión por dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual[23].

Considero acertada las afirmaciones expuestas, el delito de concusión requiere dolo directo por lo personalísimo de los verbos rectores y la forma activa de su ejecución.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos que pasaremos analizar en las siguientes líneas.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores, y es ampliamente conocido, no pueden ser invocados en el delito de concusión, por cuanto, si bien pertenecen a la fase externa del camino delictual, sin embargo, tendrán relevancia

22 Véase, al respecto, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLES, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal,* vol. 11, n.° 22, Santiago: diciembre del 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>.

23 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal,* ob. cit., p. 161.

para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible; supuesto que no aparece en el presente caso.

2. Tentativa

Existe un escenario debatible respecto a la admisión del delito tentado en la figura típica de concusión. Así tenemos a SALINAS SICCHA, que señala que "las formas de tentativa son admisibles en ambos supuestos, al igual que el desistimiento. La posibilidad de tentativa radica en el hecho de que no basta para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva por parte del agente, sino que es necesario llegar a determinar en la voluntad de la víctima la dación a la promesa y ello supone *iter* o espaciamiento de actos o de un solo acto hasta llegar al momento de la dación o promesa efectiva[24]. Por otro lado, ROJAS VARGAS indica que "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"[25].

Por nuestra parte, siguiendo estrictamente las reglas de la dogmática penal, en la cual se indica que la tentativa no es posible su admisión en los delitos de mera actividad y delitos de peligro abstracto, por la ausencia del baremo "espacio-temporal", entonces, al haber asumido la tesis que el delito de concusión resultar ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, no sería posible el delito tentado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

SALINAS SICCHA, respecto a este acápite, señala lo siguiente:

> [E]l delito, en la modalidad de obligar o inducir a dar, se perfecciona o consuma en el instante en que la víctima se desprende del bien o del beneficio patrimonial y le entrega al agente o a un tercero. En tanto que en la modalidad de obligar o inducir a promover, el delito se perfecciona o consuma en el momento en que la víctima se compromete a entregar en un futuro inmediato, el bien o beneficio patrimonial a favor del agente o de un tercero. Para nada se toma en cuenta si a lo que se comprometió el agente a cambio el beneficio pedido (no expedir una resolución, resolver un asunto de modo diferente a las pretensiones de la víctima, demorar la emisión de la resolución o en la ejecución del contenido de la resolución; denunciarlo por evasión tributaria, ordenar su detención, etc.) se cumplió o no. Tal aspecto es irrelevante para efectos del perfeccionamiento del delito de concusión[26].

Por su parte, ROJAS VARGAS, indica lo siguiente:

> [P]or 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

24 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 246.
25 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 176.
26 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 294.

bien o beneficio patrimonial mediando compulsión o inducción. Como se apreciará, cada hipótesis a su vez admite un desdoblamiento en función al verbo rector que defina la acción[27].

Desde, la óptica de los delitos de dominio, tenemos que la configuración del delito de concusión, opera en la medida que la conducta delictual del sujeto cualificado, aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "obligar" o "inducir", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual imponga el accionar amenazante o determinante en el tercero administrado, siendo irrelevante, para fines consumativos, que este último entregue el bien o beneficio patrimonial, por cuanto estas dos últimos presupuestos corresponderían a la fase de agotamiento.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de concusión, además de ser un delito especial propio, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionariales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es funcionario o servidor público, al obligar o inducir al tercero interesado para que entregue o prometa el bien o beneficio patrimonial estaría infringiendo el deber especial, y simultáneamente lesiona el bien jurídico protegido, por lo tanto, la infracción del deber estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal.

4. Agotamiento

La figura agotada aparece evidenciada en la medida que el tercero administrado, producto del acto obligatorio e inductivo desplegado por el sujeto cualificado, entrega el bien o beneficio patrimonial o en su defecto cumpla la promesa indebida a favor del sujeto cualificado o del tercero.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de concusión contiene diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las clases de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las misma que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata*,

27 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 176.

dominio de la voluntad del instrumento; y la *coautoría*, codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, la *autoría directa* aparece en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, dominen la acción delictiva por sí solo, es decir, obligue o induzca determinantemente al tercero administrado para que entregue o prometa el bien o beneficio patrimonial. Respecto a la *autoría mediata*, no es posible su admisión por lo personalísimo de los deberes funcionariales. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que la pluralidad de intervinientes, codominando el hecho punible por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, obliguen o induzcan de manera contunden al tercero administrado para que entregue o prometa el bien o beneficio patrimonial.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, aplicable al primer supuesto, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores y en el presente caso no será la excepción, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto el deber especial contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de concusión, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado, en ese mismo extremo, respecto al supuesto delictual de entregar o prometer el bien o promesa patrimonial indebida a favor de "otro", nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así también lo señala la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho[28]: la intervención del "tercero", al encontrarse expresamente descrita en el tipo penal, nos advierte el estatus de cómplice primario.

Por lo tanto, respecto al "otro" o "tercero", podrá ser cómplice en la medida que habiendo desplegado actos contributivos a favor del plan delictual del funcionario o servidor público, para recibir tanto la entrega o promesa del bien o del beneficio patrimonial indebido, dicha responsabilidad encuentra respaldo en la medida que el tercero a quien se le entregará el bien o beneficio indebido tenga conocimiento del escenario delictual, caso contrario, su participación es inocua.

28 Cfr. Fundamento jurídico vigésimo ctavo, en cual se indica: "[...]. La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus"

La punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al instigador[29], tendrá responsabilidad en circunstancias que haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que obligue o induzca al tercero interesado con el acto funcional, todo ello con la única finalidad de obtener el bien o promesa patrimonial indebida.

VII. PENALIDAD

El delito de concusión registra un nivel penológico, es decir, exige que 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, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

29 En términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica que "puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho". CASTILLO ALVA, José, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 560.

CAPÍTULO X
COBRO INDEBIDO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 383 CP)

El delito de cobro indebido, conocido también como exacción ilegal, aparece registrado en el art. 383 del CP vigente señalando lo siguiente:

> **Artículo 382.**
> El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22.10.2016)

II. ANTECEDENTES

Según el autor Frisancho Aparicio, respecto a los antecedentes históricos, señala lo siguiente:

> [L]a raíz histórica del delito de exacciones ilegales se encuentra en el delito de concusión, denominación con la que se designan los casos en que el funcionario exige a un panicular alguna cantidad que éste no viene obligado a pagar con arreglo a las leyes. Este concepto amplio de las exacciones ilegales comprende la exacción, lo mismo de contribuciones que de derechos, y ya sea el caso en que no hay absoluto fundamento legal para la exacción, que los supuestos en que se exija una cantidad superior a la que legalmente se puede percibir[1].

Por otro lado, se advierte que el antecedente referencial pertenece al art. 343 del CP de 1924, posteriormente, mediante el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016, el tipo penal aludido sufrió modificación, quedando consignado en los términos señalados líneas arriba.

1 Frisancho Aparicio, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 307.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo presenta tres elementos los cuales aparecen vinculados a los sujetos, a la conducta delictual y elementos concomitantes, los mismos que serán evaluados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto los sujetos se analizarán los sujetos activos y pasivos, por cuanto, resultan ser los protagonistas del tema materia de análisis.

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> [L]os supuestos delictivos previstos y regulados en el artículo 383 del Código Penal representan hechos punibles especiales. El tipo penal establece en forma clara la calidad o cualidad que debe tener el sujeto activo. Si en un hecho concreto, la persona que ha cometido una conducta con apariencia de exacción ilegal no tiene la calidad descrita en el tipo penal, el delito en hermenéutica no se configura. En efecto, solo puede ser sujeto activo del delito de exacción ilegal previsto y sancionado en el artículo 383 aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga un vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal según lo previsto en el artículo 425 del Código Penal[2].

Por otro lado, el autor ROJAS VARGAS, señala lo siguiente:

> [E]l 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[3].

El delito de cobro indebido, respecto al sujeto activo, desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa restringe el radio de autores consignando a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos. Por otro lado, respecto a la conducta, se advierte un injusto cualificado en razón de la existencia de una institución, esto es, "administración pública", la misma que aparece ligada al funcionario o servidor público, existiendo una relación de deberes especiales propios de un escenario de salvamento, por lo tanto, el delito, en este extremo, resulta ser un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

Existe diversidad de comentarios sobre el tema, así tenemos las afirmaciones de ROJAS VARGAS, quien indica que, "el 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

2 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 305.
3 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 178.

agente, si bien no es el titular del sujeto pasivo del delito, resulta el perjudicado material directo (víctima)"[4]. Por otro lado, según SALINAS SICCHA, "el sujeto activo es siempre el Estado, único titular del bien jurídico protegido con el delito en análisis"[5].

Por nuestra parte, consideramos, conforme venimos sosteniendo en diversos apeRados, que el Estado es el titular del bien jurídico y, subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado. En términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El delito de cobro indebido o exacción ilegal, contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos los siguientes.

2.1.1. Del abuso del cargo

El delito materia de análisis, tiene similitud con el delito de concusión, previsto en el art. 382 del CP, en el cual se indicó la existencia del elemento descriptivo: abusar del cargo, por lo tanto, nos remitimos a su contenido, es decir, según la RAE, indica que "abusar", implica "hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien". En ese sentido, el funcionario o servidor público, en ejercicio del cargo público, actúa al margen de la normatividad que regula sus funciones, por lo tanto, la amenaza impuesta, en términos similares que el delito de concusión, no tiene conexión con el acto amenazante previsto en el delito de abuso de autoridad y sus formas típicas derivadas, las mismas que aparecen en los arts. 376 y 376-A del CP, por cuanto, en estos últimos delitos aparecen la existencia de un acto funcional arbitrario, antojadizo, sin sustento, al margen de la normatividad, empero en el delito materia de análisis, se trata de un accionar específico circunscrito a la entrega o al hacer pagar contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidad que superen la tarifa legal preexistente, por lo tanto, el criterio de especialidad marca la diferencia respecto a los delitos de abuso de autoridad y sus formas derivadas.

Además de lo expuesto, se deberá tener presente que el sujeto activo, esto es, funcionario o servidor público, aparece vinculado o habilitado por el cargo funcionarial, es decir, se requiere un escenario funcionarial específico, caso contrario no existiría cualificación

4 *Loc. cit.*
5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 255.

en el sujeto activo, así como tampoco vinculación con el deber especial de protección del bien jurídico tutelado, subsecuentemente, el tipo penal no tendría contenido, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa.

2.1.2. Del exigir

Según la RAE, el verbo "exigir" proviene del latín *exigĕre*, por lo tanto, el termino aludido, semánticamente, significaría "pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho". Siendo así, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, demanda o requiere imperiosamente, tanto al tercero administrado o al sistema de administración pública, contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, por lo tanto, en este extremo, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la sola exigencia indebida, tratándose en este extremo de un delito de mera actividad, por la naturaleza activa e instantánea del verbo rector.

2.1.3. Del hacer pagar

El supuesto analizado, advierte que el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, quien abusado del cargo específico que viene ejerciendo, y siempre bajo el escenario amenazante, logra que el tercero administrado o la administración pública paguen contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. La situación expuesta advierte que el sujeto cualificado no solo exige, sino que, además, se requiere la materialización de la exigencia, es decir, se demanda un resultado concreto, definido por el pago de las contribuciones o emolumentos indebidos, por lo tanto, en este extremo, se advierte un espacio temporal entre el desvalor de la acción y del resultado, tratándose de un delito de resultado.

2.1.4. Del entregar

Según la RAE el verbo "entregar", proviene del latín *integrāre*, término que implica, según la entidad autorizada en semántica: "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo", por lo tanto, conforme se advierte de la redacción típica, el sujeto cualificado habilitado en el ejercicio del cargo funcional, y siempre bajo el escenario amenazante, logra que el tercero administrado o la administración pública, materialmente, entreguen contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Por lo tanto, el apartado aludido, tan igual que el considerando anterior (hacer pagar), requiere la existencia de un resultado concreto, definido por el pago de las contribuciones o emolumentos indebidos, por lo tanto, en este extremo, se advierte un espacio temporal entre el desvalor de la acción y del resultado, tratándose de un delito de resultado.

2.1.5. De la contribución o emolumentos

Respecto al término "contribución", según la RAE proviene del latín contributio, -ōnis, lo cual significa "cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado". En ese sentido, el tipo penal no realiza un trato discriminador respecto al tipo de contribución, es decir, no se refiere únicamente

a determinados impuestos, por ejemplo, a la renta tributaria o rentas municipales, sino por el contrario se refiere a cualquier tipo de pago proveniente, obviamente, del tercero interesado o de la administración pública. En términos similares, ROJAS VARGAS, indica, respecto a la contribución lo siguiente: "a efectos del delito de exacción ilegal tiene una definición amplia al punto que incluye en su contenido los también tributos denominados derechos, tasas e impuestos"[6].

Con relación al término "emolumento", según la RAE proviene del latín *emolumentum*, lo cual significa "utilidad, retribución. Remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo", por lo tanto, la redacción típica del delito analizado advierte la existencia de pagos indebidos vinculados a remuneraciones o salarios, los cuales no corresponde a la realidad, dichos pagos aparecen habilitados, indebidamente, por el sujeto cualificado, los mismos que son efectuados a favor de la administración pública o en beneficio del tercero administrado.

Finalmente, la técnica legislativa advierte que tanto las contribuciones y emolumentos aparecen catalogados como indebidos, es decir, al margen del estándar permitido por los dispositivos legales imperantes, ya sea reglamentos, directivas, leyes, decretos, etc.

2.1.6. De la cantidad superior a la tarifa legal

La redacción típica advierte que las contribuciones o remuneraciones tienen que exceder el estándar establecido por la normatividad preexistente, es decir, se advierte una técnica legislativa cuantitativa, por lo tanto, se deberá recurrir a los tasas administrativas para definir el elemento descriptivo del tipo penal, dicho requisito nos advierte una cláusula extra típica; por lo tanto, el cobro siempre opera en desmedro de la administración pública, en el caso que procede de sus arcas el pago de las contribuciones o remuneraciones, o del tercero administrado, caso contrario, respecto al extremo materia de comentario, la figura deviene en inexistente, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa, por falta de un elemento del tipo objetivo.

2.2. Clase de delito

El delito de exacción ilegal o cobro indebido, tiene tres supuestos, los cuales advierte una configuración propia del verbo rector, así tenemos, que *respecto al primer supuesto*, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la administración pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, en este extremo, se advierte que el verbo rector, "exigir", resulta ser un verbo activo y de comisión instantánea, por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, resultando irrelevante que el tercero administrativo o la administración pública cancele las contribuciones o emolumentos solicitados.

Con relación al *segundo y tercer supuesto típico*, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, conforme se advierte con meridiana claridad, el tipo penal exige la materialización de un resultado, es decir, que

6 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 303 y 304.

el tercero administrado o la administración pública realicen los pagos respectivos, por lo tanto, al existir un desvalor de la acción y del resultado, determinado por el baremo espacio-temporal, el tipo penal resulta ser de resultado, exigiéndose la materialización del pago en términos de contribuciones o emolumentos.

2.3. Forma de ejecución

Según el autor ROJAS VARGAS, 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[7].

Por nuestra parte, consideramos, que el tipo penal aparece determinado por supuestos típicos activos, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "exigir", "pagar" y "entregar"; por lo tanto, el tipo penal aparece determinado, fenomenológicamente, por un hacer y no por conductas omisivas, siendo así, la figura de omisión propia deviene en inexistente, no solo por la redacción activa de los verbos rectores, sino que además se requiere que dicha forma omisiva aparezca detallada en el tipo penal, situación que no opera en el delito de exacción ilegal, debiéndose descartar la posibilidad de comisión por omisión propia. La situación se presenta de manera distinta en el escenario de la omisión propia, la cual, es posible su admisión en la medida que el sujeto cualificado tenga la posición de garante, es decir, que incurra en un actuar precedente determinado por la ley o los contratos según el caso concreto, imponiéndole un deber específico de salvamento o protección con el bien jurídico tutelado, por lo tanto, el no impedir la lesión del interés protegido configuraría de contenido al delito, en ese sentido, advierto la posibilidad de admitir la figura de omisión impropia en el delito cobro indebido.

Respecto a la afirmación expuesta, deviene en ilustrativo el pronunciamiento de la Corte Suprema, respecto al accionar del alcalde que consintió que se exigiera ilegalmente el pago de una deuda tributaria, conforme se advierte en el f. j. n.° 4 del R. N. N.° 3182-2006 Santa, del 7 de marzo del 2008, indicándose lo siguiente:

> [Con] relación al delito de concusión (artículo 383 del Código Penal) fluye de lo actuado que el ex alcalde encausado sabía que [su coacusado] exigió ilegalmente el pago de una deuda a la empresa [...] y trabó una medida cautelar contra ella por una supuesta deuda tributaria [...] y, lejos de impedir —como era su deber funcional— que se prosiguiera con el anormal procedimiento de cobranza (en los que se evidencian —entre otras— irregularidades relacionadas a la ausencia de notificación a la citada empresa, el cobro de un concepto no tributario como tributario, la contravención a la Ley de procedimiento de ejecución coactiva, la falta de razonabilidad del cálculo del monto de la deuda, y la carencia de competencia territorial del ejecutor coactivo), lo convalidó al consentir el pago de tal contribución indebida[8].

7 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 179.

8 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3182-2006 Santa*, Lima: 7 de marzo del 2008, f. j. n.° 4.

3. Elementos concomitantes

Respecto a los elementos concomitantes, tenemos el bien jurídico y la relación de causalidad e imputación objetiva, que serán tratados oportunamente.

3.1. Bien jurídico

Según SALINAS SICCHA, el bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública[9]. Para el autor ROJAS VARGAS, el bien jurídico se protege a través de la norma penal el regular (normal) funcionamiento, el prestigio y la reputación de la administración pública[10]. Según el autor FRISANCHO APARICIO, es el normal desenvolvimiento de la administración pública que ve vulnerado el respeto a los límites legales y reglamentarios del cargo por parte del funcionario o servidor público. Nos hallamos ante una forma de abuso de la función pública[11].

Por nuestra parte, considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la administración pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos que tienen frente a la administración pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme se viene indicando en diversos apartados, los criterios de imputación objetiva, funciona en los delitos de resultado, figura delictual determinada por el binomio "espacio-tiempo". En ese sentido, la institución jurídica aludida, respecto al *primer supuesto del delito de exacción ilegal*, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial exige al tercero administrado o a la administración pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, no resulta aplicable sus filtros, por cuanto, conforme se viene indicando, se trata de un delito de mera actividad, esto es, de comisión instantánea, situación ajena al baremo espacio-temporal.

Con relación al *segundo y tercer supuesto típico*, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, si sería posible admitir los diversos criterios de imputación objetiva por la misma naturaleza afín a los delitos de resultado, en los cuales se admite le escenario argumentativo propio del desvalor de la acción y del resultado, por lo tanto, el agente del derecho deberá aplicar cada filtro de enervación de responsabilidad, según cada caso concreto, es decir, se deberá tener en cuenta que la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: *i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) El riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo.* Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 304.
10 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 178.
11 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 308.

del riesgo desaprobado —nexo causal—) se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo:

- *Imputación objetiva de la conducta*[12]. En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo.
- *Imputación objetiva del resultado*[13]. La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post.*

Además del escenario expuesto, subsiste la demanda de conocer cuál sería el baremo referencial para cruzar la línea divisoria entre lo permitido y prohibido, entre el escenario extrapenal y penal.

IV. TIPO SUBJETIVO

Según SALINAS SICCHA, la redacción misma de la formula legislativa prevista en el art. 383 del CP nos induce a sostener, sin duda alguna, que se trata de un delito de

12 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:
1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.
3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

13 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:
1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,
3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.
5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

comisión netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia por parte del agente[14]. Sin embargo, desde otra postura, ROJAS VARGAS indica que el dolo requerido para perfeccionar el delito es el dolo eventual, sobre todo en la hipótesis que toma como objeto material a las contribuciones[15].

Ante lo expuesto, considero que en el delito de cobro indebido o exacción ilegal solo es posible la admisión del dolo directo, por cuanto, los supuesto típicos exigen que el sujeto cualificado actué con conocimiento y voluntad, sin representación de un daño posible, evidencia de ello se tiene que el agente delictual, abusando de sus atribuciones funcionariales mediante exigencias fuera del ámbito legal, busca lesionar el bien jurídico con la finalidad de obtener indebidamente la contribución o emolumento, es decir, el funcionario o servidor público tiene que tener conocimiento de la ilicitud de su acto, caso contrario la figura no existe por ausencia del tipo subjetivo, por cuanto, no se admite la forma culposa por no ser expresa, conforme señala el art. 12 del CP.

La Corte Suprema ilustra el supuesto de hecho analizado, mediante el R. N. N.° 1458-2007 Cusco, del 14 de marzo del 2008, indicando que la configuración del delito de concusión, exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para poder obtener un beneficio, situación que advierte, sin duda alguna un accionar doloso en grado directo, así tenemos lo siguiente:

> [El] punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes [delito de concusión previsto en el artículo 383 CP], además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público. Cuarto. [Para] que se configure este tipo penal, se exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para poder obtener un beneficio, lo que no se ha acreditado en autos [...], el mismo que concuerda con la pericia contable de parte [...], que concluye que el pago de remuneraciones [...] se efectuó conforme a las normas legales vigentes, por tanto, no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal [...][16].

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, no pueden ser invocados en el delito de cobro indebido, por cuanto, si bien pertenecen a la fase externa del camino delictual, tendrán relevancia para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no aparece en el presente caso.

---

14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 305.
15 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., Lima: Grijley, 2014, p. 255.
16 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1458-2007 Cusco*, Lima: 14 de marzo del 2008, f. j. n.° 3 y 4.

2. Tentativa

Existen diversos pronunciamientos sobre la temática, así tenemos, a la persona de SALINAS SICCHA, quien indica lo siguiente:

> [Q]ue en la construcción de la formula legislativa del tipo penal, el legislador ha utilizado hasta tres verbos rectores. Estos identifican plenamente hasta tres conductas punibles que en conjunto denominamos delito de exacción ilegal: La primera que se verifica cuando el agente abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública requiere, peticiona, demanda, pide, reclama o exige a la víctima contribuciones, o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, en este supuesto no cabe la tentativa. La segunda conducta punible aparece cuando el agente, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace desembolsar, abonar, sufragar o pagar a su víctima contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, en este supuesto es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en grado de tentativa. Y la tercera conducta delictiva se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace dar, conceder, ceder, otorgar, transferir, facilitar o entregar a la víctima contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, siendo también posible que el actuar del agente se quede en grado de tentativa[17].

Por otro lado, el autor ROJAS VARGAS, señala lo siguiente:

> [L]a 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[18].

Por nuestra parte, consideramos, respecto al *primer supuesto*, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la administración pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, no resulta posible invocar el delito tentado por tratarse un delito de mera actividad, esto es, de comisión instantánea. Con relación al *segundo y tercer supuesto típico*, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, si sería posible admitir el delito tentado, por cuanto, en los delitos de resultado, por la misma razón del baremo "espacio- temporal", es perfectamente posible el escenario tentado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

El autor ROJAS VARGAS, al respecto, indica lo siguiente:

> [E]l 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"

17 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 307 y 308.
18 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 185.

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[19].

Consideramos, que, respecto al *primer supuesto*, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la administración pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, en la medida que el sujeto cualificado incurra en el verbo "exigir", estaría consumando el tipo penal por tratarse de un delito de comisión instantánea. Respecto al *segundo y tercer supuesto típico*, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, el tipo penal alcanza perfeccionamiento, en la medida que el tercero administrado o la administración pública, entreguen la contribución o emolumento, por cuanto, en este extremo nos encontramos ante un delito de resultado.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de cobro indebido o exacción ilegal, además de ser un delito especial propio, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es funcionario o servidor público, al "exigir", "hacer pagar" o "entregar", estaría infringiendo el deber especial y simultáneamente lesiona el bien jurídico protegido, por lo tanto, la infracción del deber estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal.

4. Agotamiento

Respecto al *primer supuesto* esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la administración pública, contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, la forma agotada aparece evidenciada en la medida que el sujeto cualificado obtenga, fácticamente, las contribuciones o emolumentos. Respecto al *segundo y tercer supuesto típico*, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, el tipo penal, el delito agotado aparece en todos los supuestos evidenciados con posterioridad a la entrega de la contribución o entrega de los emolumentos por parte del tercero administrado o la administración pública.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de exacción ilegal contiene diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las diversas formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberán ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de

19 *Loc. cit.*

domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento; y la *coautoría*, codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, la *autoría directa* aparece en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, domine la acción delictiva por sí solo, es decir, incursione en los verbos rectores "exigir", "hacer pagar" o "entregar" la contribución o emolumento indebido, superando la tarifa legal. Respecto a la *autoría mediata*, no es posible su admisión en ninguno de los tres supuestos, por cuanto, existen deberes especiales y personalísimos en el sujeto cualificado, lo cual hace inviable instrumentalizar a un tercero. Con relación a la *coautoría*, es posible, en la medida que existan una pluralidad de intervinientes, codominando el hecho punible, por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, es decir, que, de manera concertada, existiendo un acuerdo previo y repartición de roles funcionariales exijan, hagan pagar o entregar contribuciones o emolumentos indebidos, o en cantidades que excedan la tarifa legal.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de exacción ilegal conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al "exigir", "hacer pagar" o "entregar" la contribución o emolumento indebido, superando la tarifa legal. La punición del cómplice, en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al instigador[20], tendrá responsabilidad en circunstancias que haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, todo ello con la finalidad de "exigir", "hacer pagar" o "entregar" la contribución o emolumento indebido, superando la tarifa legal.

20 En términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica que "puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho". CASTILLO ALVA, José, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 560.

VII. PENALIDAD

El delito de cobro indebido o exacción ilegal tiene un nivel penológico, el mismo que opera en la medida que 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, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36.

CAPÍTULO XI
COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 384 CP)

El delito de colusión conocido en otras legislaciones con varias denominaciones, entre ellas, "celebración indebida de contratos", "fraude a la administración pública", "negociaciones incompatibles", etc.; aparece registrado en el art. 384 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 384.-**
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
> (Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.º 1243, del 22.10.2016)

II. ANTECEDENTES

El antecedente directo del delito de colusión aparece registrado en el art. 344 del CP de 1924, posteriormente, sufrió un tracto de modificaciones, así tenemos, la Ley N.º 29703, del 10 de junio del 2011, asimismo, se advirtió una segunda modificación mediante Ley N.º 29758, del 21 de julio del 2011, subsecuentemente se registró una tercera modificación mediante Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013. Finalmente, mediante D. Leg. N.º 1243, del 22 de octubre del 2016, siendo dicha modificación que subsiste hasta la actualidad.

III. TIPO OBJETIVO

El aspecto objetivo del tipo penal presenta tres elementos los cuales aparecen vinculados a los sujetos, a la conducta delictual y elementos concomitantes, los mismos que serán evaluados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, se analizarán el sujeto activo y pasivo, por cuanto, resultan ser los protagonistas del delito.

1.1. Sujeto activo

El delito de colusión simple y agravada, respecto al sujeto activo y desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa restringe el radio de autores, consignando a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos, por otro lado, respecto a la conducta, se advierte un injusto cualificado en razón de la existencia de una institución conocida como "administración pública", la misma que aparece ligada al agente delictual cualificado, existiendo una relación de deberes especiales propios de un escenario de salvamento, por lo tanto, el delito analizado, en este extremo, resulta ser un delito de infracción de deber.

La Corte Suprema, viene asumiendo la tesis del delito de infracción de deber, respecto a la configuración del delito de colusión, así tenemos, el R. N. N.° 215-2011 Huánuco[1], del 06 de marzo del 2012; el R. N. N.° 5315-2008 Puno[2], del 03 de mayo

1 Mediante el cual se indica: "[Para] que se configure el delito de colusión ilegal [...] deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; *desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa*". [Cursiva agregada]. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 215-2011 Huánuco*, Lima: 6 de marzo del 2012, f. j. n.° 4

2 Mediante el cual se indicó: "Que, la delimitación de la autoría y participación no obedece al criterio del dominio del hecho, por cuanto, se corresponde con los denominados delitos de dominio o de organización, en tanto los Delitos contra la administración pública —como en el caso de autos [delito de colusión]— se fundamentan en los *delitos de infracción de deber, en deberes positivos, por lo que no interesa si tenía el dominio o no de una situación, sino, el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público, y específicamente en el contrato que tiene el Estado con los particulares para la adquisición de bienes y/o servicios, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado*; que, esta competencia institucional les corresponde a los encausados que fueron condenados como autores (en tanto los extraneus responden como cómplices primarios), puesto que, de acuerdo a la Directiva N.° 19-2001-PE/COOPOP [...] —de la Convocatoria, concurso, selección, ejecución, monitoreo y evaluación del proyecto piloto de apoyo a las iniciativas sociales de generación de ingresos de las mujeres en situación de pobreza— el jefe de la unidad operativa correspondiente, especialistas de desarrollo y equidad y de comunicación y concertación y especialista administrativo serán los encargados de ejecutar las actividades del proyecto aprobado, cumpliendo con las directivas internas que norman los sistemas administrativos COOPOP a fin de ejercer un control adecuado de las transacciones financieras y administrativas; así como asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales con terceros, que aseguren la correcta utilización de los recursos y el cabal cumplimiento de las metas institucionales; en ese sentido, son pasibles de imputación del delito de colusión pues todo eran los encargados de dirigir el proyecto". [Cursiva agregada]. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 5315-2008 Puno*, Lima: 3 de mayo del 2010, f. j. n.° 5.

del 2010; el R. N. N.° 1318-2014 Lima[3]; y, el reciente R. N. N.° 1842-2016 Lima[4], del 06 de julio del 2017.

Por otro lado, es menester precisar que el delito de colusión, tanto en su forma simple y agravada, resulta ser un delito de participación necesaria, específicamente delito de encuentro, por lo tanto, por un lado interviene el funcionario o servidor público, quienes asumen el título de sujetos cualificados (*intraneus*) y siempre responderán como autores del delito, empero, por otro lado, aparecen los "interesados", esto es, personas que no tienen el título cualificado, es decir se tratan de extraños (*extraneus*), quienes ostentan el título de cómplices. El argumento desarrollado aparece plasmado en el R. N. N.° 1565-2012-Ica, de 19 de noviembre del 2013, mediante el cual se establece lo siguiente:

> El delito de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público —intraneus— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública —ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica—. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares[5].

2.2. Sujeto pasivo

El Estado es el titular del bien jurídico y, subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado, en términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

De la misma forma, el R. N. N.° 1109-2014 Callao (caso *Convial*), del 9 de junio del 2015, señala lo siguiente:

> El delito de colusión preceptuado en el artículo 384 del Código Penal, importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o,

---

3 Mediante el cual se precisa lo siguiente: "Respecto a la fundamentación de autoría, surgen dos postulados, siendo: a) La autoría mediante delitos de dominio y b) La autoría mediante delitos de infracción de deber. En el primer grupo es autor quien domina el hecho y tiene en sus manos el curso típico del suceso delictivo. En cambio, en los delitos de infracción de deber, como es la colusión, es autor quien es portador de un deber especial (extrapenal) y lo lesiona. Es por ello que, en este grupo de delitos, el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación". CARO JOHN, José, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima: Ara, 2010, pp. 73 y 74.

4 "El delito de colusión como uno de infracción de deber. El delito contra la administración pública-colusión, es esencialmente uno de infracción de deber. Es decir, solo puede ser cometido por determinadas personas, portadoras de un deber especial1 e institucional. En este tipo de delitos es irrelevante el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado". Véase el f. j. n.° 19.

5 Véase, al respecto, el f. j. n.° 5 emitido por la Sala Penal Permanente.

con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado[6].

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El delito de colusión, tanto en su modalidad simple y agravada, contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos los siguientes.

2.1.1. Del concertar

Según la RAE, el verbo "concertar" proviene del latín *concertāre*, por lo tanto, semánticamente, considerando lo señalado, significa "componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas. Acordar el precio de algo. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio". En ese sentido, el delito de colusión, tanto en su forma simple y agravada, advierte por mandato legal, que la concertación o también conocido como "pacto colusorio" o "pacto defraudatorio" opera entre el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien interviene en razón del cargo, y los interesados, esto es, cualquier persona, quien también participa en el proceso de contratación pública, por lo tanto, desde una perspectiva natural o fenomenológica, la concertación ha sido entendida como el acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado y los interesados, esto es, intraneus y extraneus. Desde esa perspectiva, naturalistica, el sistema jurisprudencial viene asumiendo que el pacto colusorio o la concertación consiste en el acuerdo de voluntades, así tenemos el R. N. N.° 1296-2007 Lima[7], del 12 de diciembre del 2007 mediante el cual se indica que "la concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa".

Por otro lado, y de manera complementaria, el pacto colusorio, fenomenológicamente, exige la existencia de maniobras engañosas que son manifiestas en el potencial o real perjuicio al Estado, así tenemos el reciente criterio asumido por la Corte Suprema, según el R. N. N.° 1842-2016 Lima, del 6 de julio del 2017, se estableció lo siguiente:

> [L]a concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio —potencial o real—, para la entidad estatal; en este aspecto, para la configuración del delito no se requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pues si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso, atentando contra el trato igualitario de los postores, estableciendo condiciones de contratación deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado, estará cumpliendo ya el núcleo del injusto[8].

6 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1109-2014 Callao*, Lima: 9 de junio del 2015, f. j. n.° 7 y 9.
7 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 319 y ss.
8 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1842-2016 Lima*, Lima: 6 de julio del 2017, f. j. n.° 27.

Conforme se advierte del escenario expuesto, la concertación no puede ser entendido como un acto unilateral, por el contrario, resulta ser un acto bilateral, en el cual aparecen inmerso, mínimamente, dos personas de diversos estatus, esto es, funcionario o servidor público, interviniente en razón del cargo, y los interesados, siendo cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, ambos vinculados al proceso de contratación pública, por lo tanto, siempre se exige la presencia de dichas personas, por cuanto no existirá concertación delictual únicamente entre interesados (extraneus), ya que técnicamente es imposible el delito de colusión entre cómplices, tampoco existirá colusión entre sujetos cualificados (intraneus) quienes intervienen, específicamente, en razón del cargo, por cuanto, no es posible el pacto colusorio, únicamente, entre autores. Las afirmaciones expuestas alcanzan respaldo, toda vez que el delito aludido resulta ser un delito de participación necesaria, específicamente, delito de encuentro, en el cual se requiere pluralidad de personas que intervengan con diversos estatus, esto es, intraneus y extraneus.

Por otro lado, el pacto colusorio tiene matices de ilegalidad, es decir, a pesar de haber sido manifiesto en un escenario contractual público, regulado con las formalidades legales, empero el accionar colusorio no encuentra amparo legal, por cuanto, los sujetos participantes buscan defraudar los intereses del Estado primando sus propios intereses.

2.1.2. Toma de postura respecto al "concertar" en un proceso de adquisición o contratación pública

El escenario colusorio, por su misma naturaleza ilegal, aparece determinado por conductas subrepticias, ocultas, espurias, es decir, las partes tienen intenciones con contenido penal por cuanto pretender lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado penalmente, por lo tanto, dichas intensiones contienen una alta dificultad a nivel de probanza. Pretender sustentar, como se viene asumiendo por criterio doctrinal y jurisprudencial, desde una perspectiva fenomenológica, que el concertar o pacto colusorio responde a un acuerdo de voluntades resulta ser un retroceso o freno en la lucha contra la corrupción.

Por lo tanto, considero que el pacto colusorio o el escenario concertatorio, entre los sujetos intervinientes, esto es, intraneus y extraneus, tiene que ser entendido desde un prisma normativo, es decir, la concertación no puede ser entendido como elemento descriptivo del tipo penal, propio de un escenario natural o fenomenológico en el cual se exige, fácticamente, el acuerdo de voluntades y para fines de probanza; demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron y lograron conocerse fenomenológicamente, concretando el acuerdo espurio con un apretón de manos y un brindis, como algunos pretender sustentar, por el contrario, el concertar tiene que dotársele de contenido jurídico, es decir, el pacto colusorio tiene que ser considerado como *elemento normativo del tipo penal*, por lo tanto, el agente del derecho (juez), deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, dotándole de contenido jurídico a las diversas evidencias e indicios adquiridos en la etapa de investigación.

La normativización del tipo objetivo implica que tanto los tres elementos que lo integran, *sujeto*[9], *conducta*[10] *y concomitantes*[11], son analizados fundamentalmente bajo lineamientos de atribución valorativa dentro de un plano social predeterminado tanto a la conducta desplegado por el autor y la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley penal, en ese sentido la atribución de responsabilidad penal solo encuentra aceptación y legitimidad social, en la medida que en cada caso concreto se analice concienzudamente indicadores propios del tipo objetivo, como son el *estatus del ciudadano en una sociedad determinada* (elementos referentes al sujeto), *los roles del ciudadano en sociedad —rol general y especial—* mediante el cual se puede advertir la defraudación de expectativas sociales (elementos referentes a la conducta) y los *criterios de atribución propios de la imputación objetiva*, que nos advierten la creación de riesgos relevantes o irrelevantes en el curso causal del hecho punible tanto de la conducta como del resultado (elementos concomitantes), en ese sentido el tipo objetivo deja ser una mera expresión causal de atribución convirtiéndose en un indicador de atribución que exige análisis valorativo de diversos factores de atribución[12].

Las afirmaciones expuestas permiten tener como premisa el concepto de sociedad y la teoría del conocimiento, los cuales operan como indicadores de comunicación, criterios previos para poder normativizar el contenido del tipo penal, es decir, entender que las categorías jurídicas propias del derecho penal pertenecen a un al proceso de "comunicación", "es, por tanto, la operación que define los elementos del sistema social, es decir, la específica operación que caracteriza al sistema social"[13]. Al respecto, el citado autor, POLAINO NAVARRETE señala lo siguiente:

> Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento luhmanniano: para el autor alemán, es el hombre quien puede comunicar, solo la comunicación comunica. Del mismo modo que la comunicación es la operación autopoietica definidora de los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación autopoietica la conciencia (*Bewubtsein*), y "los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la sociedad. Por ello

9 Referente a la clase de sujetos que intervienen en el hecho punible, es decir si se trata de sujetos comunes o sujetos cualificados, ambos con capacidad de reprochabilidad.

10 Para analizar la conducta en el tipo objetivo, se deberá tener presente dos indicadores fundamentales, siendo: i) identificar la clase de delito que es materia de imputación, es decir, verificar si se trata de un delito de resultado, peligro, mera actividad, propia mano, de tendencia, plurisubjetivo, de participación necesaria, etc.; ii) identificar la forma de ejecución, es decir verificar si el delito se ejecutó mediante forma activa u omisiva.

11 En este elemento se puede verificar la presencia de tres indicadores, siendo: i) imputación objetiva, tanto de la conducta como del resultado; ii) bien jurídico tutelado; y iii) elementos descriptivos y normativos.

12 En similar argumentación aparece lo desarrollado por BERND MÜSSIG, quien en su ensayo "Aspectos teóricos —jurídicos y teóricos— sociales" indica lo siguiente: Puede considerarse que la estructura personal de imputación constituye una estructura fundamental de imputación de la atribución jurídico penal de responsabilidad en la media en que en la imagen de la administración del círculo de organización de cada uno se recogen los criterios de un rol común jurídico, estándares de la descripción social de la persona. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de los sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima: Ara, 2007, p. 264 y ss.

13 POLAINO NAVARRETE, Miguel y Miguel POLAINO ORTS, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima: Grijley, 2004, p. 31.

para Luhmann, la sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones[14].

Según lo expuesto, conforme se viene sosteniendo en la primera parte del presente trabajo, podemos decir que la "sociedad", si bien es producto de la acción gregaria del "ser humano", empero una vez evidenciada, vendría a constituirse en un "ente" autónomo, desligado de la ontología del "ser humano" y subsecuentemente apartado de la "conciencia individual", conforme se vino sustentando desde los tiempos de Hobbes hasta Kant; ahora la "sociedad" resulta ser un "sistema" integrado por "equivalentes funcionales"[15] que interactúan entre sí transmitiendo comunicaciones conocidas como expectativas sociales, las cuales contienen el mensaje de la "norma"; por lo tanto, el ordenamiento jurídico y específicamente el derecho penal resultaría ser un subsistema social llamado a cooperar a favor de la operatividad y funcionalidad del macro sistema social, teniendo como finalidad la transmisión de mensajes normativos, es decir, el derecho penal, en el proceso de comunicación, resultaría ser a través de la pena, el "emisor" del *neminem laedere* o conocido como el mensaje prohibitivo de no lesionar a los demás.

Asimismo, el "receptor" de dicha comunicación no puede ser otro más que la "persona" entendida desde un punto de vista normativo, como una unidad ideal de "derechos" y "deberes", situación que no implica —conforme se viene indicando— desnaturalizar la esencia del ser humano, toda vez que la naturaleza o providencia divina —tesis creacionista— determina la estructura biológica la cual es concomitante al ser humano, empero dicha realidad fenomenología o natural es irrelevante para el sistema social, por cuanto la dinámica de una sociedad se encuentra definida por patrones conocidos como "deberes" y "derechos" cuya genealogía es normativa, por lo tanto, la sociedad determinaría el estatus de "persona" comunicándole patrones normativos, esto es, "roles", los cuales pueden ser "genéricos" o "específicos" según el "estatus" de la "persona".

En consecuencia, resultaría perfectamente posible imputar responsabilidad social y penal, tanto a un ser humano, (agricultor, pescador, abogado, ingeniero, médico, sacerdote, pastor, homosexual, heterosexual, bisexual, creyente, ateo, escéptico, empresario, funcionario y servidor público, diplomático, ama de casa, etc.) así como a una persona jurídica (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima Abierta, Sociedad Anónima Cerrada, etc.), por cuanto, la responsabilidad social estaría sustentada en la defraudación de una *expectativa social*, esto es, en palabras de JAKOBS:

[U]na expectativa con la que la sociedad se identifica, desde este punto de vista, la norma es el compendio de expectativas sociales institucionalizadas de manera oficial mediante un cuidadoso proceso de selección normativa. [...], esto es la esperanza institucionalizada de que la relación jurídica entre un titular (persona) y un derecho (derecho a la vida) no va a ser alterada de manera arbitraria. De ese modo, por ejemplo, el derecho

14 POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, ob. cit., p. 31 y ss.

15 Estos serían cualquier elemento social o cultural manifiesto en la sociedad, por ejemplo, la educación, la religión, el deporte, el derecho, etc., los cuales en puridad resultarían ser subsistemas operando dentro de un sistema mayor, como es la sociedad, estos equivalentes funcionales tienen su propio código comunicativo, resultando ser fungibles o reemplazables, en la medida que no sean funcionalmente operativos.

penal no reacciona frente a una conducta en tanto que destruye un bien sino en tanto que quebranta la norma, es decir: no porque acaba con algo ontológico, sino porque aniquila un derecho[16].

De la misma forma, la responsabilidad penal residiría en la defraudación de una *expectativa normativa*. Al respecto, JAKOBS señala lo siguiente:

[U]n desliz del defraudante contra la expectativa, pero de ningún modo a un defecto de la propia cognición. Por ejemplo: quien es víctima de un robo trata su defraudación por regla general mediante la persecución y juzgamiento del ladrón con la asistencia de la policía, de la fiscalía y del Poder Judicial; pero, si una granizada arruina el tejado edificado cuidadosamente, solo queda ocuparse de su reparación y fortificación. La expectativa normativa y su defraudación no deben entenderse como sucesos físicos individuales, sino más bien como las vías actuales estables —si bien no inalterables de forma duradera— reductoras de la complejidad de la comunicación, esto es, como conexión comunicativa[17].

Por lo tanto, "concertar" no es el acuerdo de voluntades fácticas entre el *intraneus* y *extraneus*, sino por el contrario, concertar es la comunicación entre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público (*intraneus*), y los interesados (entendiéndose por comunicación, al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol asumido en la sociedad, dicho rol aparecerá materializado a través del ejercicio de sus deberes y derechos), por lo tanto, en la medida que el "concertar" aparece vinculado al pacto colusorio, el cual opera al margen de la legalidad, entonces, la imputación jurídico penal radicará en la medida que la persona defraude las expectativas sociales a las cuales se encuentra inmerso por tener el estatus de ciudadano, por cuanto, organizó defectuosamente sus competencias al incumplir su rol correspondiente.

Por lo tanto, el funcionario o servidor público (*intraneus*), responderá penalmente en la medida que haya incumplido su "rol especial" determinado por los deberes de salvamento o de protección que tiene frente al bien jurídico encomendado así como el incumplimiento de sus deberes especiales de probidad y lealtad que mantiene frente a la administración pública, por otro lado, el interesado, sujeto no cualificado (*extraneus*), responderá en la medida que haya quebrantado su rol general de no dañar; siendo así, el escenario probatorio aparecerá circunscrito a la verificación de las expectativas sociales según la infracción del rol especial o rol común correspondiente al sujeto cualificado y al interesado quienes intervienen en cualquier etapa de un proceso de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

La argumentación expuesta aparece operativizada en la medida que se tenga presente ciertos indicadores que nos permitan arribar a un escenario de imputación penal, propio

16 JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho penal del enemigo*, traducido por José Caro John y Miguel Polaino Orts, Lima: Editores del Centro, 2015, p. 66.

17 JAKOBS, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 75 y ss.

de los delitos de infracción de deber, por lo tanto, en las líneas venideras presentaremos algunos criterios a tener en cuenta para verificar el pacto colusorio o concertación.

a) Del accionar del sujeto cualificado

El funcionario o servidor público de una entidad edil (alcalde, gerente general, gerente de infraestructura, sub gerente de estudios y proyectos, sub. gerente de obras, sub, gerente de logística, miembro del comité especial, inspector o supervisor de obra, etc.) quien interviene en razón de su cargo en una contratación pública vinculada al rubro de obras (licitación pública, adjudicación directa selectiva, adjudicación directa publica, adjudicación de menor cuantía, etc.) responderá penalmente en la medida que haya generado un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal, lesionando su rol especial determinado en sus deberes especiales impuestos y delimitados en la normatividad existente (Ley Orgánica de Municipalidades, Reglamento de Organización y Funciones, Manual de Organización y Funciones, directivas, instructivos, etc.), así tenemos, elaboración del expediente técnico con requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes, metrados sobredimensionados, plazos excesivos, estudios de posibilidades del mercado irregulares, otorgamiento de certificaciones presupuestales irregulares por inexistencia de presupuesto, aprobación del expediente de contratación en tiempo récord a pesar de las manifiestas irregularidades administrativas, designación irregular en la designación de los miembros del comité especial, inobservancia en el cuaderno de obra de trabajos no realizados, pago de valorizaciones por trabajos no ejecutados, aprobación de deductivos indebidos, recepción de obra a pesar de no encontrarse culminada, etc.

b) Del accionar del sujeto no cualificado

Por otro lado, el interesado interviniente (miembro de la empresa o consorcio) quien participa en el proceso de contratación responderá penalmente en la medida que haya generado un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal, lesionando su rol general de no dañar, propio de cualquier ciudadano responsable, esto es, presenta carta fianza falsa, certificados de profesionales inexistentes, acredita una experiencia en el rubro con contratos falsificados, etc.

c) Del riesgo permitido

Conforme se viene indicando líneas arriba, el delito de colusión simple o agravada, es un delito de participación necesaria, es decir, delito de encuentro; por lo tanto, necesita obligatoriamente la intervención de dos sujetos de distinta condición (intraneus y extraneus) exigiéndose un escenario bilateral, por lo tanto, no será suficiente, los defectos en sede administrativa para dar por admitido el pacto colusorio, por cuanto, el ser humano siempre estará sujeto a errores en sus actividades sociales, situación que tendrá el estatus de un injusto administrativo y no corresponderá a un injusto penal, entender lo contrario implicaría ingresar al derecho penal criterios de responsabilidad objetiva, si-

tuación que se encuentra proscrita por imperio legal conforme se advierte en el art. VII del titulo preliminar del CP.

En ese sentido, surge la necesidad de entender que es un riesgo permitido y subsecuentemente admitir el riesgo desaprobado para el derecho penal, siendo así, respecto a la temática, CLAUDIA LÓPEZ[18] presenta cinco indicadores de gran interés para delimitar el riesgo permitido, entre ello tenemos:

1) *Normas jurídicas.* Se recogen las pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación, para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Por ejemplo: En el derecho de la circulación; respetar semáforos, prelaciones, no conducir embriagado o bajo efecto de drogas en general.

2) *Normas técnicas y la Ley Artix.* Las pautas de seguridad las recogen agremiaciones particulares que se encargan de señalar los procedimientos cuando se realizan actividades que implican riesgos.

3) *La figura del modelo diferenciado.* Cuando no se cuenta ni con uno[19] ni con dos[20], debe tomarse como modelo la conducta que hubiera seguido un hombre prudente y diligente en la situación en que se encontraba el autor.

4) *El deber de advertir el peligro y los deberes de información.* Cuando alguien va a desplegar una actividad, el primer deber que tiene es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos. Surge para él un "deber de examen previo". Por ejemplo: El médico que va a operar debe ordenar exámenes de laboratorio. También tiene el deber de valorar su propia capacidad para realizar la acción, quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo.

5) *El significado social del comportamiento.* Si no hay uno[21],dos[22],tres[23] ni cuatro[24], entonces debemos acudir a los criterios materiales que legitiman la creación de un riesgo, es decir, la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de empresa o la aceptación general del peligro.

Por lo tanto, si la conducta analizada aparece inmersa dentro de cualquiera de los presupuestos esbozados, tendríamos que decir que no califica para ingresar a las esferas del derecho penal, por cuanto, se trataría de un riesgo permitido, es decir, en la medida que la conducta expresada por el autor aparezca inmersa en el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, entonces dicho ac-

18 LÓPEZ DIAZ, Claudia, "La teoría de la imputación objetiva", en BOLAÑOS GONZÁLES, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes, 2005, pp. 154-155.
19 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas jurídicas".
20 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas técnicas y la Ley Artix".
21 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas jurídicas".
22 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas técnicas y la Ley Artix".
23 La autora, hace referencia al criterio denominado "la figura del modelo diferenciado".
24 La autora, hace referencia al criterio denominado "el deber de advertir el peligro y los deberes de información".

cionar deviene en inocuo, sin contenido penal, en ese sentido, ROXIN, indica que "bajo riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que generalmente (independientemente del caso particular) es permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo"[25]. Asimismo, los aportes de Claudia LÓPEZ DÍAZ, considero que son pertinentes, por cuanto en los delitos contra la administración pública, debe tenerse presente, según el caso concreto, las "normas técnicas extrapenales" a efecto de verificar la existencia del *riesgo permitido* desplegado por los funcionarios y servidores públicos. De la misma forma, también resulta correcto los postulados de FEIJOO SÁNCHEZ, quien indica lo siguiente: "Los límites de la creación permitida de riesgos no dependen de criterios o magnitudes naturalisticos, estadísticos o matemáticos como la probabilidad de producción del resultado. No existe una frontera matemática o un nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del derecho penal"[26].

En ese sentido, el *riesgo permitido* aparece como el primer presupuesto que debe ser analizado en el proceso de atribución jurídico penal, es decir, funciona como un baremo *ex ante* del juicio de imputación jurídico penal, siendo así, el *riesgo permitido* se encuentra ligado a los criterios de "adecuación social"[27] y en cierta forma al *principio de confianza*[28], por cuanto dicho accionar no aparece típicamente prohibido por la ley penal. Así tenemos que no existe prohibición para comprar un helado, tampoco está prohibido postular a una casa de estudios para obtener una profesión, de la misma forma, tampoco estaría prohibido convocar un proceso de contratación pública y emitir diversos actos administrativos en razón del cargo, todo ello, con la finalidad de suplir el requerimiento del área usuaria y operativizar los recursos públicos a favor del interés social, entender lo contrario, a primera vista, haría inviable el desarrollo de una sociedad. Ante ello surge la pregunta ¿Los defectos administrativos evidenciados en un proceso de contratación pública o proceso de exoneración, forman parte del riesgo permitido?, consideramos que sí, por cuanto, si bien el ordenamiento jurídico no legitima en sentido positivo los defectos funcionales

25 Cfr. ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducida por Manuel Abanto Vásquez, Lima: IDEMSA, 1997, p. 106.

26 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima: Grijley, 2002, p. 204.

27 La teoría de la "adecuación social", llamada también teoría de la "causalidad adecuada", implica el desarrollo de criterios de exclusión de responsabilidad penal, en merito a la existencia de actividades sociales prefijadas, por lo tanto, su análisis responderá, muchas veces, al baremo de previsibilidad objetiva propio del hombre promedio en sociedad. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 352.

28 La ubicación del "principio de confianza" resulta ser un tema nada pacifico en la dogmática penal, por cuanto un sector de la doctrina, le asigna una ubicación propia (JAKOBS, STRATENWERTH, FEIJOO SÁNCHEZ y GARCÍA CAVERO), sin embargo, otro sector doctrinario precisa que se trata de un criterio de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo (ROXIN y REYES ALVARADO), finalmente una tercera postura, indica que se trataría de un criterio orientada para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos culposos (JESCHECK/ WEIGEND).

en sede extrapenal, empero sí permite subsanarlos o corregirlos; por ejemplo, el art. 68 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado[29].

Sin embargo, el riesgo permitido dejaría de ser tal, en la medida que la creación del resultado encuentre registro típico en la ley penal, dicho presupuesto sería el segundo criterio a analizar en el proceso de atribución jurídico penal[30], por lo tanto, dicha situación tendrá que ser delimitada por un indicador adicional, nos referimos al elemento subjetivo, criterio que será determinante para discriminar una conducta inocua, propia de un injusto administrativo y del riesgo permitido de una conducta con contenido penal.

d) Del elemento subjetivo como indicador del riesgo prohibido

Aunado a lo expuesto, considero que la línea divisoria entre injusto administrativo e injusto penal, resulta ser el "elemento subjetivo" del tipo penal, esto es, el dolo, por lo tanto, la imputación subjetiva cumple un papel determinante tanto para identificar la responsabilidad penal o para negarla, ante ello, el nivel probatorio deberá centrarse en evidenciar el elemento subjetivo de los intervinientes en el hecho delictual, ya sea con prueba directa o prueba indirecta, por lo tanto, el sistema de imputación del tipo subjetivo implica comprender, en primer plano, que el elemento volitivo —en un delito de comisión dolosa—, como resulta ser el delito de colusión, no forma parte en propiedad de la imputación subjetiva del hecho[31], por cuanto, la voluntad del agente delictual forma parte implícitamente de todas las categorías jurídicas del delito, esto es, a nivel de la antijuridicidad la voluntad delictual aparece identificada —ya sea en su vertiente formal y material— toda vez que se asume que los intervinientes en el injusto penal tienen conocimiento que su accionar es contrario al orden jurídico por cuanto lesiona o pone en peligro bienes de tutela penal, de la misma forma a nivel de la culpabilidad, la voluntad aparece identificada en la medida que el nivel de reprochabilidad idóneo para sustentar responsabilidad penal, se encuentra en el hecho que se demanda al agente delictual la "exigibilidad de otra conducta", esperando el derecho penal y el sistema social que el agente actué conforme a derecho, en ese sentido un distinto accionar "voluntario" justifica imputar responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, nos presentamos ante un escenario de *normativización del tipo subjetivo,* situación que implica alejarse del enfoque tradicional

29 Vigente según el D. Leg. N.° 1017.

30 El autor, PÉREZ ALONSO, precisa que los casos de riesgo permitido, resultan ser el primer principio de imputación objetiva, asimismo, la realización del riesgo en el resultado típico, resulta ser el segundo presupuesto para afirmar la imputación objetiva del resultado. Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban, "Notas sobre la imputación objetiva en el derecho penal", en AA. VV., *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 84 y 85.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 401; de la misma forma, RAGÚES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 275 y ss., ambos citados por GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: Ara, 2003, p. 513.

orientado a saber si el agente delictual tuvo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, conforme indica GARCÍA CAVERO[32], por cuanto, dicho enfoque resulta ser indeterminado y gaseoso para fines probatorios, en razón que el mismo procesado por postura de defensa negara conocer la norma prohibitiva, siendo esto así y siguiendo los aportes del jurista antes mencionado, podemos concluir que el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo deberán ser reemplazados —al momento de valoración del caudal probatorio y la conducta de los sujetos procesales— por criterios de *percepción sensorial* y *juicios de valoración,* es decir, la "percepción sensorial" implica analizar el rol del sujeto interviniente, desde una perspectiva de una persona responsable con las capacidades normales de percepción[33], subsecuentemente, respecto a los sujetos cualificados, las normas extrapenales (leyes, directivas, instructivos, reglamento de organización y funciones, manual de organización y funciones, etc.) aparecen como indicadores referenciales del accionar del funcionario o servidor público, respecto a los sujetos no cualificados, miembros de la empresa o consorcio, el escenario genérico de no dañar y comportarse conforme a derecho, propio de un ciudadano común y responsable, aparece como indicador para medir su accionar.

Por otro lado, el "juicio de valoración" exige niveles de análisis superiores a la esfera del profano[34], es decir, nos encontramos con conocimiento específicos propios de un rol especial, por lo tanto, los deberes cualificados impuestos al funcionario o servidor público, brillan con nitidez, por lo tanto, dichos sujetos especiales tienen la obligación de fomentar un clima de protección al bien jurídico, por ser portadores de deberes de salvamento, por lo tanto, no resulta justificable, invocar el "principio de confianza", como argumento de exculpación, aduciendo que en el tracto contractual los demás sujetos intervinientes de estatus cualificado, habrían cumplido sus deberes correctamente, argumento afín a los delitos de domino, empero dichos postulados no son de aplicación en los delitos de infracción de deber, por cuanto esta última categoría delictual exige en el sujeto cualificado, además de no lesionar el bien jurídico encomendado, la creación de mecanismos de protección en favor del interés protegido, en este caso, correcta funcionalidad de la administración pública en los procesos de concesión y contratación estatal.

La Corte Suprema señaló las excepciones al principio de confianza, conforme se advierte en diversos pronunciamientos, entre ellos tenemos el R. N. N.º 2331-2009, del 15 de julio del 2010, R. N. N.º 2816-2009, del 16 de julio del 2010, R. N. N.º 1571-2009, del 17 de junio del 2010, en los cuales se estableció los siguientes supuestos que enervan la aplicación del principio de confianza:

32 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general,* ob. cit., pp. 518 y 519.
33 *Ibid.*, p. 521.
34 *Ibid.*, p. 525.

> i) la confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad, ii) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, iii) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes.

De la misma forma CASTILLO ALVA, realizando el comentario aludido, cita los pronunciamientos jurisprudenciales señalados en el R. N. N.º 1571-2009, del 17 de junio del 2010, indicando lo siguiente: "Por ejemplo, se excluye dicho principio de confianza si un funcionario que interviene en un proceso admite que realizó las llamadas a las empresas supuestamente postoras y que todo el procedimiento se realizó en un día sin que se haya seguido regularmente"[35].

Finalmente podemos concluir que, las formas de imputación subjetiva no versarán sobre estándares internos síquicos del agente delictivo en razón de lo incierto e indefinido de dicha área al momento de ser valorada por el juzgador, en ese contexto en los delitos dolosos el camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse —en opinión de GARCÍA CAVERO— en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por roles especiales puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales[36]. En ese sentido, respecto a los delitos contra la administración pública, resulta ser de suma importancia, entender que el tipo subjetivo, supera los niveles convencionales del sistema naturalistico, ingresando, inevitablemente, a un escenario normativo del cual no se puede desconocer, es decir, entender que el dolo se aleja de los criterios subjetivo y psicológicos para ingresar a una esfera objetiva, donde el tipo subjetivo responde a criterios estandarizados impuestos por el sistema social, de conformidad con el rol específico.

e) Del escenario comunicativo en la concertación

Conforme fue explicado en la primer parte, el derecho penal, como ciencia social vinculada al control formal, aparece determinado por estamentos sociales, los cuales tienen un escenario normativo y no así naturalistico, propio de la fenomenología existencialista u ontológica, de la misma forma, el delito de colusión, al tratarse de un delito de encuentro, demanda la convergencia o presencia de sujetos de distinta naturaleza, cuyas actividades aparecen manifiestas en un escenario de contratación pública, en ese sentido, el verbo "concertar" aparece como criterio delimitante para fines consumativos, caso contrario, al no existir dicha concertación, el hecho atribuido deviene en insubsistente, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa por falta de un elemento del tipo objetivo.

35 CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 349.
36 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, ob. cit., p. 535 y ss.

Siendo así y siempre bajo un escenario normativo, "concertar", consiste en la comunicación entre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público (intraneus) y los interesados, por lo tanto, la comunicación no resulta ser la expresión fonética o kinésica, propios del habla o del lenguaje corporal del ser humano (situaciones afines a reuniones fácticas, propias de charlas, conversaciones, llamadas telefónicas, mensajes de textos o de correo electrónicos, señales, etc.), sino por el contrario, entiéndase por comunicación, al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol asumido en la sociedad, dicho rol aparecerá materializado a través del ejercicio de sus deberes y derechos, por lo tanto, conforme fue indicado líneas arriba, el funcionario o servidor público, (intraneus), responderá penalmente en la medida que haya incumplido su "rol especial" determinado por los deberes de salvamento o de protección que tiene frente al bien jurídico encomendado así como el incumplimiento de sus deberes especiales de probidad y lealtad que mantiene frente a la administración pública. Por otro lado, el interesado, sujeto no cualificado, (extraneus), responderá en la medida que haya quebrantado su rol general de no dañar; siendo así, el escenario probatorio aparecerá circunscrito a la verificación de las *expectativas sociales* según la infracción del rol especial o rol común correspondiente al sujeto cualificado y al interesado quienes intervienen en cualquier etapa de un proceso de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

De la misma manera, la *defraudación de la expectativa social de naturaleza normativa*, respecto al sujeto cualificado, materializada en la lesión al rol especial, aparecerá evidenciada en la emisión de actos concluyentes defectuosos [37], es decir, en la emisión de actos funcionales de relevancia, sin los cuales, no podrían ejecutarse ni continuar el proceso de contratación pública, por lo tanto, dichos actos funcionariales comunican con evidencia palmaria la voluntad colusoria del sujeto cualificado, es decir, tales actos son suficientemente significativos o inequívocos, por ejemplo, el gerente de infraestructura aprueba el expediente técnico con metrados sobredimensionados y requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes; el gerente general aprueba el expediente de contratación pública con metrados sobredimensionados y requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes, sin contar con el informe de estudios de posibilidades del mercado, sin contar con la certificación presupuestal, etc.; situaciones manifiestas y de obligatoria observación en pro de la tutela de los intereses del Estado; los miembros del comité especial, aprueban el otorgamiento de la buena pro con metrados sobredimensionados y requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes; el inspector o supervisor de obra aprueba el informe de avance de obra para el pago de valorizaciones, a pesar que el contratista no cumplió con el avance registrado en el

37 Véase, al respecto, la página de enciclopedia jurídica. Recuperado de <https://bit.ly/2Ifnbon>. En ese mismo sentido, el criterio jurisprudencial español, considera que los actos concluyentes o acción "concluyente" no están en el ámbito de la omisión, sino en el de la acción. Véase, la sentencia N.° 1058/2010, del 13 de diciembre del 2010, así como la sentencia N.° 621/2014, del 23 de septiembre del 2014.

cronograma periódico; el comité de recepción, recepciona la obra a pesar que aparece inconclusa, etc. *En ese contexto, la existencia de los actos concluyentes defectuosos emitidos por los funcionarios o servidores públicos, deberán generar beneficios directos o indirectos a favor del extraneus interviniente en el proceso de contratación pública, dicha vinculación objetiva, advierte el proceso de comunicación normativo y la presencia e identificación del pacto colusorio.*

El argumento expuesto, con relación a la defraudación de expectativas sociales de naturaleza normativa, las mismas que aparecen como indicador de responsabilidad penal de corte institucional, viene siendo admitido por la Corte Suprema en diversos pronunciamiento, conforme documenta CASTILLO ALVA[38], entre ellos tenemos: R. N. N.º 4039-2013, del 5 de marzo del 2015; R. N. N.º 1819-2013, del 6 de agosto del 2014; R. N. N.º 3139-2011, del 24 de octubre del 2012, R. N. N.º 4721-2009, del 9 de noviembre del 2010; R. N. N.º 2845-2012, del 15 de abril del 2014; R. N. N.º 2368-2011, del 9 de agosto del 2012; R. N. N.º 2453-2011, del 27 de marzo del 2012; R. N. N.º 1050-2011, del 15 de mayo del 2013 y el R. N. N.º 1820-2010, del 20 de junio del 2011.

Finalmente, el ciclo de imputación jurídico penal, para efectos de probanza del pacto colusorio, deberá ir aparejado con los lineamientos de la *prueba indiciaria*, la misma que consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta[39]. El CPP vigente regula la prueba indiciaria en el art. 158.3[40], en ese sentido, se deberá identificar la concurrencia de los siguientes elementos: i) que el indicio este probado; ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, iii) en caso de indicios contingentes, estos deben ser a) plurales, b) concordantes, c) convergentes, y, d) que no se presente contraindicios consistentes[41].

2.1.3. Del defraudar y defraudare

Según la RAE, "defraudar" proviene del latín *defraudāre, significando "privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho"*. En ese sentido, el legislador utiliza el mismo verbo rector, con sus respectivas peculiaridades para diferenciar, el delito de colusión simple y colusión agravada.

38 CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 61.

39 MIXÁN MÁSS, Florencio, *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*, Trujillo: BLG, 1995, p. 22.

40 Artículo 158.- [...]. 3. La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

41 Estas pautas han sido explicitadas a través del Acuerdo Plenario N.º 1-2006/CJ-116 que establece que la acreditación de un hecho a través de prueba indiciaria requiere de la concurrencia de las exigencias concretas desarrolladas normativamente por el art. 158.3 del nuevo CPP.

Por lo tanto, el término "defraudar" aparece vinculado al delito de colusión simple, en la medida que el sujeto cualificado, asumiendo una postura infiel a sus deberes funcionariales, lesionado el principio de objetividad y los deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la administración pública, pretende lesionar el bien jurídico tutelado por ley penal, empero, en este extremo, no se advierte perjuicio material en agravio del Estado, subsecuentemente, el verbo rector, tiene una connotación actividad y de manifestación instantánea, advirtiendo que se trataría de un delito de mera actividad. Por otro lado, la técnica legislativa acude a la preposición "para", es decir, se advierte una posibilidad de agravio o perjuicio al Estado, por lo tanto, el legislador por criterios de política criminal adelantó la barrera de punibilidad, puniendo la posibilidad inminente de lesión al patrimonio estatal, técnica legislativa afín a los delitos de peligro abstracto, siendo así, el delito de colusión simple, respecto al verbo "defraudar" no requiere perjuicio concreto estatal, sino únicamente la lesión de los deberes funcionariales específicos recaídos en el sujeto cualificado y la posibilidad de generar un perjuicio estatal, siempre en un escenario de contratación estatal, por lo tanto, se trataría de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

Respecto al término "defraudare", se tiene que dicha terminología aparece vinculada al delito de colusión agrava, por cuanto, el nivel de reproche penal aparece intensificado, en ese sentido, la razón de la intensificación del nivel penológico, resulta del perjuicio patrimonial concreto sufrido a los intereses del Estado, siempre en un escenario de contratación pública, por lo tanto, en este extremo, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, lesiona sus deberes funcionariales, tan igual que en el delito de colusión simple, es decir, lesiona el principio de objetividad y los deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la administración pública, empero, además de ello causa un perjuicio patrimonial, el mismo que resulta ser cuantificable en términos monetarios.

En ese sentido, la Corte Suprema, pedagógicamente, indica la forma cómo puede diferenciarse dichos supuestos típicos, así tenemos, el R. N. N.° 341-2015 Lima, del 04 de noviembre del 2015, mediante el cual se indica lo siguiente:

> "[La] diferencia entre colusión simple y colusión agravada, estriba según Salinas Siccha, en que: "si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada". Esto es, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. 4.4. Bajo esta perspectiva, según el art. 384 Código Penal el delito de colusión simple exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal generado por tal concertación ilegal. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica "para defraudar". Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos

de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta. 4.5. Así, en la medida en que el art. 384 Código Penal hace expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también se advierte en la ejecutoria suprema de 03 de agosto del 2005, recaída en el Exp. 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: "Es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues éste se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. La conducta defraudadora está dirigida a l gasto público en los m arcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestar. 4.6. De lo anterior se deduce que el delito de colusión simple del art. 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatarse en el caso concreto según un juicio ex ante"[42].

2.1.4. De las modalidades de adquisición o contratación pública

El tipo penal materia de análisis, registra que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público puede intervenir directa o indirectamente, por razón de su cargo, también de manera complementaria los interesados, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado

En ese sentido, según el art. 21 de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobada por D. Leg. N.° 1017, publicado el 4 de junio del 2008, modificado por Ley N.° 29873 de fecha 1 de junio del 2012 y recientemente alterado por Ley N.° 30225, del 6 de enero del 2017) se regulan fundamentalmente los siguientes mecanismos de contratación pública, siendo: a) licitación pública, b) concurso público, c) adjudicación simplificada, d) selección de consultores individuales, d) comparación de precios, e) subasta inversa electrónica, f) contratación directa y g) los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento; dichas contrataciones deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Por otro lado, el art. 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, indica que las contrataciones pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación: a) A suma alzada[43], b) A precios unitarios[44], c) Esquema mixto de suma alzada y precios unitarios[45], d) Tarifas en base al tiempo trabajado[46], e) En base a porcentajes[47] y f) En base a un honorario fijo y una comisión de éxito[48].

En ese contexto, el pacto colusorio podrá manifestarse en cualquiera de los mecanismos de contratación pública y sistemas de contratación, conforme aparece detallado precedentemente, debiéndose remitir a la normatividad específica para la configuración respectiva. Por lo tanto, con anterioridad a la Ley N.° 30225, del 6 de enero del 2017, se regulaban fundamentalmente los siguientes mecanismos de contratación pública, siendo:

42 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 341-2015 Lima*, Lima: 4 de noviembre del 2015, f. j. n.° 4.3 al 4.6.
43 Según el monto fijo integral y por un determinado plazo, eso significa, no obras de saneamiento y viales.
44 Determinado por el monto según lo ejecutado.
45 Según la magnitud y cantidad no definida (PU) y lo definido (SA) obras y servicios.
46 Respecto al rubro de consultorías.
47 Respecto al rubro de cobranzas y recuperaciones.
48 Respecto al rubro de servicios.

a) *Licitación pública.* Es el proceso de selección base a partir del cual se desprenden los otros tipos y modalidades. Proceso administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara la más conveniente[49].

b) *Concurso público.* Es un procedimiento de selección del contratista por el que se pretende elegir de entre los presentes o intervinientes al que reúna la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística.

c) *Adjudicación directa.* Procedimiento menos riguroso que la licitación pública y concurso público por cuanto se encuentra direccionado por la significación económica. Tiene como objetivo facilitar la selección del postor a contratar, Estos procesos pueden ser de dos clases:

i. Adjudicación directa pública. Se aplica en un proceso de contratación tanto para bienes y servicios como para ejecución de obras en la medida que el monto del valor referencial sea mayor al 50% del límite máximo establecido para la adjudicación directa en las normas presupuestarias

ii. Adjudicación directa selectiva. Se aplica en un proceso de contratación tanto para bienes y servicios como para ejecución de obras en la medida que el monto del valor referencial es menor al 50% del límite máximo establecido para la adjudicación directa en las normas presupuestarias.

d) *Adjudicación de menor cuantía.* Es un tipo de contratación que se encuentra regulado en el art. 18 de la Ley de Contrataciones Públicas y que establece que las entidades utilizaran dicho procedimiento cuando la contratación o contrataciones sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los Casos de Licitación Pública y Concurso Público, modalidad que implica para le entidad la obligación de publicar en su portal institucional los requerimientos de bienes o servicios a ser adquiridos bajo dicha modalidad. Asimismo, se establece que estas adjudicaciones se harán obligatoriamente a través de SEACE[50]. El numeral 4 del art. 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado distingue entre:

— Adjudicación de Menor Cuantía General.

— Adjudicación de Menor Cuantía Derivada.

En ese sentido la Adjudicación de Menor Cuantía, se convoca para:

i. La contratación de bienes, servicios y obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las licitaciones públicas o concursos públicos, según corresponda.

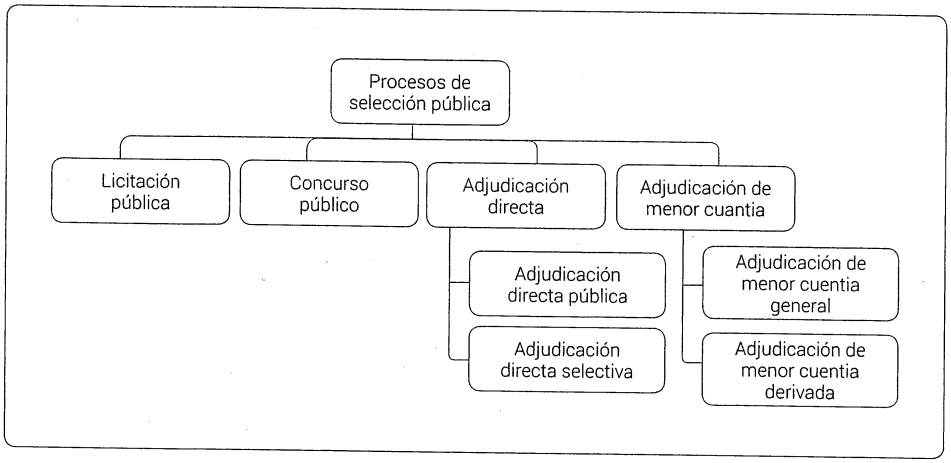
49 RETAMOZO LINARES, Alberto, *Constataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 463 y ss.

50 Sistema electrónico de contrataciones del Estado

ii. La contratación de expertos independientes para que integren los comités especiales. La adjudicación de menor cuantía derivada, se convoca para los procesos declarados desiertos cuando corresponda, de acuerdo a lo establecido en el art. 32 de la Ley N.° 29873.

Estos procesos de selección pueden realizarse de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de subasta inversa o convenio marco según señale el reglamento de contracciones públicas[51].

A continuación, se presenta un cuadro sinóptico de los diversos procesos de selección vigente antes de la Ley N.° 30225, del 6 de enero del 2017:



De la misma forma, antes de la entrada en vigencia de la Ley N.° 30225, del 6 de enero del 2017, el art. 22 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente con anterioridad a la citada ley, establecía las distintas etapas que debe comprender un proceso de selección, en las cuales puede aparecer el pacto colusorio, entre ellas tenemos:

a) *Convocatoria.* Es el acto administrativo vinculado a una declaración unilateral, dictada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos individuales y directos mediante la cual se exterioriza la voluntad de la entidad pública de contratar sujetándose a las bases y clausulas elaboradas para su ejecución, comunicando para tal efecto su decisión a todas las personas, naturales o jurídicas para que participen del proceso de selección presentando sus propuestas[52].

51 Véase, al respecto, la ley de contrataciones públicas que en su art. 15 señala lo siguiente: "Artículo 15.- Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que defina el Reglamento".

52 DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, p. 279, citado por RETAMOZO LINARES, *Constataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, ob. cit., p. 158.

b) *Registro de participantes.* El art. 9 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado, en ese sentido aparece un requisito depurador, acto seguido el art. 53[53] del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el registro se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de propuestas.

c) *Formulación y absolución de consultas.* Esta vinculado al tipo de información que demanda el proceso de contratación pública, información respecto a la formación de la voluntad administrativa que surge en mérito al pedido del área usuaria, información consistente a la programación respectiva, formulación de bases, la convocatoria, la presentación de ofertas, la selección y finalmente la adjudicación u otorgamiento de la buena pro. Esta información deberá brindar la entidad pública convocante.

d) *Formulación y absolución de observaciones.* En merito a las diversas fases —programación respectiva, formulación de bases, la convocatoria, la presentación de ofertas, la selección y finalmente la adjudicación u otorgamiento de la buena pro— del proceso de contratación pública los participantes y postores pueden realizar consultas y/o observaciones en mérito a su derecho subjetivo que le asiste por haberse registrado en el proceso de contratación pública por lo tanto la entidad convocante deberá absolver las observaciones conforme a ley

e) *Integración de las bases.* Las bases o pliego de condiciones es presentada por el comité especial, estas bases constituyen el fundamento jurídico del proceso de selección y tiene como finalidad brindar seguridad a las partes contratantes a efecto el proceso se lleve de la manera más transparente posible.

f) *Presentación de propuestas.* Consiste en que las partes intervinientes o postores presentan sus propuestas a efecto sean valorados oportunamente por la entidad convocante. Estas deben cumplir con los requisitos señalados en el art. 62 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por los Decretos Supremos N.° 138-2012-EF y 080-2014-EF.

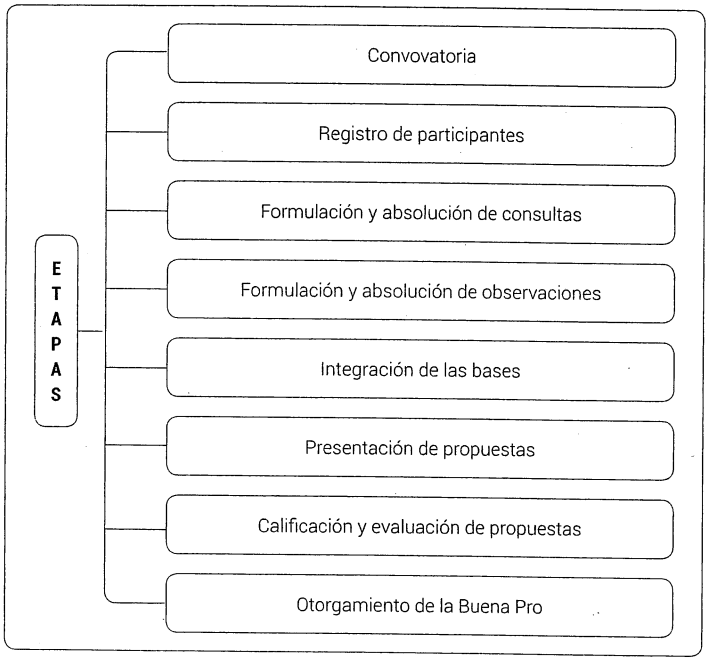
g) *Calificación y evaluación de propuestas.* Es una de las etapas más importantes del proceso de contratación pública, el comité especial toma la decisión de entregar la buena pro al mejor postor, asumiendo responsabilidad de sus decisiones.

h) *Otorgamiento de la buena pro.* Es la culminación del procedimiento, mediante el cual la entidad convocante declara que acepta la propuesta que considera más conveniente, asimismo se deberá seguir los lineamientos del art. 30 de

53 El registro de participantes electrónico se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de propuestas, de forma ininterrumpida. En el caso de propuestas presentadas por un consorcio, bastará que se registre uno de sus integrantes.

la Ley de Contrataciones del Estado. Es decir, se levanta un acta suscrita por todos los miembros del comité especial, por todos los veedores y por los postores que desean hacerlo, asimismo se deberá tener en cuenta los requisitos señalados en el art. 72 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El cuadro sinóptico siguiente resume las etapas antes expuestas:



Posteriormente, encontrándose vigente la Ley N.° 30225, del 6 de enero del 2017, tanto los procedimientos de contratación pública y las etapas respectivas sufren relativa modificación, es decir, el Reglamento de la citada Ley de Contrataciones del Estado, señaló los tipos de procedimiento de selección, los cuales se realizarán en atención al objeto de la contratación, la cuantía del valor estimado o del valor referencial, según corresponda. Asimismo se estableció, de manera general, las etapas de los procedimientos de selección, siendo: a) convocatoria, b) registro de participantes, c) cómputo de plazo, d) prórrogas o postergaciones, e) régimen de notificaciones, f) idioma de la documentación y otras formalidades, g) Subsanación de las ofertas, h) acceso a la información, i) distribución de la buena pro, j) notificación del otorgamiento de la buena pro, k) consentimiento del otorgamiento de la buena pro, l) declaración de desierto, m) publicidad de las actuaciones, n) cancelación del procedimiento de selección, o) rechazo de ofertas, p) culminación de los procedimiento de selección.

2.1.5. De los procesos de selección y sus etapas según la Ley N.° 30225

La Ley N.° 30225 dentro de sus modificaciones registro etapas a cada uno de los procesos de selección, las mismas que deben ser de conocimiento obligatorio para poder ubicar el escenario colusorio, por cuanto, el tipo penal indica, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, conforme se detallara en las líneas siguientes[54].

2.1.5.1. De la licitación pública

La licitación pública se utiliza para contratar bienes y obras, presentando determinadas etapas en las cuales puede aparecer el pacto colusorio, en ese sentido el art. 49 del Reglamento de la Ley N.° 30225, señala las siguientes etapas: 1. Convocatoria. 2. Registro de participantes. 3. Formulación de consultas y observaciones. 4. Absolución de consultas y observaciones. 5. Integración de bases. 6. Presentación de ofertas. 7. Evaluación de ofertas. 8. Calificación de ofertas. 9. Otorgamiento de la buena pro.

De la misma forma, el articulado señala que el plazo para la presentación de propuestas no puede ser menor de veintidós días hábiles, computado a partir del día siguiente de la convocatoria. En los procedimientos con precalificación y diálogo competitivo, dicho plazo se computa desde el día siguiente de la fecha en que se publica las bases para la presentación de ofertas. Asimismo, entre la integración de las bases y la presentación de ofertas no puede mediar menos de siete días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las bases integradas en el SEACE.

2.1.5.2. Del concurso público

El concurso público conforme señala el art. 58 del Reglamento de la *Ley de Contrataciones Públicas*, debe utilizarse para contratar servicios en general, consultorías en general, consultoría de obras y modalidad mixta, debiéndonos remitir a la normativa específica, según cada caso concreto, es decir, conforme indica el art. 59 del citado reglamento, el concurso público para contratar servicios en general y modalidad mixta se rige por las disposiciones aplicables a la licitación pública contempladas en los arts. 49 al 56. En el caso de servicios en general, para determinar la oferta con el mejor puntaje se toma en cuenta lo establecido en el numeral 5 del art. 54. Tratándose de modalidad mixta, se aplica el numeral 6 del art. 54.

De la misma forma, se deberá tener en cuenta para efectos de medir las etapas de los citados procesos de selección, los arts. 60 al 65 del citado reglamento.

2.1.5.3. De la adjudicación simplificada

Según el art. 23 de la Ley N.° 30225 se establece que la adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor

54 Cfr. Álvarez Pedroza, Alejandro y Orlando Álvarez Medina, *Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado*, vol. I, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 193 y ss.

estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público. De la misma forma, el art. 66 del reglamento de la citada ley, indica las etapas de la adjudicación simplificada, así tenemos: 1. Convocatoria y publicación de bases, 2. Registro de participantes, 3. Formulación de consultas y observaciones, 4. Absolución de consultas y observaciones, 5. Integración de bases, 6. Presentación de ofertas, 7. Evaluación y calificación, 8. Otorgamiento de la buena pro.

De modo tal, que el pacto colusorio pueda plasmarse en cualquiera de las etapas antes expuestas. De la misma forma, respecto al procedimiento del citado proceso, se deberá tener en cuenta lo señalado en los arts. 67 al 69 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.1.5.4. De la selección de consultores individuales

Según el art. 24 de la Ley N.° 30225, se establece que la selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

De la misma forma, el art. 71, del reglamento de la citada ley, indica las etapas de la adjudicación simplificada, así tenemos: 1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, 3. Recepción de expresiones de interés y selección, 4. Calificación y evaluación, 5. Otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, el pacto colusorio puede plasmarse en cualquiera de las etapas antes expuestas, de la misma forma, respecto al procedimiento del citado proceso, se deberá tener en cuenta lo señalado en los arts. 72 al 75 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.1.5.5. De la comparación de precios

La comparación de precios aparece determinada por el art. 76 del Reglamento de la Ley N.° 30225, estableciéndose las condiciones para el empleo de la comparación de precios, entre ellos se indica los siguientes:

> 76.1. Para aplicar el procedimiento de selección de comparación de precios, la Entidad debe verificar que los bienes y/o servicios en general objeto de la contratación sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado y que no se fabrican, producen, suministran o prestan siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la Entidad contratante. 76.2. Una vez definido el requerimiento de la Entidad, el órgano encargado de las contrataciones elabora un informe en el que debe constar el cumplimiento de las condiciones para el empleo del procedimiento de selección de comparación de precios. 76.3. El valor referencial de las contrataciones que se realicen aplicando este procedimiento de selección debe ser igual o menor a quince (15) UIT.

En ese sentido, el pacto colusorio puede plasmarse en cualquiera de los escenarios expuestos, de la misma forma respecto al procedimiento del citado proceso se deberá tener en cuenta lo señalado en el art. 77 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.1.5.6. De la subasta inversa electrónica

La subasta inversa electrónica, aparece determinada por el art. 78 del Reglamento de la Ley N.° 30225, estableciéndose las condiciones para el empleo de la subasta inversa electrónica, entre ellos se indica los siguientes:

> 78.1. Mediante Subasta Inversa Electrónica se contratan bienes y servicios comunes. El postor ganador es aquel que oferte el menor precio por los bienes y/o servicios objeto de dicha Subasta. El acceso al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica se realiza a través del SEACE. 78.2. PERÚ COMPRAS genera y aprueba las fichas técnicas de los bienes y servicios transables, las que son incluidas en un Listado de Bienes y Servicios Comunes al que se accede a través del SEACE, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico. 78.3. Para aprobar una ficha técnica, PERÚ COMPRAS puede solicitar información u opinión técnica a Entidades del Estado, las que deben brindar dicha información de manera idónea y oportuna, bajo responsabilidad. Así también, puede solicitar información a gremios, organismos u otras que se estime pertinente.

Respecto a las etapas, el art. 80 del Reglamento aludido, las precisa, señalando lo siguiente:

> 80.1. El procedimiento de subasta inversa electrónica tiene las siguientes etapas: 1. Convocatoria. 2. Registro de participantes, registro y presentación de ofertas. 3. Apertura de ofertas y periodo de lances. 4. Otorgamiento de la buena pro. 80.2. La habilitación del postor se verifica en la etapa de otorgamiento de la Buena Pro. 80.3. El desarrollo del procedimiento de selección, a cargo de las Entidades, se sujeta a los lineamientos y en la documentación de orientación que emita el OSCE.

En ese sentido, el pacto colusorio puede aparecer en cualquiera de los escenarios expuestos, de la misma forma, respecto al procedimiento del citado proceso, se deberá tener en cuenta lo señalado en los arts. 81 al 84 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.1.5.7. De la contratación directa

El art. 85 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Pública establece que la entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del art. 27 de la Ley, bajo las condiciones que a continuación se indican:

1. Contratación entre Entidades, 2. Situación de Emergencia, 3. Situación de desabastecimiento, 4. Contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, 5. Proveedor único, 6. Servicios personalísimos, 7. Servicios de publicidad para el Estado, 8. Servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra que son continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual, 9. Contratación de bienes o servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, 10. Contrataciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo cuya continuidad de ejecución resulta urgente, 11. Contrataciones de servicios de capacitación de interés institucional.

En ese sentido, el pacto colusorio puede aparecer en cualquiera de los escenarios expuestos, de la misma forma, respecto al procedimiento del citado proceso, se deberá tener en cuenta lo señalado en los arts. 85 al 87 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.1.5.8. De los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento

El legislador, en materia administrativa, registra una cláusula abierta dejando la posibilidad de incorporar cualquier procedimiento de selección de alcance general que contemple el reglamento, por lo tanto, se deberá recurrir a cada caso concreto y delimitarlo con los postulados previstos en la Ley y en el Reglamento de Contrataciones Público, en ese sentido, la postura aludida tiene armonía con el art. 384 del CP, dispositivo legal que exige como elemento descriptivo diversas modalidades de contratación, de la misma forma indica textualmente "cualquier operación a cargo del Estado", esto implica que el delito de colusión puede darse en cualquier sistema de contratación pública, aunque esta no se encuentre señalado en la *Ley de Contrataciones del Estado* y su respectivo Reglamento.

2.1.6. De las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes

El organismo de contrataciones del Estado, mediante Opinión N.° 009-2008/DOP, de fecha 11 de febrero del 2008, en el considerando 2.1.2, respecto a los contratos de bienes, indica lo siguiente:

> Sobre el particular, cabe precisar que en el marco de la normativa sobre contratación pública se emplean los términos "bien", "servicio" u "obra" como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos. *Así, por "bienes" se entiende a todos aquellos objetos o cosas que una Entidad requiere para el desarrollo de sus actividades y/o el cumplimiento de sus fines*[55]. *Ejemplos de bienes que con frecuencia son requeridos en el Estado: Alimentos, medicinas, equipos de cómputo, útiles de oficina, insumos, etc.* [Cursiva agregada].

En términos similares, CASTILLO ALVA, citando una frondosa cantidad de ejecutorias ejemplifica el tipo de contrato afines al rubro de bienes, señalando lo siguiente:

> Por ejemplo, se tiene como posible objeto del delito de colusión el contrato de suministro de combustible, [...], la compra de inmuebles para la Caja Militar Policial, de maquinaria pesada, la adquisición de un terreno destinado a la construcción de un mercado mayorista, la confección de diez puertas metálicas [...] el adquirir un volquete, de un camión de cisterna, una carrocería, un motor petrolero, un motor usado[56].

Por lo tanto, el escenario colusorio es posible ser invocado en el proceso de adquisición o contratación pública de bienes, según cada caso concreto.

---

55 Numeral 5 del anexo de definiciones del reglamento.
56 CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., pp. 454 y 455.

2.1.7. De las modalidades de adquisición o contratación pública de obras

Según el organismo de contrataciones del Estado, mediante Opinión N.° 009-2008/DOP, de fecha 11 de febrero del 2008, en el considerando 2.1.2, respecto al rubro de contrataciones públicas vinculados al sector de obras, indica lo siguiente:

> Sobre el particular, cabe precisar que en el marco de la normativa sobre contratación pública se emplean los términos "bien", "servicio" u "obra" como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos. [...]. *De otro lado, se considera como "obra" a la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos*[57]. [Cursiva agregada].

Por lo tanto, el delito de colusión, tanto en su modalidad simple y agravada, puede darse bajo cualquier modalidad de contratación vinculada a la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, entre ellos, se incluye carreteras, puentes, muelles, desembarcaderos artesanales, etc.

2.1.8. De las modalidades de adquisición o contratación pública de servicios

Considerando los lineamientos del organismo de contrataciones del Estado, se tiene que mediante Opinión N.° 009-2008/DOP, de fecha 11 de febrero del 2008, en el considerando 2.1.2, respecto al rubro de contrataciones públicas vinculados al sector de servicios, indica lo siguiente:

> Sobre el particular, cabe precisar que en el marco de la normativa sobre contratación pública se emplean los términos "bien", "servicio" u "obra" como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos. [...]. *Por su parte, se entiende por "servicio" la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones*[58]. [Cursiva agregada].

Siendo así, el delito de colusión, tanto en su modalidad simple y agravada, puede darse también bajo cualquier modalidad de contratación vinculada a la prestación de servicios en todos sus niveles, debiéndonos remitir a cada caso concreto.

2.1.9. De las modalidades de adquisición o contratación pública respecto a las concesiones

La definición de contrato de concesión, conforme indica MORÓN URBINA, es el siguiente:

> [El contrato de concesión es] aquel instrumento mediante el cual, la Administración (concedente) otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras (concesionario) el derecho y obligación de crear, ejecutar y explotar determinadas obras públicas de infraestructura construidas sobre bienes de dominio público o la gestión y prestación de una actividad considerada servicios públicos, por un plazo determinado, bajo su propia cuenta y riesgo y sujeta a un régimen regulatorio particular. Por este contrario, el concesionario

57 Numeral 38 del Anexo de Definiciones del Reglamento.
58 Numeral 52 del Anexo de Definiciones del Reglamento.

percibirá como compensación la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, preferentemente de los privados[59].

Por lo tanto, el delito de colusión, tanto en su modalidad simple y agravada, puede darse, también en el escenario de concesiones, en todas sus posibilidades de llevarse a cabo, siempre y cuando se comprometa el patrimonio estatal.

2.1.10. De cualquier operación a cargo del Estado

El art. 384 del CP exige como elemento descriptivo diversas modalidades de contratación, de la misma forma, indica textualmente "cualquier operación a cargo del Estado", esto implica que el delito de colusión puede darse en cualquier sistema de contratación pública, aunque esta no se encuentre señalado en la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento. En ese sentido, en reiterada jurisprudencia[60] emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) establece que si bien aquellas contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, podrán realizarse sin observar sus disposiciones, tal situación no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, como son: principio de eficacia[61], economía[62], imparcialidad[63], razonabilidad[64], libre concurrencia[65] y otros previstos en el art. 4 de la Ley N.° 1017, *Ley de Contrataciones Públicas* vigente al momento de los hechos.

De la misma forma, el TC realizando una interpretación del art. 76 de la Constitución Política del Perú, en el Exp. N.° 020-2003-AI/TC, del 17 de mayo del 2004, indica en el fundamento 19[66], que ningún mecanismo de adquisición será válido si no

59 MORÓN URBINA, Juan, *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 166.

60 Informe n.° 018-2010/DTN, del 26 de marzo del 2010; opinión n.° 089-2013/DT, del 13 de noviembre del 2013; opinión n.° 039-2014/DTN, del 26 de junio del 2014; opinión n.° 080-2014/DTN, del 14 de octubre del 2014; opinión n.° 113-2014/DTN, del 22 de diciembre del 2014.

61 Principio de eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

62 Principio de economía: En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

63 Principio de imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

64 Principio de razonabilidad: En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado

65 Principio de libre concurrencia y competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

66 En consecuencia, si bien es cierto que la *Ley de Contrataciones del Estado* representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el art. 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.

respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario, de la misma forma en el fundamento 16[67] de la citada sentencia, se indica que cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía también reconocidas en el TUO y las excepciones que establezca la ley.

2.1.11. De la intervención directa e indirecta

El autor CASTILLO ALVA, respecto al tema, indica lo siguiente:

> La ley castiga también la "intervención indirecta", que es aquella que se produce cuando el funcionario actúa a través de otras personas en el proceso de contratación en razón de su cargo. La intervención indirecta se refiere se refiere a que el funcionario puede participar de alguna manera en cualquier etapa del proceso de contratación: etapa de preparación, de selección o de ejecución. Dicha intervención supone que el funcionario actúa a través de otros funcionarios o, incluso, de un órgano competente dentro de cualquier etapa del proceso de contratación. La ley penal al castigar la intervención indirecta lo que busca es comprender dentro de los alcances de la norma la actuación de un "funcionario de atrás" que sin aparecer de manera evidente en el proceso de contratación lo dirige, orienta y determina hacia un determinado fin. Se trata de castigar al funcionario encubierto, al flautista, a quien dirige real y materialmente la contratación estatal. Lo que se busca es alcanzar penalmente a quien detenta el poder material en el proceso de contratación, más allá de las simples competencias formales[68].

El tipo penal analizado, tanto a nivel del delito de colusión simple y agravada, exige que el sujeto cualificado intervenga directa o indirectamente en el escenario colusorio, en ese sentido, respecto a la forma directa, no existe problema alguno para su comprensión, por cuanto, en este caso, el funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo específico interviene personalmente en el escenario de contratación pública emitiendo actos funcionariales concluyentes.

La situación se torna distinta, respecto al supuesto indirecto, es decir, en este caso, el sujeto cualificado se vale de una tercera persona, la misma que por la propia exigencia típica tiene que tener el estatus de funcionario o servidor público y además tiene que intervenir en razón del cargo específico, por tal razón la única posibilidad que surgiría para tal supuesto sería a través de la figura de delegación desconcentrada de poder o de funciones, es decir, el sujeto cualificado, esto es funcionario público, y no así servidor público, por cuanto, el último de los mencionado no cuenta con el poder funcionarial decisorio, situación que si cumple el funcionario público, característica palmaria para diferenciar entre funcionario y servidor público. Bajo ese contexto, el funcionario público habilita a un tercero para que asume el estatus funcionarial en razón del cargo, dicha

67 Como se ha señalado, 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. Por ello, aun cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de las adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía —también reconocidas en el TUO—, y de las excepciones que establezca la ley.

68 CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 318.

habilitación es lícita, empero lo ilícito aparece manifiesto en la medida que el tercero habilitado forma parte del pacto colusorio.

2.1.12. Del perjuicio patrimonial concreto como elemento diferenciador entre el delito de colusión simple y agravada

El criterio diferenciador, entre el delito de colusión simple y agravada, radica fundamentalmente en el perjuicio patrimonial concreto, así tenemos reiterados criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema, entre ellos, el R. N. N.° 341-2015 Lima[69], del 4 de noviembre del 2015, y el reciente criterio jurisprudencial vinculante, plasmado en la Cas. N.° 661-2016 Piura[70], del 11 de julio del 2017, mediante el cual se indica lo siguiente:

> Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó el perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada [...]. Mientras que para que se configurase la colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando prejuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

De la misma forma, la Cas. N.° 661-2016 Piura[71], del 11 de julio del 2017, a efecto de acreditar el perjuicio patrimonial concreto, requiere el informe pericial contable, al respecto señala lo siguiente:

> Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.° 1105- 2011/SPP —fundamento jurídico N.° 7— que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión".

Por lo tanto, conforme se puede observar, el indicador para diferenciar el delito de colusión simple del delito de colusión agravada resulta ser el perjuicio patrimonial, el mismo que tendrá que estar evidenciado con el informe pericial contable respectivamente.

2.1.13. De los informes periciales que sustentan el perjuicio patrimonial en el delito de colusión agravada

Las pericias consisten en la aplicación de diversos métodos o técnicas de carácter científico, mediante los cuales personas especializadas emiten sus opiniones con la finalidad de validar o contrastar determinadas hipótesis en un caso concreto. El f. j. n.° 6 del A. P. N.° 04-2015/CIJ-106, del 02 de octubre del 2015, respecto a la temática expuesta, indica lo siguiente:

69 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 341-2015 Lima*, Lima: 4 de noviembre del 2015, f. j. n.° 4.3 al 4.6.
70 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 661-2016 Piura*, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.° 15.
71 *Loc. cit.*

> [L]a prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [...] ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia —y de las explicaciones del perito en el acto oral— sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [...].

En ese sentido, la pericia, para fines del proceso penal, opera como un medio de prueba, mediante el cual los sujetos procesales pueden demostrar sus teorías del caso, por lo tanto, para el delito de colusión agravada se deberá recurrir a dicho medio de prueba para su configuración. Respecto a la pericia, el A. P. N.° 04-2015/CIJ-106 señala que esta contiene tres momentos, los cuales son los siguientes:

> La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla —es la percepción o reconocimiento del objeto peritado: actividad perceptiva—. b) El informe escrito —que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico—. Y c) La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado[72].

2.1.14. De los informes de Contraloría General de la República como actividad pericial para acreditar el perjuicio patrimonial en el delito de colusión agravada

El A. P. N.° 04-2015/CIJ-106, del 02 de octubre del 2015, respecto a las clases de pericia posibles de ser incorporadas al proceso penal, indica lo siguiente:

> A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell del 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica[73].

De la misma forma, el art. 172.1 del nuevo CPP[74] advierte la necesidad de recurrir a conocimientos especializados en la medida que sea necesario para esclarecer determinados

72 Véase, al respecto el f. j. n.° 11 del *Acuerdo Plenario N.° 04-2015/CIJ-106.*
73 Véase, al respecto el f. j. n.° 19 y 20 del *Acuerdo Plenario N.° 04-2015/CIJ-106.*
74 La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

asuntos, es decir, conforme indica el A. P. N.° 04-2015/CIJ-106, "no toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el art. 172 del nuevo CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría"[75]. Siendo así, nos aborda una interrogante, ¿Las evidencias obtenidas por las comisiones auditoras, habilitadas por la Contraloría General de la República, las mismas que aparecen identificadas como auditorias de cumplimiento, informes técnicos especiales y carpetas de control, tendrán el estatus de pericias? Antes de absolver la interrogante, es necesario tener presente algunos indicadores, siendo los siguientes:

En primer lugar, los integrantes de las comisiones auditoras resultan ser profesionales portadores de conocimientos especializados sobre temas específicos, por lo tanto, dichas comisiones aparecen integradas por un equipo multidisciplinario de profesionales, entre ellos contadores públicos, ingenieros civiles, abogados, etc., quienes asumen el proceso de auditoria designado, identificando el *thelos*, es decir, el espíritu de la norma procesal penal registrada en el art. 173.1 y 173.2 del nuevo CPP[76], en el cual se establece el procedimiento para el nombramiento de peritos oficiales, así como la designación de la actividad pericial a los integrantes del laboratorio de criminalística de la Policía Nacional del Perú, de la Dirección de Policía contra la Corrupción y del Instituto de Medicina Legal; por lo tanto, la Contraloría General de la República, al tratarse de un organismo autónomo vinculado al Sistema Nacional de Control, conforme señala el art. 82 de la Carta Magna y habilitado para comunicar evidencias con contenido penal al Ministerio Público, conforme se advierte de la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, aprobada por Resolución de Contraloría N.° 349-2014-CG, y sus respectivas modificaciones[77], respecto a la "comunicación al Ministerio Público de hechos evidenciados durante el desarrollo de servicios de control posterior"; subsecuentemente los profesionales integrantes de dicha entidad ostentan el título de "peritos oficiales", debiendo ser ofrecidos como tal en el proceso penal.

75 Véase, al respecto, el f. j. n.° 21.

76 El juez competente, y, durante la investigación preparatoria, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto, lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes. La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes

77 Las modificaciones más resaltantes resultan ser aquellas previstas en la Resolución de Contraloría N.° 595-2014-CG, del 19 de diciembre del 2014 y la Resolución de Contraloría N.° 351-2017.CG, del 20 de septiembre del 2017.

De la misma forma, el A. P. N.° 02-2007/CJ-106, del 16 de noviembre del 2007, señala que, respecto al proceso de designación de peritos, no será necesario su designación cuando se trata de determinados profesionales vinculadas a instituciones específicas, entre ellas, Contraloría General de la Republica, otorgándosele de esta manera el estatus de peritos oficiales a los diversos integrantes de las comisiones auditoras de dicha entidad, así tenemos lo siguiente:

> 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.

De manera complementaria, FRISANCHO APARICIO, en términos similares, respecto a considerar peritos oficiales al personal de Contraloría, indica lo siguiente:

> Tratándose de los auditores o servidores que ejercen la función de control en las distintas entidades del Estado y en representación de la Contraloría General de la República, lo propio es considerarlos como peritos oficiales, sobre todo porque la Contraloría no deja de ser un organismo estatal que desarrolla labor técnica y que, al mismo tiempo, tiene el deber de colaborar o prestar auxilio gratuito al sistema de justicia penal [78].

Por lo tanto, no cabe duda alguna, para otorgarles el estatus de peritos oficiales a los integrantes de las diversas comisiones de auditoria designadas por la Contraloría General de la República dentro de un marco de control posterior o auditorias respectivas.

En segundo lugar, las actividades de Contraloría General, desarrolladas en un proceso de auditoría, cuenta con los conocimientos técnicos y métodos científicos, exigidos en una pericia, conforme se puede evidenciar en el considerando 6.4 de la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, del 23 de julio del 2014, mediante la cual se incorpora la elaboración de la "carpeta de control"[79] como uno de los productos en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior, en la cual se señala: "Las evidencias comprenden toda la información obtenida mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoria, las cuales sirven para sustentar, de forma objetiva, los hechos advertidos en la carpeta de control"; criterio que aparece ratificado en el considerando 7.4.2 de la Directiva

78 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 212.

79 Según el considerando 6.3 de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, define a la carpeta de control, en los siguientes términos: "Es el documento que se origina a partir del requerimiento de información que formula el Ministerio Público y contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, sin tipificar sus conductas. Los hechos contenidos en la carpeta de control deben estar relacionados con los hechos de la investigación fiscal para la cual es solicitada. La emisión de la carpeta de control constituye una medida excepcional en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior".

N.° 04-2017-CG-DPROCAL aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 351-2017-CG, de fecha 20 de septiembre del 2017, en la cual se establece que "las evidencias constituyen la información obtenida durante el desarrollo del servicio de control posterior, mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoría, las cuales sirven para sustentar de forma objetiva los hechos contenidos en la carpeta de control".

Asimismo, considerando los lineamientos del art. 178 del nuevo CPP, respecto al contenido de una pericia oficial, y realizando un análisis comparativo, con uno de los productos emitidos por la Contraloría General de la República en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior, esto es, carpeta de control, se puede advertir que cumpliría con los presupuestos respectivos, conforme se mostrará en el cuadro comparativo siguiente:

PERICIA OFICIAL (ART. 178 NUEVO CPP)	CARPETA DE CONTROL
1. El informe de los peritos oficiales contendrá: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma. 2. El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La motivación o fundamentación del examen técnico e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma.	Según la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 349-2014-CG, del 22 de julio del 2014, así como su modificación mediante Resolución de Contraloría N.° 351-2017-CG, mediante la cual se aprobó la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, de fecha 20 de septiembre del 2017. La carpeta de control, según anexo 1, contiene lo siguiente: I.- Antecedentes II.-Descripción del hecho evidenciado a) Sumilla b) Hecho evidenciado c) Normativa transgredida d) Perjuicio e) Relación de participantes III.- Evidencia Según Anexo 1, suscriben: a) Jefe del servicio de control b) Supervisor del servicio de control c) Especialistas del servicio de control II.-Descripción del hecho evidenciado a) Sumilla (titulo o encabezado que indica el hecho evidenciado) b) Relación de participantes El considerando 6.3, de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Es el documento que se origina a partir del requerimiento de información que formula el Ministerio Público y contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, sin tipificar sus conductas. Los hechos contenidos en la carpeta de control deben estar relacionados con los hechos de la investigación fiscal para la cual es solicitada. La emisión de la carpeta de control constituye una medida excepcional en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior". El considerando 7.4.2 de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Las evidencias constituyen la información obtenida durante el desarrollo del servicio de control posterior, mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoría, las cuales sirven para sustentar de forma objetiva los hechos contenidos en la Carpeta de control". II.-Descripción del hecho evidenciado. d) Perjuicio ocasionado.

PERICIA OFICIAL (ART. 178 NUEVO CPP)	CARPETA DE CONTROL
3. El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.	El considerando 6.3, de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, ***sin tipificar sus conductas***". [Cursivas agregadas].

Por otro lado, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales que dotan de valor científico y de suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia y justificar responsabilidad jurídico penal, así tenemos: la Cas. N.° 935-2005 Ica, del 24 de abril del 2007, mediante la cual se indica: "Que, en tal sentido, el informe antes referido (en virtud de carácter de prueba pre constituida) constituye un verdadero acto de prueba formalizado con anterioridad al inicio de este proceso y que tiene mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de su investigación"[80]. De la misma forma, se tiene el R. N. N.° 3700-2005 Ucayali, del 7 de diciembre del 2005, mediante el cual se señala que "el informe especial de la Contraloría General de la República tiene carácter de pericia institucional extraprocesal, y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente sea acompañada de la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia"[81]. Asimismo, se cuenta con el R. N. N.° 5667-2006 Lima, del 18 de abril del 2007, donde se señala que "el carácter de prueba pre constituida del informe especial de Contraloría General de la Republica, contratado con los demás medios de prueba, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícito materia del proceso"[82]. En términos similares, el R. N. N.° 1842-2016 Lima, del 06 de julio del 2017, indicó lo siguiente:

> Debe señalarse que el Acuerdo Plenario N.° 2-2007/CJ-11633; ha establecido en el considerando número 7, que la prueba pericial tiene un carácter complejo, pues consta de tres partes, el reconocimiento pericial, el dictamen o informe y finalmente el examen. Agrega que, cuando se trata de pericias emitidas por instituciones oficiales dedicadas a estos fines como la Contraloría General de la República que emite los denominados informes especiales, como en el caso concreto estos gozan de una presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia[83].

Finalmente, el art. 201-A del nuevo CPP señala que 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, dicha situación no solo habilita al Ministerio Público para iniciar una investigación penal, en merito a dichos informes periciales o carpetas de control, sino que, además, dichas actividades periciales constituyen prueba pre-constituida, debiéndose ofrecer como tal al proceso penal. En ese orden de ideas, ante la pregunta planteada líneas arriba, no caber duda alguna, para afirmar que los resultados y evidencias obtenidas por las comisiones

80 FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 231.
81 *Ibid.*, p. 232.
82 *Ibid.*, p. 233.
83 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1842-2016 Lima*, Lima: 18 de abril del 2017, f. j. n.° 158.

auditoras, habilitadas por la Contraloría General de la República, identificadas como auditorias de cumplimiento, informes técnicos especiales, carpetas de control, etc., resultan ser pericias oficiales.

2.2. Clase de delito

El delito de colusión, previsto en el art. 384 del CP, presenta dos variantes típicas, el primer supuesto, referido a la forma simple, en este caso nos encontramos ante un delito de mera actividad por cuanto el verbo "concertar" resulta ser comisión instantánea, asimismo la técnica legislativa recurre a un adelantamiento de la barrera de punibilidad, utilizando la preposición "para" ,esto es, para defraudar al Estado o entidad estatal, ante ello se utiliza un criterio *ex ante* con fines de proteger el bien jurídico, por lo tanto, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto.

Con relación al extremo antes mencionado, tenemos el R. N. N.° 1969-2012 La Libertad, del 16 de enero del 2014, mediante el cual se estableció que el delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, así lo señala la Corte Suprema:

> [El] delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio [...], siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción —o posibilidad— de un perjuicio, no constituyendo por tanto —el perjuicio— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio —defraudatorio—. Quinto. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado[84].

Respecto al segundo supuesto, esto es colusión agravada, registrado en la parte *in fine* del art. 384 del acotado cuerpo legal, nos encontramos ante un delito de resultado, por cuanto, el tipo penal exige defraudación patrimonial, subsecuentemente, en este extremo se advierte la existencia de un perjuicio concreto, admitiéndose el baremo "espacio- temporal" para medir el desvalor de la acción y desvalor del resultado. En términos similares, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 341-2015 Lima, del 4 de noviembre del 2015, indica lo siguiente:

84 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1969-2012 La Libertad*, Lima: 16 de enero del 2014, f. j. n.° 4 y 5.

> Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. [...]. Así, en la medida en que el art. 384 Código Penal hace expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también se advierte en la ejecutoria suprema de 3 de agosto del 2005, recaída en el Exp. 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: [...] Es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues éste se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los m arcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestar[85].

Por otro lado, el delito de colusión, tanto en su vertiente simple o agravada, es un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo tanto, según señala el R. N. N.° 78-2013 La Libertad, del 9 de diciembre del 2014, en la cual se establece lo siguiente:

> El delito de colusión es de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público —intraneus— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública —ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [...]—; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la "concertación" consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública[86].

Por otro lado, y en términos similares, la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho, indica lo siguiente: "La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus"[87].

2.3. Forma de ejecución

El delito de colusión, tanto en sus modalidades simple y agravada, resulta ser un delito de acción, es decir, no admite la forma omisiva, por cuanto, la figura de omisión propia deviene en inexistente, no solo por la redacción activa del verbo "concertar", sino que, además, se requiere que dicha forma omisiva aparezca detallada en el tipo penal, situación que no opera en el delito de colusión, tanto en su forma simple y agravada. En términos similares el R. N. N.° 2587-2011 Cusco, del 23 de enero del 2013, señala lo siguiente:

> La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo

85 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 341-2015 Lima*, Lima: 4 de noviembre del 2015, f. j. n.° 4.3 al 4.6.
86 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 78-2013 La Libertad*, Lima: 9 de diciembre del 2014, f. j. n.° 3.2.
87 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 841-2015 Ayacucho*, Lima: 14 de mayo del 2015, f. j. n.° 28.

> colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa[88].

Posteriormente, mediante R. N. N.° 1199-2013 Arequipa, del 6 de agosto del 2014, la Corte Suprema, ratifica su decisión, indicando lo siguiente:

> [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa[89].

Respecto a la figura de omisión impropia, genera un escenario ampliamente debatible, por cuanto, técnicamente, dicha institución no requiere encontrarse expresamente señalada en el tipo penal[90], por el contrario, al tratarse de una omisión equiparable a una acción, es decir, comisión por omisión, requiere la existencia de deberes especiales de salvamento recaídos en el sujeto cualificado, obligándolo a actuar en defensa o protección del bien jurídico tutelado, advirtiendo una posición de garante, tal como lo indicó VON LIZT: "solo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo"[91],por lo tanto, se requiere verificar determinados presupuestos, esto es, posición de garante, actuar precedente y vinculación legal o contractual, presupuestos que convierten al autor en un sujeto obligado frente al bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública. El escenario expuesto calzaría para ser invocado en el delito de colusión, por cuanto sobre el sujeto cualificado versan deberes especiales que lo obligan a actuar de una manera especial en defensa del bien jurídico.

En tal sentido, inicialmente la Corte Suprema, ha venido aceptando tal tesis, es decir, admitir el delito de colusión por omisión impropia, así tenemos, el R. N. N.° 648-2005, del 11 de octubre del 2005, en la cual se indicó lo siguiente:

---

88 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2587-2011 Cusco*, Lima: 23 de enero del 2013, f. j. n.° 4.3.

89 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1199-2013 Arequipa*, Lima: 6 de agosto del 2014, f. j. n.° 4 y 5.

90 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica lo siguiente: "[E]l comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 274 y 275.

91 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Lima: EDDILI, 2002, p. 251.

> Aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBJ-PROGRAMA MAJ del GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de haber aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ejecutó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes[92].

De la misma forma, existen otros pronunciamientos de la Corte Suprema, así tenemos el R. N. N.° 77-2012, del 22 de agosto del 2012, en el cual se indicó lo siguiente:

> Ciertamente; en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados, es decir, dicho deber residual lo obliga al delegante a controlar los posibles riesgos o peligros derivados de la potestad de delegar, consecuentemente de evitar la comisión de hechos delictivos por parte de los subordinados, siendo esto así, emerge una posición de garante sobre los riesgos, generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa[93].

En términos similares, el R. N. N.° 1903-2009, del 23 de junio del 2010, mediante el cual se estableció, respecto a la forma omisiva, lo siguiente:

Por lo que, tanto de forma omisiva —al no efectuar decididamente ninguna acción tendiente a impedir el resultado lesivo o verificar los alcances del acta que antecedió al último proceso de selección— cuanto comisiva. Al suscribir el acta que otorgaba la buena pro y con ello dar fe de la legalidad del acto su responsabilidad está plenamente acreditada[94]

Sin embargo, en la actualidad se viene cuestionando la admisión del delito de colusión por omisión impropia, por cuanto el verbo rector "concertar" resulta ser un verbo activo y no omisivo, siendo imposible la concertación por un "no hacer", ante ello considero que, respecto al delito de colusión simple, habiendo sido catalogado como delito de mera actividad, la omisión impropia no podría operar, por cuanto, técnicamente la figura de comisión por omisión funciona en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad[95]. Respecto al delito de colusión agravada, la situación es distinta, por cuanto es un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio-tiempo", en ese sentido, si asumimos el concepto de acción desde una cantera ontológica, en el cual se concibe que el "no hacer" es sinónimo a la ausencia de un movimiento corporal, en este caso, fácticamente los sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) no incurren en un

92 Cfr. CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 302.
93 *Ibid.*, pp. 306 y 307.
94 *Ibid.*, pp. 307 y 308.
95 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 252.

acuerdo de voluntades, entonces, irremisiblemente tenemos que concluir la imposibilidad del delito.

Empero la situación se torna diferente en la medida que el verbo "concertar" aparezca como elemento normativo del tipo sujeto a juicios de valor, por lo tanto, "concertar" no es el acuerdo de voluntades, por el contrario, "concertar" consiste en la comunicación entre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público (intraneus) y los interesados, por lo tanto, la comunicación no resulta ser la expresión fonética o kinésica, propios del habla o del lenguaje corporal, manifestaciones particulares del ser humano, sino por el contrario, entiéndase por comunicación, al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol asumido en la sociedad, dicho rol aparecerá materializado a través del ejercicio de sus deberes y derechos, por lo tanto, conforme fue indicado líneas arriba, el funcionario o servidor público (*intraneus*), responderá penalmente en la medida que haya incumplido su "rol especial", el cual aparece determinado por los deberes de salvamento o de protección que tiene frente al bien jurídico encomendado, así como el incumplimiento de sus deberes especiales de probidad y lealtad que mantiene frente a la administración pública, de la misma forma, el *extraneus*, responderá por la infracción del deber general de no dañar.

De la misma manera, la imputación penal bajo la figura de comisión por omisión radicará en la *defraudación de expectativas sociales de naturaleza normativa*, es decir, el sujeto cualificado, en la medida que incurra en actos concluyentes defectuosos [96], a los cuales aparece obligado por el rol especial, dicho incumplimiento, por un "no hacer" propio de un escenario de control producto del deber de salvamento, justificaría la imputación jurídico-penal, por lo tanto, dichos actos omisivos comunican con evidencia palmaria la voluntad colusoria del sujeto cualificado, es decir, tales actos son suficientemente significativos o inequívocos, por lo tanto, la existencia de los actos omisivos concluyentes de naturaleza defectuosa emitidos por los funcionarios o servidores públicos deberán generar beneficios directos o indirectos a favor del *extraneus* interviniente en el proceso de contratación pública, dicha vinculación objetiva advierte el proceso de comunicación normativo y la presencia e identificación del pacto colusorio.

3. Elementos concomitantes

Respecto a los elementos concomitantes, tenemos el bien jurídico y la relación de causalidad e imputación objetiva, que serán tratados oportunamente en los siguientes párrafos.

3.1. Bien jurídico

Existen una serie de posturas respecto al objeto de protección en el delito de colusión ilegal, entre ellas tenemos:

96 Véase, al respecto, la página de enciclopedia jurídica. Recuperado de <https://bit.ly/2Ifnbon>. En ese mismo sentido, el criterio jurisprudencial español, considera que los actos concluyentes o acción "concluyente" no están en el ámbito de la omisión, sino en el de la acción. Véase, la sentencia N.° 1058/2010, del 13 de diciembre del 2010, así como la sentencia N.° 621/2014, del 23 de septiembre del 2014.

a) *La infracción de los deberes de lealtad.* Es decir el funcionario o servidor público infringe sus deberes de lealtad encomendados en el ejercicio de la función estatal[97]. Este criterio resulta ser muy abstracto, por cuanto, en el caso en concreto, el objeto de tutela no está orientado a deberes del sujeto activo, estos son obligaciones que sustentan la consumación delictual tanto mediante un hacer o dejar de hacer, mas no así como objeto de tutela, en ese mismo nivel se viene pronunciando nuestra Corte Suprema[98] en diferentes ejecutorias recaídas en los R. N. N.° 79-2003, del 15 de febrero del 2005; R. N. N.° 278-2005, del 10 de mayo del 2005; y, R. N. N.° 3017-2004, del 17 de marzo del 2005.

b) *La imparcialidad en la administración pública.* Implica que el funcionario en el desempeño de su actividad debe tutelar y fomentar los mecanismos de objetividad e imparcialidad. Consideramos, como viene sosteniendo cierto sector de la doctrina nacional[99], que este criterio no es correcto por cuanto el funcionario o servidor público —normativamente— está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto, la defensa del patrimonio estatal e interés público.

c) *La libre competencia de los proveedores.* Este criterio aparece cuando el contrato estatal es obtenido por un interesado que se concierta ilegalmente con un funcionario o servidor público y le otorga la buena pro o lo favorece con condiciones más ventajosas; sin embargo, este criterio, a nuestro modo de ver las cosas, deviene en etéreo toda vez que la protección de las condiciones de participación igualitaria en el mercado no se tutelan mediante los delitos contra la administración pública, sino por medio de los delitos socioeconómicos.

d) *Los principios de legalidad, eficiencia y economía que permiten un correcto funcionamiento de la administración pública.* Algunos autores precisan que en el delito de colusión existe un interés público protegido que aparece con la corrección de la actuación de los agentes cualificados sobre los cuales se le impone los principios aludidos, empero consideramos que el derecho penal no busca proteger principios propios de la formación de seres humanos como sujetos responsables en sociedad sino por el contrario lo que busca tutelar el derecho penal en el delito de colusión e algo más tangible como el patrimonio estatal por cuanto dicho objeto justifica —en la medida que exista lesión al mismo— una imputación jurídico penal.

e) *El patrimonio estatal dentro de un proceso contractual de naturaleza económica.* El objeto de tutela por parte del derecho penal en el delito de colusión resulta ser el patrimonio del estado [100], consideramos que esta tesis es la correcta

97 Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.° 79-2003, del 15 de febrero del 2005; R. N. N.° 278-2005 del 10 de mayo del 2005; R. N. N.° 3017-2004 del 17 de mayo del 2005.

98 Es el deber del funcionario de velar por los intereses del Estado, deber funcional que, al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica al patrimonio estatal.

99 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, pp. 411 y 416.

100 El patrimonio del Estado está conformado por un conjunto de derechos, obligaciones y bienes de naturaleza económica que pueden ser dispuestos por el Estado que contiene activos y pasivos.

—compartiendo la idea desarrollada por José Luis CASTILLO ALVA[101]— en la medida que tanto el sujeto cualificado —intranei— como el interesado —extranei—, con sus conductas concertadoras ponen en peligro y/o lesionan el objeto tangible de protección y que justifica la existencia del delito de colusión, esto es, el patrimonio del estado peruano, dicha lesión al patrimonio se despliega dentro de un marco contractual de naturaleza económica —criterio que nos diferencia de las figuras de peculado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, etc.—, bajo este contexto podemos diferenciar con mayor claridad y coherencia lo que implica el objeto de tutela y la determinación de la conducta del agente delictual.

Por nuestra parte, considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la administración pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el principio de objetividad y la idoneidad del accionar de los funcionarios o servidores públicos plasmados en los deberes de lealtad y probidad necesarios en la administración pública.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto al primer supuesto, esto es, colusión simple, conforme se viene sosteniendo en otros capítulos, los criterios de imputación objetiva, no pueden ser aplicados en un delito de mera actividad, esto es, de comisión instantánea, por cuanto su estructura es ajena al baremo "espacio-temporal", propio de los delitos de resultado, postura que no es nada pacífica en la dogmática penal actual, dejando abierto el debate en este extremo.

Con relación al segundo supuesto típico, es decir, delito de colusión agravada, los diversos criterios de imputación objetiva, son perfectamente admisibles por la misma naturaleza afín a los delitos de resultado, por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal, según cada caso concreto, es decir, se deberá tener en cuenta que la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado —nexo causal—), se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo los siguientes:

— Imputación objetiva de la conducta[102]. En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo.

---

101 GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 75 y ss.

102 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:

1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.

2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.

3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.

— *Imputación objetiva del resultado*[103]. La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*.

Además del escenario expuesto, subsiste la demanda de conocer cuál sería el baremo referencial para cruzar la línea divisoria entre lo permitido y prohibido, entre el escenario extrapenal y penal.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de colusión, tanto en su vertiente simple o agravada resulta ser un delito de comisión dolosa, demandándose dolo directo, no se admite la forma imprudente o culposa, por cuanto no aparece expresamente señalada dicha cláusula de referencia, conforme señala el art. 12 del CP. Por otro lado, respecto al delito de colusión agravada, el tipo penal, al exigir un nivel perjudicial concreto, el tipo penal tiene un elemento subjetivo intenso que supera el dolo convencional, es decir, a nivel del tipo subjetivo, nos encontramos ante un delito de tendencia interna transcendente.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos que pasaremos analizar.

4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.

5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.

6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

103 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:

1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.

2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,

3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme vengo afirmando en diversos apartados, no pueden ser invocados en la medida que no aparezcan expresamente señalados, en ese sentido, en el delito de colusión no existe mandato del legislador para otorgarle naturaleza punible.

2. Tentativa

El delito tentado, únicamente, opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de colusión simple, no es posible admitir la tentativa por tratarse de un delito de mera de actividad, cuya configuración es ajena al baremo "espacio-temporal", situación que no advierte problema alguno. El problema se suscita en la forma agravada, la misma que resulta ser un delito de resultado, en ese sentido, a través de una lógica inferencial, se podría concluir que la tentativa, tanto en la forma simple y agravada no existe por la misma estructura típica excluyente, es decir, si estamos en una figura simple, entonces no es posible la tentativa por la inexistencia del baremo "espacio-temporal", subsecuentemente, en la forma agravada tampoco sería posible, por cuanto, evidenciado el perjuicio, automáticamente ingresaríamos en la consumación típica y no así en el delito tentado. De manera similar razona SALINAS SICCHA, quien indica lo siguiente:

> En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que, si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384 del CP, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa.[104]

En ese contexto, considero que la redacción típica prevista en la parte *in fine* del art. 384 del CP, conocido indebidamente como una circunstancia agravante resulta ser una forma autónoma delictual, por cuanto, tiene su propia redacción típica, es decir, sujeto activo, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, situación que no opera en las formas delictuales agravadas, las cuales aparecen intensificadas penológicamente con circunstancias específicas que agravan la punibilidad; por ejemplo, los arts. 186, 189 y 400 del CP, figuras típicas que contienen únicamente circunstancias agravantes específicas y no así supuesto de hecho, como si lo tiene la parte *in fine* del art. 384 del CP; subsecuentemente, si la intensión del legislador fuese únicamente incrementar la pena, entonces la redacción típica se hubiera limitado a citar solamente el perjuicio patrimonial y no así el íntegro del supuesto de hecho, esto es, la calidad de sujetos, intraneus y extraneus, el verbo "concertar", los elementos descriptivos referidos a las concesiones, contrataciones públicas de bienes, servicios, obras y cualquier otro tipo de contratación de naturaleza estatal.

Aunado a lo expuesto, otro argumento que suma a la tesis de separación de injustos penales y no de la presencia de una circunstancia agravante en el art. 384 del CP resulta

104 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 343 y 344.

ser el criterio subjetivo del agente delictual, es decir, en la primera parte del citado articulado, el elemento subjetivo de los sujetos intervinientes no aparece ligado a causar un perjuicio patrimonial concreto al Estado, por el contrario, se limita únicamente al pacto colusorio, por lo tanto, los trabajos realizados, tanto en el rubro de obras, servicios, bienes y cualquier operación, siempre se realizarán conforme a los estándares exigidos. En consecuencia, no existe lesión al patrimonio estatal a pesar que se haya lesionado el correcto funcionamiento de la administración pública y lesionado el principio de objetividad y los deberes de probidad y lealtad impuestos en el sujeto cualificado; situación que no opera en la parte *in fine* del art. 384 del CP, por cuanto los sujetos intervinientes, además de incurrir en el verbo "concertar", buscan directamente perjudicar el patrimonio estatal, por lo tanto, nos encontramos con niveles subjetivos diferentes.

Por lo tanto, no se puede hablar de una forma agravada, sino del *delito de colusión con defraudación patrimonial*, siendo un error de técnica de tipificación haber consignado en un mismo artículo dos figuras delictuales autónomas, debiéndose de *lege ferenda* otorgarle a la parte *in fine* del art. 384 del CP, un apartado o artículo independiente. En ese sentido, la tentativa, según la accesoriedad cuantitativa, es perfectamente posible en el *iter criminis*, respecto al delito de colusión agravada o delito de colusión con defraudación patrimonial, por cuanto, el "perjuicio patrimonial", no opera como una circunstancia agravante de la punibilidad, por el contrario, funciona como elemento circundante del injusto penal, en ese contexto, es perfectamente posible la admisión del delito tentado en la parte *in fine* del art. 384 del CP, en términos similares, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDON WIDOW, admiten el delito tentado, tanto en su versión acabada e inacabada[105].

La situación teórica expuesta puede ejemplificarse. Los miembros del comité especial, quienes concertan con los integrantes del consorcio empresarial, sin fines de perjudicar patrimonialmente al Estado, respecto la obtención de la buena pro de una determinada licitación pública vinculado al rubro de obras, en ese sentido, no existe duda alguna, que nos encontramos ante el primer supuesto del art. 384 del CP, esto es, colusión simple; sin embargo, en el supuesto que los mismos sujetos, esto es, miembros del comité especial y los integrantes del consorcio empresarial, concertan la entrega de la buena pro de la licitación pública aludida con una finalidad perjudicial, esto es, afectar el patrimonio del Estado, por lo tanto, el plan delictual implica consignar, en el expediente técnico, metrados sobredimensionados, proceso de contratación llevado a cabo bajo el sistema de suma alzada, es decir, la certificación presupuestal de la licitación pública aludida incluye un presupuesto cuyo monto supera a los metrados existentes en obra, a pesar de ello, la entidad deberá cancelar las valorización a favor del contratista, por cuanto, el sistema de suma alzada, implica que lo aprobado por las partes resulta determinante y específico, por lo tanto, una vez suscrito el contrato de ejecución de obra no existe posibilidad de modificar los defectos técnicos; siendo así, advertimos, en este segundo supuesto, una finalidad subjetiva totalmente diferente al primer supuesto, por lo tanto, la configuración del dolo siempre tiene que ser *ex ante* a la ejecución delictual.

105 CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 572.

Por lo tanto, considerando el segundo supuesto, respecto a los metrados sobredimensionados a favor del contratista y en desmedro de la entidad, se tiene que el expediente técnico y las bases integradas aparecen aprobados, habiéndose entregado la buena pro a favor del consorcio inmerso en el pacto colusorio, asimismo el contrato de ejecución de obra se encuentra suscrito por las partes, siendo así y encontrándose presto para iniciar la ejecución de la obra se logra descubrir el pacto colusorio, no existiendo valorización alguna por pagar a favor del contratista, es decir, el patrimonio estatal, no fue afectado por cuanto las entidades respectivas suspendieron la ejecución de la obra en merito a las irregularidades expuestas. En ese sentido, no podemos sustentar colusión simple, por cuanto el elemento subjetivo del tipo penal impreso en los intervinientes buscó un perjuicio patrimonial concreto, supuesto de hecho que por una lógica inferencial o por criterio de descartes, no puede ser subsumido en la parte inicial del art. 384 del CP, subsecuentemente, nos encontramos, sin duda alguna, ante un supuesto de tentativa acabada respecto al delito de colusión agravada o delito de colusión con defraudación patrimonial.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde la óptica del delito de dominio, esto es, según los sujetos, respecto a la figura del delito de colusión simple, en la medida que el intraneus y extraneus incurran en el verbo "concertar", estarían consumando el tipo penal por tratarse de un delito de comisión instantánea. Bajo el mismo argumento, la Cas. N.º 661-2017 Piura, del 11 de julio del 2017, en la cual se estableció como criterio vinculante, lo siguiente: "Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar"[106].

Respecto al segundo supuesto típico, esto es, delito de colusión agravada o delito de colusión con defraudación patrimonial, el tipo penal se perfecciona en la medida que se ocasione el perjuicio patrimonial concreto en desmedro del Estado, por cuanto, en este extremo, nos encontramos ante un delito de resultado. En términos similares, la Cas. N.º 661-2017 Piura, del 11 de julio del 2017, señala lo siguiente: "Se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor del resultado—"[107].

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de colusión en sus dimensiones de colusión simple y agravada, además de ser un delito especial propio, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcio-

106 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 661-2017 Piura*, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.º 15.
107 *Ibid.*, f. j. n.º 17.

nales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, respecto al delito de colusión simple, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el sujeto cualificado, esto, es, funcionario o servidor público, al "concertarse", con los interesados, estaría infringiendo el deber especial y simultáneamente lesiona el bien jurídico protegido, por lo tanto, la infracción del deber estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal.

La situación tiene sus matices peculiares respecto al delito de colusión agravada, por cuanto, en este extremo, por voluntad del legislador, el tipo penal exige un perjuicio patrimonial concreto en desmedro del Estado. En ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que se identifique el perjuicio patrimonial, el mismo que aparece como elemento descriptivo del tipo penal, por lo tanto, si bien los delitos de infracción de deber alcanzan consumación con la infracción del deber especial, empero en los supuestos que por mandato legislativo, esto es, por imperio del principio de legalidad, dicho deber especial aparezca condicionado a determinado elemento descriptivo o normativo impreso en el tipo penal, como resulta ser el caso del delito de colusión agravada, entonces el delito materia de análisis alcanza consumación en la medida que el sujeto cualificado habiendo infringido el deber especial también tiene que haber generado el perjuicio patrimonial concreto, por lo tanto, en este extremo, el tipo penal resulta ser un delito de tendencia interna trascendente.

4. Agotamiento

Respecto al primer supuesto, esto es, delito de colusión simple, la forma agotada aparece evidenciada en la medida que se evidencien actos con posterioridad al pacto colusorio, por ejemplo, otorgamiento de la buena pro, suscripción del contrato de ejecución, la misma ejecución de la actividad contractual, etc., según el caso concreto. Respecto al segundo supuesto típico, el delito agotado aparece en todos los supuestos evidenciados con posterioridad al perjuicio patrimonial estatal, por ejemplo, después de haberse pago las valorizaciones que contienen los metrados sobredimensionados, se procede a recepcionar la obra respectiva.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de colusión, simple y agravada, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicare a continuación.

1. Formas de autoría

Conforme se viene indicando en diversos capítulos, las diversas formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento; y, la *coautoría,* codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde la óptica de los delitos de dominio, la *autoría directa* aparece en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, domine la acción delictiva por sí solo, es decir, incursione en el verbo rector "concertar", todo ello dentro de un escenario de contrataciones o concesiones estatales. Respecto a la *autoría mediata*, es posible su admisión, únicamente, en el extremo que el sujeto cualificado, esto es, funcionario público(por cuanto, el servidor público no tiene poder de decisión) intervenga indirectamente a través de un tercero, esto es, mediante un sujeto cualificado, funcionario o servidor púbico, quien también interviene en el proceso de contratación pública en razón del cargo específico, por cuanto, asumió el cargo funcionarial por delegación de funciones, dicho cargo fue otorgado por sujeto cualificado y empoderado, en ese sentido, el sujeto cualificado con funciones delegadas opera instrumentalizado por el hombre de atrás, por lo tanto, el instrumento nunca será responsable, en la medida que actué en los supuestos de error o coacción, caso contrario, si se advierte que el tercero interesado, con anterioridad a la concreción del pacto colusorio tiene conocimiento del venidero acuerdo fraudulento, entre el funcionario delegante y los interesados, y a pesar de ello acepta la delegación de funciones con el fin colusorio, entonces nos encontramos ante un caso de instrumento doloso cualificado, caso afín a un supuesto de coautoría o autorías independientes, según el caso concreto. Con relación a la figura de intervención directa, no es posible la autoría mediata, por cuanto existen deberes especiales y personalísimos en el sujeto cualificado, lo cual hace inviable instrumentalizar a un tercero. Con relación a la *coautoría*, es posible, en la medida que existan una pluralidad de intervinientes, codominando el hecho punible, por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, es decir, que, de manera concertada, existiendo un acuerdo previo y repartición de roles funcionariales, incurre en el pacto colusorio y en el perjuicio patrimonial, según el caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente se admite autoría directa, tanto en el delito de colusión simple y delito de colusión agravada, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

La figura delictual materia de análisis, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria),esto es, será participe el sujeto que, con anterioridad a la gestación del pacto colusorio, coopera con el plan del autor cualificado, respecto al verbo "concertar". La punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del

tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al instigador[108], tendrá responsabilidad en circunstancias que con anterioridad a la gestación del pacto colusorio haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, todo ello con la finalidad de incursionar en el verbo "concertar", ya sea en su dimensión simple o agravada, buscando en este último caso el perjuicio patrimonial estatal. La instigación también opera en los escenarios de estructuras criminales, en los cuales, el sujeto delictual, en la medida que no cuente con el deber específico en razón del cargo, pero que sin embargo ostenta una postura liderar, despliega influencia a sus subordinados, quien en la cadena de mando, se adscriben al plan delictual del jefe o líder de la organización criminal.

Además de los criterios desarrollados líneas arriba, es necesario precisar algunos supuestos de intervención delictual, considerando la tesis que se viene manejando en el presente trabajo.

a) No existe colusión simple o agravada entre cómplices, por cuanto es un delito de participación necesaria, esto es, delito de encuentro, necesitándose por mandato legal, la presencia de un intraneus (funcionario o servidor público) quien actúa a título de autor y, por otro lado, se requiere la presencia de un extraneus (interesados) quien responde a título de cómplice.

b) No es posible el delito de colusión simple o agravada entre funcionarios públicos que actúan en razón del cargo, por cuanto por mandato legal se requiere un intraneus y extraneus, situación propia de los delitos de encuentro.

c) En el delito de colusión simple, las formas de autoría (directa, mediata o coautoría) y las formas de participación (complicidad primaria, secundaria e instigación), tendrán contenido penal en la medida que operen antes de concretarse el pacto colusorio, caso contrario, nos encontramos en actos post consumativos sin relevancia penal, por cuanto en este extremo el delito resulta ser de comisión instantánea o mera actividad.

d) En el delito de colusión agravada, las formas de autoría (directa, mediata o coautoría) y las formas de participación (complicidad primaria, secundaria e instigación), tendrán relevancia penal en la medida que dicha intervención delictual aparezca evidenciada antes que se concrete el pacto colusorio y el perjuicio patrimonial, siendo una de las diversas modalidades delictuales.

e) En el delito de colusión agravada, las formas de autoría (directa, mediata o coautoría) y las forma de participación (complicidad primaria, secundaria e instigación), tendrán relevancia penal en la medida que habiéndose concreta-

108 En términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica lo siguiente: "Puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho". CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 560.

do el pacto colusorio entre el intraneus y extraneus, la intervención delictual aparezca manifiesta antes de concretarse el perjuicio patrimonial estatal, por cuanto, al tratarse de un delito de resultado, el tipo penal alcanza perfeccionamiento no solo con el pacto colusorio, sino que además se exige perjuicio patrimonial, en consecuencia, no se trata de actos posconsumativos.

f) En el delito de colusión agravada, la intervención delictual, tanto a nivel de autoría (directa, mediata o coautoría) y participación(complicidad primaria, secundaria e instigación), tendrá relevancia penal y quedará en grado de tentativa, en la medida que dichos intervinientes delictuales, con anterioridad a su intervención, hayan tenido conocimiento de la concreción del pacto colusorio entablado entre el intraneus y extraneus, siempre y cuando no se haya concretado el perjuicio patrimonial, por cuanto el delito de colusión agravada resulta ser un tipo penal autónomo y no una circunstancia agravante especifica.

g) En el delito de colusión agravada, la intervención delictual, tanto a nivel de autoría (directa, mediata o coautoría) y participación(complicidad primaria, secundaria e instigación), tendrá relevancia penal y quedará en grado de tentativa en la medida que dichos intervinientes delictuales, con posterioridad a la concreción del pacto colusorio entablado entre el intraneus y extraneus, hayan tenido conocimiento del escenario fraudulento aludido y subsecuentemente desplegados actos propios de su nivel de intervención, siempre y cuando no se haya concretado el perjuicio patrimonial, por cuanto el delito de colusión agravada, además de ser un tipo penal autónomo y no una circunstancia agravante específica, resulta ser un delito de resultado con tendencia interna transcendente.

VI. PENALIDAD

El artículo, materia de análisis, tiene dos nivel penológicos, el primero vinculado al delito de colusión simple, situación que aparece en la medida que el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado; según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El segundo nivel penológico, respecto al delito de colusión agravada, situación manifiesta en la medida que 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 castigado con pena privativa de libertad no menor de seis ni

mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

VIII. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES[109]

DENOMINACIÓN	TEMÁTICA	CRITERIO JURISPRUDENCIAL	EFECTO
R. N. N.° 3477-2010 Ica (Del 23 de marzo del 2011)	Dictamen pericial contable y pericia contable, que concluyen que no hubo perjuicio para el Estado, no son relevantes. Se ha acreditado en sede judicial que las contrataciones tuvieron una apariencia de legalidad, pero no real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos.	"[...] [Si] bien el dictamen pericial contable [...] y la pericia contable [...] concluyen que los procesos de adjudicación cuentan con la documentación sustentatoria, y que no existe perjuicio para el Estado, es claro advertir que las apreciaciones técnicas de estos exámenes en cuanto a la materialidad de delito colusión ilegal [cuyo bien jurídico protegido, es el patrimonio administrado por la administración pública, y la legalidad del ejercicio funcional] no son de necesidad relevante, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico-penal establecer la defraudación por vía de concertación fraudulenta en las adjudicaciones directas para contratar los servicios que requería la citada entidad edil agraviada, esto es, llevar adelante expedientes de proyectos de inversión, en cuyas acciones se benefició intereses privados propios o de terceros, lo que originó un perjuicio económico al Estado, y no respecto a que si documentalmente estuvo sustentado ese procedimiento fraudulento [...]. [...]. Sexto. [...] [Si] bien se trató de justificar documentalmente [las contrataciones], la calificación cuantitativa de esas ofertas y la contienda de tres o más participantes que le dio una apariencia de legalidad no fue real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos regulados por el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todo lo cual a efectos de justificar egresos para hacerse del dinero de la agraviada, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para que la administración pública contrate un postor previamente establecido, adulterando la realidad y aparentando que participaron válidamente otras empresas cuando esas no existían, conforme se concluyó técnicamente en las pruebas indicadas en el cuarto fundamento jurídico de esta resolución; que de esa forma defraudaron la correcta contratación de los mejores servicios para el Estado, lo que le originó perjuicio económico[824]	Jurisprudencia referencial

109 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 3477-2010 Ica*, Lima: 23 de marzo del 2011, f. j. n.° 4 y 6.
110 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2726-2012 Lima*, Lima: 21 de mayo del 2013, f. j. n.° 5 y 6.
111 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 2374-2013 Lima*, Lima: 22 de enero del 2014, f. j. n.° 9.

DENOMINACIÓN	TEMÁTICA	CRITERIO JURISPRUDENCIAL	EFECTO
R. N. N.° 2726-2012 Lima (Del 21 de mayo del 2013)	No se evidencia perjuicio económico ocasionado en contra del Estado. Informe pericial contable.	[En la colusión, se entiende] por "concertación" el acto de ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la administración pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta colusión debe contener el elemento de fraude [...]. Debe constituir una privatización de la actividad funcionarial del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los intereses privados y a sí mismos [...]. Sexto. [Es] correcto amparar la resolución' que aceptó el retiro de la acusación sustancial formulada por el representante del Ministerio Público, derivada del informe pericial contable [...] —prueba nueva—, realizada por los peritos judiciales [...], la cual fue sometida al contradictorio en el juicio oral [...]. [...] En consecuencia, de la documentación examinada y análisis de las operaciones realizadas en la adquisición de los seis aviones [...] con sus respectivos repuestos no se evidencia perjuicio económico ocasionado en contra el Estado peruano (Fuerza Aérea del Perú)[826].	Jurisprudencia referencial
R. N. N.° 2374-2013 Lima (Del 22 de enero del 2014)	La corroboración o no de la existencia de un delito, le corresponde al órgano de justicia. Informe técnico de entidad agraviada pretende librar de responsabilidad penal a los encausados por colusión desleal.	Como se observa de autos, el informe [técnico de la entidad agraviada] pretendió librar de responsabilidad penal a los encausados por el delito de colusión desleal, pretendiendo que la responsabilidad penal recaiga únicamente en [un] procesado, pero solo por el delito de usurpación de funciones; sin embargo, como se mencionó, este informe determina que existió perjuicio al patrimonio del Estado, por lo que debe resaltarse que la corroboración o no de la existencia de un delito, le corresponde al órgano de justicia y, en modo alguno, a un órgano de control institucional; más aún si es el juzgador el encargado por ley, para analizar la prueba recabada y actuada en el proceso, y concederle mayor o menor credibilidad según su sano juicio y criterio; así como por la utilización de las máximas de la experiencia, con las que orienta su decisión final [...]"[837].	Jurisprudencia referencial
Casación N.° 661-2016 Piura (Del 11de julio del 2017)	El perjuicio patrimonial en el delito de colusión agravada pertenece al desvalor del resultado, exigiéndose pericia contable para su acreditación.	En el delito de colusión agrava se requiere que el agente perjudique o defraude de manera efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor del resultado—. Una prueba idónea que permita establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene hacer la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.	Jurisprudencia vinculante

CAPÍTULO XII
PATROCINIO ILEGAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 385 CP)

El delito de patrocinio legal aparece registrado en el art. 385 del CP vigente, señalando lo siguiente:

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

II. ANTECEDENTES

El CP de 1991 incorporó por primera vez dicha figura delictual, por cuanto no aparece registrada en el CP de 1924, no presentando modificación alguna, durante su existencia, hasta la fecha.

III. TIPO OBJETIVO

El hecho punible del delito de patrocinio ilegal conforme indica, SALINAS SICCHA, se configura cuando el sujeto activo que tiene la condición de funcionario o servidor público, por sí mismo o por intermedio de un tercero, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses, legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración pública[1].

En ese sentido, a nivel del tipo objetivo, la figura delictual aludida presenta diversos componentes, entre ellos, respecto a los sujetos, conducta y los elementos concomitantes, los cuales serán analizados en los apartados siguientes.

---

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 347.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos encontramos fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

SALINAS SICCHA, respecto al sujeto activo, señala lo siguiente:

> No estamos ante un delito especialísimo en el cual el sujeto activo o agente debe tener alguna condición especial concreta. Solo estamos ante un delito especial. En efecto, solo se exige que el agente del delito de patrocinio ilegal tenga la condición de funcionario o servidor público. Esto es, cualquier funcionario o servidor público puede ser agente del delito en hermenéutica jurídica. En un hecho concreto no es necesario verificar la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Así no se verifique la relación funcional, el delito en hermenéutica igual se configura[2].

Por otro lado, ROJAS VARGAS, respecto al sujeto activo, señala que "la norma no requiere una clase determinada de funcionario o servidor. Por lo mismo, puede tratarse de cualquier funcionario o servidor en ejercicio de sus funciones (parlamentarios, jueces, fiscales, ministros, alcaldes, regidores, directores de educación, etc.)"[3].

Según el autor antes mencionado, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 21-2011, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 30 de mayo del 2012, se estableció lo siguiente:

> Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público [...] Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el derecho penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones. [...]. El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a sus particulares.

En ese sentido, podemos afirmar que, respecto al sujeto activo, el delito de patrocinio ilegal resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal precisa la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los

2 *Ibid.*, p. 354.
3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit., p. 300.

delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, encontramos las modalidades típicas, clase de delito y forma de ejecución, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

2.1. De los elementos típicos

El delito de patrocinio ilegal contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1.1. Del patrocinar

Según la RAE, el verbo "patrocinar", proviene del latín *patrocinări,* significando "defender, proteger, amparar, favorecer. Apoyar o financiar una actividad, normalmente con fines publicitarios". En ese sentido, el sujeto cualificado, defiende, patrocina o representa los intereses de particulares ante la administración pública, valiéndose de su calidad de su condición de funcionario o servidor público.

A nivel del sistema jurisprudencial, la Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N.° 00021-2011-06-1826-JR-PE-02, según Resolución N.° 5, del 30 de mayo del 2012, respecto al verbo rector "patrocinar", indica lo siguiente:

> El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la administración pública. No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder. El verbo rector "patrocinar" es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar. El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.). El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio[4].

En conclusión, en un caso concreto, el patrocinio puede ser formal o explícito, es decir, existiendo un apersonamiento expreso en un determinado proceso de diversa naturaleza, esto es, administrativo, penal, civil, comercial, arbitral, etc., por cuanto la norma prohibitiva no hace restricción alguna, únicamente se refiere que dicho patrocinio ilegal tiene que ser llevado ante la administración público, siendo así, el sujeto cualificado, puede patrocinar de manera onerosa o gratuitamente, por cuanto para efectos consumativos, no interesa la modalidad en la cual incurre el sujeto cualificado, por cuanto el reproche penal radica fundamentalmente en abusar del estatus de funcionario o servidor público.

4 CARO JOHN, *Summa penal,* 2.ª ed., ob. cit., p. 669.

2.1.2. De los intereses de particulares

En este extremo, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, defiende o patrocina los intereses de particulares, es decir, terceras personas, tanto naturales o jurídicas, quienes mantienen pretensiones en la administración pública, todo ello, valiéndose del cargo especial que ostenta el sujeto cualificado.

En ese sentido, a nivel del sistema jurisprudencial, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N.° 00021-2011-06-1826-JR-PE-02, según Resolución N.° 5, del 30 de mayo del 2012, se estableció lo siguiente:

> Se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la administración pública. Importa abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la Administración para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. Conducción que puede acontecer en los diversos niveles de la administración pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., sólo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la Administración, como por ejemplo si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal; pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares. Los funcionarios y servidores públicos han de guiar su actuación según la esfera axiológica, al asumir la investidura pública tienen el deber de servir a la comunidad, por tanto, el funcionario o servidor público encargado de una determinada labor, sólo debe tomar en cuenta los intereses generales para que la Administración funcione con eficiencia, dejando de lado cualquier interés subalterno tendiente a distorsionar la tarea pública, por ello se penaliza esta conducta que superpone los intereses de los privados sobre los estatales. Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor hagá mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades. Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que le permite la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado. Indistintamente a la modalidad que se adopte (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio. Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como, por ejemplo, si el juez ejerce como abogado ante otro juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera a la administración pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc. No debe tratarse de intereses propios ni de los intereses de la administración pública, ni de intereses de particulares que el funcionario debe proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, como por ejemplo el Defensor del Pueblo, etc. Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa. Tampoco exige el tipo penal una concertación con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente. En este último caso, la responsabilidad penal como partícipe del particular patrocinado queda descartada[5].

5 *Ibid.*, pp. 669 y 670.

2.1.3. Del valerse de la condición especial

El requisito mencionado resulta ser de suma importancia, por cuanto la finalidad de sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, utiliza el poder funcionarial propio del cargo con la finalidad de patrocinar los intereses de particulares, obteniendo sin lugar a dudas una postura ventajosa. Al respecto, SALINAS SICCHA, indica que "el hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de sujeto público. El agente actúa abusando del cargo público que ostenta"[6].

En ese sentido, a nivel del sistema jurisprudencial, la Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N.° 00021-2011-06-1826-JR-PE-02, según Resolución N.° 5, del 30 de mayo del 2012, estableció lo siguiente:

El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a particulares. Los actos de patrocinio indebido por efectuarse ante la administración pública, deben estar dirigidos hacia otro funcionario o servidor público, que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo. Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en éste de alguna manera. Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar a la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso, y eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios. Lo que se criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones). A la interpretación efectuada sobre este aspecto, el colegiado considera que también valerse del cargo implica presentarse en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas, en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, entre los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida[7].

2.2. Clase de delito

Según SALINAS SICCHA, el delito aludido, "es lugar común en la doctrina peruana considerar que, al tratarse de un delito de peligro, de mera actividad o de emprendimiento,

6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 351.
7 Cfr. CARO JOHN, *Summa penal*, 2.ª ed., ob. cit., p. 670 y ss.

se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio prohibidos"[8]. Por nuestra parte, compartimos con las versiones sostenidas por SALINAS SICCHA, es decir, se trata de un delito de mera actividad, por cuanto exige, para efectos consumativos, la presencia del verbo rector "patrocinar", el mismos que se trata de un verbo activo y de comisión instantánea, por lo tanto, resulta irrelevante, los actos de patrocinio en beneficio o perjuicio del tercero. Asimismo, el tipo penal, es un delito de peligro, por cuanto la técnica legislativa adelanta la barrera de punibilidad con la finalidad de proteger el bien jurídico, por lo tanto, será suficiente, para fines consumativos, poner en riesgo inminente la lesión al bien jurídico, siendo suficiente la creación de un peligro inminente.

2.3. Forma de ejecución

El delito de patrocinio ilegal resulta ser un delito de acción, por la misma naturaleza del verbo rector, esto es "patrocinar", por lo tanto, las formas omisivas (omisión propia o impropia) no pueden operar, es decir, además de la forma activa del verbo rector, se tiene que la figura de omisión propia aparece admitida en la medida que aparezca expresamente en el tipo penal, situación que no opera en el delito analizado. Por otro lado, la figura de omisión impropia o de comisión por omisión, en la cual se exige una posición de garante en razón del estatus cualificado, si bien en este extremo tenemos un sujeto cualificado con un deber específico, empero también es cierto que la figura de comisión por omisión funciona en los delitos de resultado y no así en los delitos de comisión instantánea, es decir, de mera actividad, como resulta ser el presente caso.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes contienen diversos puntos, conforme se viene indicando en otros apartados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, los mismos que serán tratados en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Resulta apropiada la tesis desarrollada por SALINAS SICCHA, quien indica lo siguiente:

> El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando de que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja v privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo[9].

De la misma forma, y con criterio ilustrativo, según el autor mencionado, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 21-2011, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 30 de mayo del 2012, se estableció respecto al bien jurídico lo siguiente:

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 355.
9 *Ibid.*, p. 353.

> [E]s el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventajas y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también, procurando el normal desempeño de funciones imparcial y libre de presiones de otros funcionarios[10].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva, a nuestro criterio, no tienen una estructura aplicable al delito de patrocinio ilegal, por la misma naturaleza estructural de dicha institución afín a los delitos de resultado los cuales aparecen determinados por el binomio "espacio-tiempo", situación distante al delito materia de análisis, por cuanto resulta ser delito de mera actividad y de peligro abstracto, sin embargo, conforme se viene indicando en diversos apartados, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto cierto sector de la dogmática jurídico penal viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[11].

IV TIPO SUBJETIVO

El delito materia de análisis, es de naturaleza dolosa, es decir, exige dolo directo, no siendo posible la forma culposa o delito imprudente, por cuanto la forma culposa tiene que estar expresamente consigna en el tipo penal, según señala el art. 12 del CP; en términos similares la sentencia recaída en el Exp. N.° 21-2011, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 30 de mayo del 2012, se estableció que: "El elemento subjetivo del tipo, es el accionar doloso del agente, pues el funcionario o servidor público actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, pese a lo cual desarrolla la conducta prohibida".

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores, pueden ser invocados en la medida que aparezcan expresamente señalados en el tipo penal, situación que no existe respecto al delito materia de análisis.

2. Tentativa

Siguiendo estrictamente las reglas de la dogmática penal, en la cual se indica que la tentativa no es posible en los delitos de mera actividad y delitos de peligro abstracto, por la ausencia del baremo "espacio-temporal", entonces, al haber asumido la tesis que

10 *Loc. cit.*

11 Véase, al respecto, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLES, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal,* vol. 11, n.° 22, Santiago: diciembre del 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2qIdfbW>.

el delito de patrocinio ilegal resultar ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, no sería posible el delito tentado.

3. Consumación

Desde, la óptica de los delitos de dominio, tenemos que el perfeccionamiento del delito de patrocinio ilegal opera en la medida que la conducta delictual del sujeto cualificado aparezca inmersa en el verbo rector "patrocinar", dicho verbo rector, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcanza la consumación en la medida que el agente delictual ejerza actos de patrocinio formal o informal, así como directa o indirectamente, buscando acceder, influyendo o presionando a otros funcionarios o servidores públicos avocados al conocimiento de la causa del patrocinado, dichos actos irregulares siempre serán desplegados en la medida que el sujeto cualificado se valga del estatus de funcionario o servidor público que viene ostentado.

4. Agotamiento

La figura agotada aparece evidenciada en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, habiendo ejercido actos de patrocinio a favor del tercero, logra la pretensión beneficiosa, es decir, obtuvo que el funcionario o servidor evocado a conocer la pretensión del tercero ceda a los actos de influencia o presión desplegados por el sujeto cualificado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de patrocinio ilegal contiene diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las clases de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, es decir, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento; y la *coautoría,* codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

Por lo tanto, en el delito de patrocinio ilegal, respecto a la *autoría directa*, aparece en la medida que el sujeto cualificado (funcionario o servidor público) domine la acción delictiva por sí solo, es decir, patrocine a un tercero frente a otros funcionarios o servidores públicos valiéndose del cargo que ostenta. Respecto a la *autoría mediata*, no es posible su admisión, por lo personalísimo de los deberes funcionariales. Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que la pluralidad de intervinientes, codominen el hecho punible, por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, para patrocinar a un tercero frente a otros funcionarios o servidores públicos.

6.2. Formas de participación

El delito de patrocinio ilegal, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, desde la óptica de los delitos de dominio, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria),esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado, respecto a patrocinar los intereses del tercero, por ejemplo, el sujeto cualificado a través de un extraño envía el mensaje influyente al funcionario que viene avocándose a la pretensión del patrocinado, en ese sentido, la punición del cómplice en un delito especial encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al instigador[12], tendrá responsabilidad en circunstancias que haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que obligue o induzca al tercero interesado, con el acto funcional, todo ello con la única finalidad de obtener el bien o promesa patrimonial indebida, situación que es plenamente posible en el caso concreto.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, tiene un nivel penológico, el mismo que opera en la medida que el sujeto cualificado, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, por lo tanto, de realizar ello, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

12 En términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica lo siguiente: "Puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho". CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 560.

CAPÍTULO XIII
RESPONSABILIDAD DE PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES PARTICULARES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 386 CP)

La figura típica de responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares aparece registrada en el art. 386 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 386.**
> Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías. (Artículo modificado por la Ley N.º 26643, del 26.06.96).

II. ANTECEDENTES

La figura delictual materia de análisis tiene como referencia el segundo párrafo del art. 345 del CP de 1924[1], posteriormente, encontrándose vigente el CP de 1991, mediante Ley N.° 26643, de fecha 26 de junio de 1996, sufre su primera y hasta hoy, única modificación, actualmente, su redacción aparece en los términos señalados líneas arriba.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal analizado, admite una técnica de redacción remisiva, es decir, nos remite al contenido de los arts. 384 y 385 del CP, esto es, los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, respectivamente. Por otro lado, SALINAS SICCHA, señala que para la aplicación práctica del contenido del tipo penal 386 debemos considerar que estamos ante dos supuestos distintos: el primero cuando se trata de colusión desleal, y el segundo cuando aparece el patrocinio ilegal[2].

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, encontramos fundamentalmente al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

---

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., p. 357.
2 *Loc. cit.*

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, es sumamente problemática la situación, por cuanto, el accionar del sujeto activo, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, depende del autor directo de los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, subsecuentemente, en puridad estaríamos ante un escenario de participación delictual, es decir, complicidad de los injustos penales previstos en los arts. 384 y 385 del CP, por lo tanto, la técnica de tipificación adecuada debió consistir en considerar estos supuestos como circunstancias agravantes de los citados artículos, o en su defecto no se debió crear ningún tipo penal específico, quedando aplicable las cláusulas de remisión previstas en los arts. 24 o 25 del CP.

Otro de los aspectos cuestionables, es la ubicación de la figura delictual analizado en los delitos cometidos por sujetos funcionariales, esto es, funcionarios o servidores públicos, quienes tienen una relación directa sustentada en deberes especiales que imponen supuesto de fomento o salvamento frente al bien jurídico, empero en el caso concreto los sujetos designados con los títulos de perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, no tendrían tal vinculación directa, por cuanto dichas condiciones aparece en los autores cualificados fijados en los delitos previstos en los arts. 384 y 385 del CP.

A pesar de los cuestionamientos expuesto, lo concreto es que el legislador admitió una figura delictual con sujetos cualificados independientes a los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual específico, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas. En ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> A efectos del artículo 386 del Código Penal solo pueden ser autores, agentes o sujetos activos del delito, aquellas personas que tienen la condición de perito, árbitro, contador particular, tutor (ejerce tutela de menores cuya patria potestad no ejercen los padres), curador (ejerce el cuidado v protección de un adulto declarado incapaz) o albacea (persona encargada de hacer cumplir la última voluntad del testador). Nadie más puede ser sujeto activo. Pero no puede ser cualquier perito, árbitro y contador particular sujeto del delito en hermenéutica, sino aquellos que tengan que ver con los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen. De igual modo no pueden ser autores del delito en comentario cualquier tutor curador y albacea, sino aquellos que tengan relación o implicancia con los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias[3].

De manera ilustrativa, ROJAS VARGAS[4] indica que los sujetos pasivos del delito son exclusivamente los particulares, por lo tanto, a continuación, se transcribe su argumentación, en los siguientes términos:

---

3 *Ibid.*, p. 306.

4 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., pp. 221-224.

a) *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.

b) *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.

c) *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.

d) *Tutores.* Personas que ejercen tutela (arts. 502 al 563 del CC), 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).

e) *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 funciones cuya transgresión importa deslealtad para con los intereses del "curado".

f) *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 CC.

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, nos remitimos a cada uno de los supuestos desarrollados en los arts. 384 y 385 del CP, esto es, los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, respectivamente.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, esta aparece vinculada a la estructura de los supuestos desarrollados en la estructura típica de los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal.

2.1. Del delito de colusión desleal

En el caso concreto, respecto al delito de colusión simple, se advierte que los sujetos activos, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, concertan con los interesados respecto a temas específicos propios de sus funciones para defraudar al Estado, todo ello, en un escenario de contrataciones públicas. Por otro lado, respecto al delito de colusión agravada, los mismos sujetos, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, concertan con los interesados con una finalidad perjudicial, es decir, con la intención de perjudicar el patrimonio del Estado, situación que para fines configurativos exige que se concrete dicho perjuicio, dentro de un contexto de concesiones o contrataciones públicas. En ese sentido, los detalles configurativos del delito materia de comentario aplica una técnica remisiva a los postulados fijados en los arts. 384 y 385 del CP, subsecuentemente el lector deberá remitirse a dicho capítulos con tal fin.

2.2. Del delito de patrocinio ilegal

En el supuesto específico, se advierte que los sujetos activos, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, despliegan su conducta con fines de patrocinar, influir o interceder ante un funcionario o servidor público quien se avocó a temas de interés del tercero patrocinado, todo ello en el desarrollo de la función de la administración pública.

IV. TIPO SUBJETIVO

Según el autor ROJAS VARGAS[5], necesariamente deberá de tratarse de comportamientos dolosos, que siguen las características típicas de los arts. 384 y 385. Las infracciones culposas carecen de relevancia penal. Las afirmaciones del autor aludido, tiene coherencia, es decir, la figura delictual exige un accionar dolo, específicamente, dolo directo, encontrándose proscrita la forma culposa, de conformidad con el art. 12 del CP.

V. CONSUMACIÓN

Concordamos con las afirmaciones del autor ROJAS VARGAS, quien indica que al ser el delito de colusión defraudatoria un delito de resultado, la equiparación hecha mediante el art. 386 supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá de que se produzca el perjuicio al Estado. 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].

Finalmente, las formas de autoría y participación delictual operan en los mismos términos que lo desarrollado en los arts. 384 y 385 del CP, esto es, los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, respectivamente.

5 *Ibid.*, p. 228.
6 *Loc. cit.*

VI. PENALIDAD

Por cuanto, nos encontramos mediante una técnica de remisión, por imperio del legislador, para determinar la pena deberá remitirse a los niveles penológicos previsto en los arts. 384 y 385 del CP, respecto a los delitos de colusión simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, respectivamente.

CAPITULO XIV
PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 387 CP)

El delito de peculado, tanto en su vertiente dolosa y culposa, aparece registrado en el art. 387 del CP vigente, señalando lo siguiente:

Artículo 387.

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa. (Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1243, del 22.10.16).

II. ANTECEDENTES

Conforme indica ROJAS VARGAS, el término "peculado" proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa "hurto de ganado". Continúa explicando el citado autor, en Roma, cuando el ganado era el bien más preciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término *peculado* para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio Romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatos* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos[1].

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., pp. 362-363.

En esa línea, SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> [E]l antecedente más reciente del tipo penal 387 lo constituye el artículo 346 del derogado Código Penal de 1924. El texto original del citado tipo penal del Código de 1991 fue modificado por la polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio del 2011, la misma que ha sido derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio del 2011[2].

De la misma forma, FRISANCHO APARICIO, indica lo siguiente:

> Como figura delictiva el peculado tiene su origen en la Lex Julia que llevaba por título: *peculatus et de sacrilegiis et de residuis*, La Lex Julia consideraba residuos las sumas o los bienes públicos que quedaban en poder de quien había ejercido una misión pública, que debían restituirse con la rendición de cuentas. Y lo mismo respondía a título de residuo quien retenía el dinero en su poder que quien lo usaba de modo distinto del encomendado.

Continúa indicando el citado autor:

> Para el derecho romano el patrimonio o pecunia del Estado era sagrado *res sacra*. por aquella fusión primitiva ente lo religioso y lo estatal, el culto de la pecunia del Estado era un delito capital, de derecho público, y recibió una denominación diferente al *furtum* común pues se le llamó *peculatus*.

Por último, FRISANCHO APARICIO, agrega lo siguiente:

> En el derecho romano estaban comprendidos dentro de la figura del peculado: la apropiación de dineros públicos, del oro o la plata de las minas imperiales y del botín; el hacer uso indebido de los dineros públicos al prestarlos; los comportamientos causales que constituían defraudaciones de los dineros públicos, como la acuñación de moneda por cuenta propia y no del soberano, por arte de los que estaban asignados al servicio de la casa pública[3].

III. TIPO OBJETIVO

La figura delictiva prevista en el art. 387 del CP regula dos figuras delictuales, la primera conocida como peculado doloso por apropiación y el delito de peculado culposo, con sus respectivas peculiares y supuestos de agravación, en ese sentido, conforme indica SALINAS SICCHA:

> [E]l tipo penal 387 regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado[4].

En las líneas siguientes, se desarrollare cada uno de los supuestos delictivos.

---

2 *Loc. cit.*

3 FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., pp. 325 y 326.

4 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., ob. cit., p. 364.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, encontramos fundamentalmente al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

Los autores NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, señalan que el tipo penal de peculado doloso por apropiación del art. 387 del CP corresponden a un delito especial, esto es, que solo puede ser realizado por algunas personas que reúnan cualidades o condiciones exigidas en el también denominado tipo cualificado por el agente[5]. El autor argentino ENRIQUE BACIGALUPO, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial[6]. Por otro lado, cierto sector de la doctrina española, entre ellos BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO y otros, sostienen que mientras los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier sujeto, los delitos especiales solo pueden ser realizados por algunos sujetos[7].

De la misma forma, ABANTO VÁSQUEZ, precisa que la delimitación estricta del sujeto activo del peculado es consecuencia de una adecuada interpretación del bien jurídico funcionamiento de la administración pública; éste solamente será afectado si el funcionario ataca el patrimonio del Estado mediante la violación de un deber de función específico, no constituye este ilícito penal la violación de deberes generales del cargo[8]. Por otro lado, ROCA AGAPITO señala que para ser autor del delito de peculado doloso por apropiación se deben verificar dos elementos; la cualidad de funcionario o autoridad pública y la relación específica con los caudales, los que se poseen por razón de la función[9].

Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito analizado, tanto en los supuesto delictuales de peculado doloso y culposo, resulta ser un delito de dominio, específicamente delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente[10]. Por otro lado, el supuesto de hecho, tanto

5 NOLASCO VALENZUELA, José y Érika, AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, t. I, Lima: Ara, p. 549.

6 NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 549.

7 *Loc. cit.*

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 336, citado por NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 550.

9 ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, p. 79, citado por NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 552.

10 Es necesario precisar que algún sector de la doctrina asume que el delito de peculado doloso aparece como delito especial impropio, teniendo como tipo penal común paralelo el delito de apropiación ilícita, personalmente, discrepamos de dicha versión, por cuanto, el delito de apropiación ilícita resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa, respecto al sujeto delictivo, registra un sujeto cualificado, esto es, "depositario", "comisionista", "administración", etc.; por lo tanto, la ley opera como fuente generadora del deber, por cuanto dichos títulos responde a un requisito *ad solemnita ten*, es decir,

en su modalidad dolosa y culposa, registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una institución especial, conocida como "administración pública", la cual contiene una norma de mandato de la cual derivan deberes positivos o deberes de mandato que obligan al sujeto cualificado a actuar de una manera específica en favor de protección del bien jurídico, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber, por lo tanto, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, subsecuentemente, dicha defraudación de naturaleza jurídica fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la misma transcendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "administración pública".

El sistema jurisprudencial recientemente viene adoptando con cierto fervor académico la tesis de infracción de deber en el delito de peculado, así tenemos, el R. N. N.° 2674-2009 Cajamarca, del 15 de julio del 2010, en el cual se indicó lo siguiente:

> [El] delito de peculado culposo [...] se configura cuando el funcionario o servidor público por su descuido da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función, esa infracción debe producir un resultado típico —pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero— y una relación de antijuricidad —esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado—; [...] los encausados [...] admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión [tampoco comunicaron a sus superiores de tal donación, no efectuaron el inventario respectivo y tampoco verificaron las cajas que recibía] [...], motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable [...][11].

De la misma forma, el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, plasmado en el R. N. N.° 615-2015 Lima (caso *Diarios chicha*), del 16 de agosto del 2016, establece lo siguiente:

> En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas [...]. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados —en este caso, de funcionarios y servidores públicos—, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente[12].

1.2. Sujeto pasivo

Existen diversas posturas sobre el tema, así tenemos, que para el autor SALINAS SICCHA solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la adminis-

---

formales, los mismos que versan sobre el sujeto activo y no así sobre el supuesto de hecho. En similar postura tenemos a PIZARRO GUERRERO, quien indica que se trata de un delito especial propio. PIZARRO GUERRERO, Miguel, *Delito de apropiación ilícita. Cuestiones sustantivas y procesales*, Lima: Jurista, 2006, p. 138.

11 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2674-2009 Cajamarca*, 15 de julio del 2010, f. j. n.° 4.

12 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 615-2015 Lima*, Lima: 16 de agosto del 2016, f. j. n.° 2 y 3.

tración pública en sus diversas manifestaciones: "No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este. No obstante, es necesario dejar establecido que, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado"[13]. Según el autor REÁTEGUI SÁNCHEZ, el sujeto pasivo en el delito de peculado:

> [E]s doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumar el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento[14].

Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Asimismo, tenemos el R. N. N.° 831-2013 Apurímac, del 8 de enero del 2014, mediante el cual, se estableció lo siguiente:

> El delito de peculado tiene como objeto de protección la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado, y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar fondos públicos. Para que se configure el delito, el agente debe apropiarse o utilizar, para sí o para terceros, los caudales o efectos cuya recepción, administración o custodia le hayan sido confiadas en razón a su cargo[15].

2. Elementos referentes a la conducta

Las figuras delictuales de peculado doloso y culposo contienen diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1. De los elementos materiales típicos del delito de peculado doloso

El delito de peculado doloso por apropiación presenta diversas modalidades típicas, los cuales constituyen elementos materiales del tipo penal que otorga contenido al delito citado, por lo tanto, considerando los lineamientos de la doctrina jurisprudencial registrada en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre del 2005, se estableció que tales elementos típicos aparecen vinculados a las modalidades de "apropiación" y "utilización" [16], en ese sentido, dichos elementos típicos son: a) la apropiación

13 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 404.
14 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal,* ob. cit., p. 255.
15 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 831-2013 Apurímac,* Lima: 8 de enero del 2014, f. j. n.° 3.
16 El f. j. n.° 7 del Acuerdo Plenario N.° 1-2005/CJ-116, indica lo siguiente: "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".

o utilización, b) caudales y efectos, y c) la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.

2.1.1. De la apropiación o utilización

Respecto al verbo "apropiarse", según la RAE, proviene del latín *appropriāre,* por lo tanto, el significado del término, implica "hacer algo propio de alguien. Aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente", en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien opera en razón del cargo específico, hace suyo los caudales públicos entregados para su custodia o administración, por lo tanto, el sentido del verbo "apropiarse", resulta ser ajeno al escenario de sustracción, por cuanto en este supuesto el sistema estatal entregó voluntaria y de una manera lícita dichos caudales o efectos públicos con la finalidad que el agente delictual cualificado optimice los servicios del sector público, empero defrauda la expectativa social de naturaleza normativa, otorgándole un destino diferente, es decir, el sujeto cualificado ingresa los caudales o efectos público a su esfera personal o a favor de otro, todo ello con animus *rem sibi habendi* (fines de apropiación).

El Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, indica que "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"[17]. En términos similares, el R. N. N.° 615-2015 Lima (caso *Diarios chicha*), del 16 de agosto del 2016, estableció lo siguiente:

> La apropiación consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el animus domine: ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia[18].

Respecto al verbo "utilizar", según la RAE proviene del latín *útileizar,* por lo tanto, el significando semántico consiste en "hacer que algo sirva para un fin. Aprovecharse de algo o de alguien". En ese sentido, el agente delictual, sin fines de apropiación, usa los caudales o efectos públicos otorgados en razón del cargo funcionarial específico, dotándoles de una finalidad distinta, obteniendo provecho con tal accionar. Debe precisarse que dicho supuesto no mantiene vinculación con la figura delictual de peculado de uso, previsto en el art. 388 del CP, por cuanto esta última figura se refiere al uso de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública, situación que no corresponde al supuesto de utilización previsto en el presente artículo materia de análisis, ya que la técnica legislativa hace referencia a caudales o efectos públicos, cuya naturaleza es distinta.

El Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto a la modalidad de utilización, indica que "[...] 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". De

17 Véase, al respecto, el f. j. n.° 7.c del Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116.
18 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 615-2015 Lima*, Lima: 16 de agosto del 2016, f. j. n.° 2.1.1.2.

la misma forma, el R. N. N.º 615-2015 Lima (caso *Diarios chicha*), del 16 de agosto del 2016, indica que "[l]a utilización estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"[19].

2.1.2. De los caudales y efectos

Respecto a los "caudales", inicialmente fueron vinculados al dinero[20], empero con el transcurso del tiempo dicho escenario fue extendido. Conforme indica la doctrina nacional, se entiende por caudales a "toda clase de bienes en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero"[21]. Con relación a los "efectos", se entiende a "todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc"[22]. En ese sentido, el criterio fundamental aparece evidenciado en la medida que los efectos tengan naturaleza tangible, factible de ser admitida en el tráfico documental; por lo tanto, las boletas, facturas, libros contables, etc., de naturaleza pública o privada no pueden ser objeto de tutelada en el delito de peculado y tampoco pueden ser considerados efectos del delito, por la impropiedad de ingresarlos al tráfico comercial.

El sistema jurisprudencial define los caudales y efectos en determinados casos, así tenemos el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116 y el R. N. N.° 615-2015 Lima (caso Diarios chicha), en las cuales se indica lo siguiente: "Los caudales, 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"[23].

2.1.3. De la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos

La relación funcionarial es el criterio determinante para efectos de consumación del tipo penal, en ese sentido, en los apartados siguientes se analizará los criterios vinculados a la temática.

2.1.3.1. De los orígenes e importancia de la relación funcional del sujeto activo

La relación funcionarial, constituye, para fines probatorios, el primer filtro para verificar la existencia o inexistencia del delito de peculado, doloso o culposo, en ese sentido —a nuestro entender— existen dos posibilidades por las cuales surge la relación funcionarial.

---

19 *Ibid.*, f. j. n.° 2.1.1.2.
20 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 12.
21 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., p. 381.
22 *Ibid.*, p. 382.
23 Véase, al respecto, el f. j. n.° 7.e y el f. j. n.° 2.1.1.2., respectivamente.

La primera, por *mandato legal*, es decir, será un dispositivo legal extra típico que otorgue o precise la relación funcionarial entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, así tenemos, las afirmaciones de BERNAL PINZÓN, quien indica que "el sistema legal, habilita al funcionario público, para que tenga disponibilidad jurídica o funcional de los caudales o efectos públicos entregados en razón del cargo"[24]; por lo tanto, dicho dispositivo legal puede ser una ley, directiva, reglamento, instructivo, etc.

La segunda, será el *acto dispositivo emitido por autoridad competente*, es decir, el sujeto cualificado entrará en contacto con los caudales o efectos públicos, y subsecuentemente tendrá disponibilidad jurídica, en la medida que otro funcionario público, quien ostentando el poder funcionarial legítimo —por cuanto se encuentra respaldado por el sistema legal que le otorga dichas prerrogativas en razón del cargo específico— habilita al agente delictual para que ejerza disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos públicos, conforme indica PARIONA ARANA, "la existencia de una disposición legal o de una orden [...] de autoridad competente, igualmente legítima la facultad de posesión o administración [...]"[25]. En ese sentido, nos encontramos en puridad ante un caso de delegación desconcentrada de funciones, debiéndonos conducir, para efectos de configuración, a la normatividad y las prerrogativas que ostenta el agente funcionarial delegante, según cada caso concreto; por ejemplo, existirá "acto dispositivo de delegación de funciones", cuando el gerente de administración de una entidad pública, responsable de la administración de los caudales públicos del sistema financiero —por encontrarse habilitado, funcionalmente, por el Reglamento de Organización de Funciones— autoriza, a un funcionario o servidor público de la misma entidad y responsable de la subgerencia de logística, la entrega de caudales públicos (dinero), para el cumplimiento de sus actividades funcionariales de su sector, en ese sentido, el subgerente aludido ostentara la relación funcionarial directa sobre los caudales públicos a título de administración.

En ese sentido, uno de los puntos más transcendentes del escenario consumativo del delito de peculado resulta ser la relación funcionarial, entre el sujeto activo y los caudales o efectos públicos, en ese sentido, el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, indica: "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"[26]; de la misma forma, el R. N. N.° 1081-2009 Lima, del 1 de julio del 2010, indica lo siguiente:

> [El] delito de peculado se configura cuando el sujeto activo —funcionario o servidor público— se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; que la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado; que por ello no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que

24 Cfr. BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá: Temis, 1965, p. 23.

25 PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de peculado como delito de infracción de deber*, Lima, 2011. Recuperado de <https://bit.ly/2Ip7P0E>.

26 Véase, al respecto, el f.j. n.° 7.a del mencionado Acuerdo Plenario.

> los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo [...] que, por tanto, la conducta desplegada por el agente debe generar desmedro o perjuicio patrimonial al Estado o sus instituciones[27].

Asimismo, el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, indica lo siguiente:

> Para la comisión del delito de peculado no solo es necesario comprobar la cualidad del autor, sino las otras exigencias típicas, como la "vinculación funcional" con el objeto. 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[28].

En términos similares, el R. N. N.° 382-2007, emitida el 21 de abril del 2008, estableció lo siguiente:

> [E]s considerado funcionario o servidor público, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos; del Estado, y en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos, que, en el presente caso, los encausados aludidos, además, de haber mantenido un vínculo contractual con el Estado, tenían por función recaudar dinero, el cual debía ser depositado en su integridad.

El escenario expuesto, nos permite afirmar que la relación funcionarial exige la existencia de un nexo o vinculación directa entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, dicha relación se constituye en un requisito *sine qua non,* es decir, una condición sin la cual el tipo penal deviene en inexistente, por cuanto sobre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, existe un deber de salvamento o de fomento frente al bien jurídico tutelado por la ley penal, dicho deber especial aparece impuesto o construido por una realidad preexistente al tipo penal, esto es, por normas extrapenales; por ejemplo, reglamentos, directivas, ordenanzas y en algunos casos por mandato expreso de la ley. Respecto a la temática aludida, el R. N. N.° 287-2013 Puno, del 24 de febrero del 2014, nos ilustra, indicando que "la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario en la comisión del delito de peculado debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como los reglamentos (ROF)".

De la misma forma, la *relación funcionarial* puede sustentarse de manera directa o indirecta, es decir, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, que, interviniendo en razón del cargo específico, puede encontrarse con acceso inmediato o mediato frente a los caudales o efectos públicos encomendados, empero, lo determinante para efectos consumativos, será la capacidad de disponibilidad que ostente el sujeto cualificado, así tenemos el R. N. N.° 3186-2014 Cusco, f. j. n.° 2.3. mediante el cual, se indica lo siguiente:

> Constituye delito de peculado, que el funcionario o servidor público efectué actos de disponibilidad, de un monto de dinero que le fue asignado, para un determinado fin —viáticos, gestiones municipales,

27 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1081-2009 Lima,* Lima: 1 de julio del 2010, f. j. n.° 6.
28 Véase, al respecto, el f. j. n.° 11 del mencionado Acuerdo Plenario.

> realización de actividades, entre otros—, lo que conlleva a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal.

De la misma forma, el R. N. N.° 287-2013 Puno, mediante el cual se precisa lo siguiente:

> Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud a los deberes o atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente. Por ello, cuando se menciona al término apropiación, este consiste en hacer suyos caudales que pertenecen al Estado, y disponer de ellos. Mientras que, en el supuesto de hacer uso de los efectos, se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien[29].

Asimismo, y de manera complementaria, respecto a la disponibilidad, el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, indica lo siguiente:

> 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) 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 probidad30.

En términos similares, el R. N. N.° 936-2014 Cusco, del 24 de agosto del 2015, señaló:

> [Asimismo] 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. Basta con que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público[31].

Bajo el contexto aludido, la relación funcionarial, constituiría un elemento normativo del tipo penal determinante, por cuanto dicha relación es de estricta base jurídica, subsecuentemente, el agente del derecho, específicamente, el juzgador, tendrá que recurrir a determinados juicios de valor, según cada caso concreto, a efecto de otorgarle sentido a dicha postura, por lo tanto, la inexistencia de dicha relación funcionarial advierte ausencia de contenido penal, así se viene pronunciado la Corte Suprema, en el R. N. N.° 615-2015 Lima, del 16 de agosto del 2016 (caso *Diarios chicha*), en el cual se indicó lo siguiente:

> El tipo penal de peculado hace referencia o un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmente concreto de la función pública "por razón de su cargo", es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito debe encontrarse en posesión (inmediata o mediata) del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional

29 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 287-2013 Puno*, Lima: 23 de julio del 2013, f. j. n.° 4.
30 Véase, el f. j. n.° 6 del mencionado Acuerdo Plenario.
31 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 936-2014 Cusco*, Lima: 24 de agosto del 2015, f. j. n.° 6.

específica. Por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado[32].

2.1.3.2. Del administrador de hecho

Existen diversas teorías que pretenden explicar el concepto de funcionario de hecho o administrador de facto, ante ello, OLAIZOLA NOGALES[33], indica los siguientes postulados:

a. *Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o doctrina de facto.* Aparece vinculada a la doctrina de facto, es decir, se trataría de la apariencia de legitimidad frente al público del título de habilitación del funcionario de hecho. Se le considera funcionario público para proteger a las personas que se relacionan con él de buena fe, creyendo la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal. Respecto a la citada teoría —conforme indica NAKAZAKI SERVIGÓN— es duramente criticada porque no diferencia el usurpador de funciones y el funcionario de hecho[34].

b. *Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal.* Define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo, es decir, el título de habilitación es el nombramiento nulo que se elabora a partir de un fundamento procesal, por lo tanto, la nulidad del acto jurídico administrativo requiere de la declaración de una autoridad a través de resolución administrativa o judicial, por lo que mientras esta no se produzca se considera al particular como funcionario público[35].

c. *Teoría de la protección a los terceros.* Demanda tres condiciones para que exista un funcionario de hecho: i) el cargo público deber tener existencia de iure o reconocida por la ley, ii) la persona debe estar en el ejercicio del cargo, iii) la apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.

d. *Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública.* Funcionario de hecho es el particular que sin título de habilitación nulo o irregular ejerce función pública en interés de la sociedad o en favor de la administración pública. La crítica aparece por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de facto: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la administración pública.

e. *Teoría de la buena fe subjetiva.* Se define al funcionario público como la persona que con un nombramiento aparentemente regular, jurídicamen-

32 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 615-2015 Lima*, Lima: 16 de agosto del 2016, f. j. n.º 2.1.1.2.a.
33 NAKASAKI SERVIGÓN, *El derecho penal y procesal penal*, ob. cit., pp. 362 y 363.
34 *Loc. cit.*
35 *Loc. cit.*

> te nulo, o en circunstancias excepcionales sin el mismo, ejerce de buena fe funciones públicas de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada. Continúa indicando, OLAIZOLA NOGALES, que, al funcionario de hecho, se le asignan las siguientes características: i) la existencia legal del cargo. No hay función pública sin cargo, ii) la posesión del cargo. El ejercicio del cargo es el título de habilitación del funcionario de hecho, iii) la posesión del cargo debe tener las siguientes notas: pacífica, pública (no clandestina) y continuada, iv) la apariencia de legitimidad del título o nombramiento. La persona que ejerce la función pública actúa de buena fe, es decir, cree en la legitimidad de su título de habilitación. Conforme indica NAKAZAKI SERVIGÓN, el título de habilitación del funcionario de hecho sería la posesión del cargo de buena fe[36].

En ese orden de ideas, el escenario materia de debate, se limita a los lineamientos del principio de legalidad, por cuanto, por imperio de la ley, y tenor expreso de la misma, se determina la vinculación legal entre el sujeto cualificado y la bien jurídico materia de protección, situación que no existiría en el caso del administrador de hecho. Un caso de referencia, resulta ser el R. N. N.° 1813-2003 Lima, del 14 de noviembre del 2003, en la cual se juzgó y condenó al exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), en su calidad de autor directo del delito de peculado doloso, por haber dispuesto indebidamente a favor de terceros, en su calidad de asesor del SIN, de fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia vinculados a la Caja de Pensión Militar.

Ante ello, respecto a la figura del administrador de hecho y del principio de legalidad, el TC, en la sentencia, de fecha 23 de noviembre del 2004, expedida en el Exp. N.° 2758-2004-HC/TC Lima, mediante el cual conoció la garantía constitucional de *habeas corpus*, presentado por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó lo siguiente:

> Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

De la misma forma, el TC resuelve la pretensión planteada por el recurrente, declarando infundada la demanda, en mérito a los siguientes fundamentos:

36 *Ibid.*, p. 364.

> El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto. [...]. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el art. 387 del CP.

A pesar de las argumentaciones expuestas, hasta la fecha no se ha desarrollado un nuevo criterio jurisprudencial, respecto a la temática del administrador de hecho en el delito de peculado u otro tipo penal paralelo, habiéndose optado por una tesis formal, propio de la literalidad del principio de legalidad.

2.1.3.3. De las modalidades vinculadas a la relación funcionarial

El delito de peculado doloso y culposo, exige que el sujeto cualificado —que ostenta la relación funcionarial con el bien jurídico materia de tutela— ingrese a dicha relación de salvamento, bajo un escenario de "percepción", "administración" o "custodia", conforme se detallará en las líneas siguientes.

A. De la percepción

Según el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto a la percepción, se indicó que "no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita"[37]. En otras palabras, la percepción implicaría el acto de liberalidad desplegado por la entidad estatal, respecto a los caudales o efectos públicos, los mismos que ingresan a dominio del funcionario o servidor público, para su respectiva disponibilidad, en razón del cargo específico asumido.

B. De la administración

Conforme indica, SALINAS SICCHA, administrar "significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego"[38].

En términos similares, el R. N. N.° 287-2013 Puno, del 24 de febrero del 2014, indica lo siguiente:

37 Véase, al respecto, el f. j. n.° 7.b del mencionado Acuerdo Plenario.
38 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 384.

> [L]a posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario en la comisión del delito de peculado debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como los reglamentos —ROF. Dicha posesión puede ser directa o indirecta pero siempre en virtud de deberes a atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente. Por ello, cuando se menciona el termino apropiación, este consiste en hacer suyos caudales que pertenecen al Estado y disponer de ellos[39].

El Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto al tema aludido, indica que "la administración, implica las funciones activas de manejo y conducción"[40]. En ese sentido, la "administración" coloca al sujeto cualificado en una relación directa con el bien jurídico, con la finalidad que le otorgue el destino correcto por el cual le fue encomendado los caudales o efectos públicos; por ejemplo, el gerente de administración y finanzas, habilitado por los instrumentos de gestión interna (ROF y MOF), mediante resolución, oficio, o memorando, autoriza la entrega de sumas dinerarias a favor del gerente de infraestructura, para que este último cumpla con la ejecución de determinadas actividades propias de su área, en ese sentido, éste último, para efectos de contenido penal, se apropia o utiliza los caudales o efectos públicos para sí o en sentido contrario a favor de un tercero.

C. De la custodia

La custodia, implica que el sujeto cualificado, en merito a la norma de mandato impresa en el supuesto de hecho, tiene la obligación de conservar, proteger, vigilar y generar un ambiente adecuado a efecto de poner a buen recaudo los caudales o efectos públicos otorgados bajo su custodia, así tenemos, el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, mediante el cual indica que "la custodia, importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos". Conforme se puede advertir, la custodia, es una de las modalidades mediante la cual se evidencia de manera palmaria la relación funcionarial de manera directa que ostenta el sujeto cualificado frente al bien jurídico materia de protección o custodia.

2.1.3.4. Del destinatario

Considerando los postulados fijados en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, se estableció lo siguiente: "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"[41]. En este supuesto, el tipo penal exige que la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos, tenga como destinatario el mismo sujeto cualificado o a favor de un tercero, respecto al primer supuesto, no existe problema alguno por la claridad de la redacción, es decir, el funcionario o servidor público, se apropia o utiliza para sí mismo los caudales o efectos públicos. Respecto al segundo supuesto, es decir, "para otro", advertimos que la técnica de tipificación no resulta ser casual o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, es decir, es perfectamente posible la admisión

39 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 287-2013 Puno*, Lima: 24 de febrero del 2014, f. j. n.° 4.
40 Véase, al respecto, el f. j. n.° 7.b del mencionado Acuerdo Plenario.
41 Véase, al respecto el f. j. n.° 7.d del mencionado Acuerdo Plenario.

de un tercero en el hecho punible, quien, sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso. Por lo tanto, el tercero destinatario de los caudales o efectos públicos, en la medida que actúe con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por cuanto su conducta aparece ligada al hecho punible del autor, encontrándonos ante un caso de complicidad primaria. En ese sentido, aparece oportuno el criterio jurisprudencial fijado en la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho, en la cual se indica lo siguiente:

> La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinario de esos fondos[42].

2.2. De los elementos típicos del delito de peculado culposo

El delito de peculado culposo marca un trato diferenciado respecto a la modalidad dolosa, a pesar que cumplen los mismos supuestos tipos configurativos, esto es, funcionario o servidor públicos, la relación funcionarial, los caudales o efectos públicos, la percepción entre otros más, empero se desarrollan algunas peculiaridades propias del escenario culposo, siendo una de las más importantes, la sustracción producida por tercera persona, todo ello producto del accionar negligente o descuidado del sujeto cualificado.

El Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto a la temática indica lo siguiente:

> 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[43].

De la misma forma, el criterio jurisprudencial vinculante expuesto, indica los presupuestos típicos del delito de peculado culposo, es decir, 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 de la siguiente manera:

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

42 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 841-2015 Ayacucho*, Lima: 24 de mayo del 2016, f. j. n.° 28.
43 Véase, el f. j. n.° 8 del mencionado Acuerdo Plenario.

> (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[44].

De manera complementaria, la Corte Suprema, precisó la forma y circunstancia cómo deber ser considerado el accionar negligente del sujeto cualificado, así tenemos el R. N. N.° 550-2011 Cusco, del 16 de septiembre del 2011, en el cual se indicó lo siguiente:

> [El] encausado en su condición de asistente administrativo de la entidad agraviada fue la persona que recibió el total de los bienes, entre ellos, las tuberías faltantes, en el [local señalado por la entidad] de donde iban a ser trasladados a las diferentes obras en las que iban a ser utilizadas [...]; [...] en consecuencia, es un hecho probado que los bienes materia de apropiación estaban bajo la custodia del citado encausado [...], de lo cual se aprovechó para consumar el ilícito penal [retirar irregularmente del local las tuberías], no habiéndose establecido que el retiro del citado material haya sido por orden expresa de alguna autoridad o que exista documento alguno en el que se ordenaba su recogimiento para ser utilizado en alguna obra [...]. Sexto. [En] relación al delito de peculado culposo, de la revisión de los autos se verifica que la encausada [administradora] y los encausados [jefes de las áreas de almacén y logística] actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus funciones al no haber tomado las precauciones debidas de supervisar el correcto manejo del material (tuberías) que fue recibido por su encausado [...]; que, en efecto, a dicha conclusión se arriba si se tiene en cuenta las funciones administrativas que dichos imputados debían cumplir conforme se aprecia del Manual de Organización y Funciones [de la entidad]; que el actuar negligente de dichos encausados permitió que el encausado [...] se apropie para sí y para un tercero de modo sistemático de los bienes del Estado [peculado doloso], generando un detrimento en su patrimonio, [pues] los tres imputados tuvieron la posibilidad de supervisar, vigilar y custodiar que los bienes del Estado sean debidamente retirados para las obras en las que debían utilizarse, empero, al no haber cumplido con sus funciones administrativas, permitieron su apropiación por parte de otra persona; que resulta irrelevante lo alegado por la encausada [administradora] en el sentido que con la entidad agraviada tenía un contrato de naturaleza civil y en dicha vía debe discutirse la controversia, en tanto ello no enerva su calidad de funcionaría pública, por ende, resulta responsable penalmente, en este caso, por el delito de peculado culposo, al no haber cumplido con los deberes para los cuales fue contratada[45].

Por otro lado, para fines de configuración delictual, la Corte Suprema viene otorgando a nivel culposo, un trato igualitario a los delitos de infracción de deber, así tenemos el R. N. N.° 2674-2009 Cajamarca, del 15 de julio del 2010, mediante el cual se indicó lo siguiente:

> [El] delito de peculado culposo [...] se configura cuando el funcionario o servidor público por su descuido da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función, esa infracción debe producir un resultado típico —pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero— y una relación de antijuricidad —esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado—; [...] los encausados [...] admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión [tampoco comunicaron a sus superiores de tal donación, no efectuaron el inventario respectivo y tampoco verificaron las cajas que recibía] [...], motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable [...][46].

---

44 Véase, el f. j. n.° 9 del mencionado Acuerdo Plenario.

45 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 550-2011 Cusco*, Lima: 16 de setiembre del 2011, f. j. n.° 5 y 6.

46 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2674-2009 Cajamarca*, Lima: 15 julio del 2010, f. j. n.° 4.

Asimismo, la Corte Suprema desarrolló un nuevo criterio jurisprudencial vinculante, respecto al delito de peculado culposo, así tenemos, el R. N. N.° 4500-2005 Junín, del 6 de septiembre del 2007, en dicho criterio jurisprudencial se desarrolló la estructura típica del delito de peculado culposo, bajo los siguientes argumentos:

> Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal que tipifica: "si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido" y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-l 16, del 30 de setiembre del 2005, 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[47].

2.3. Del perjuicio patrimonial

La estructura típica del delito de peculado, tanto doloso como culposo, no requiere expresamente la existencia de un perjuicio patrimonial concreto, como sí opera, típicamente, en el delito de colusión agravada, en la cual el perjuicio patrimonio es un elemento descriptivo del tipo penal, por tal motivo, BARRIOS ALVARADO, indica que "es un delito contra la administración pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus debes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la administración pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio 'patrimonial'" no es exigible para la configuración de este ilícito penal"[48]. En términos similares, mediante R. N. N.° 3174-2009 Junín, del 21 de septiembre del 2010, se indicó que en el delito de peculado culposo, no es necesaria la actuación de pericia técnica que acredite el perjuicio ocasionado a la entidad pública agraviada, así tenemos lo siguiente:

> [La] preexistencia de los bienes sustraídos [armas de fuego] están acreditados con las siguientes pruebas: i) copia fedateada del acta de entrega [...]; ii) copia fedateada del informe [técnico] [...]; que, en esa condición especial de funcionaria encargada de custodiar los indicados bienes, permitió su sustracción por parte de terceras personas, lo que está acreditado con los Informes [correspondientes], que concluyó en la ausencia de las indicadas [...] armas de fuego que estaban bajo custodia y responsabilidad de la indicada acusada; que estas pruebas gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia, pues no fueron cuestionadas en su aspecto fáctico —falsedad— ni en el contenido técnico —inexactitud—, y tampoco se aportaron pruebas o datos relevantes y no conocidos con entidad suficiente para restarle mérito al elemento probatorio antes evaluado; *que estando a la conclusión antes acotada es evidente que no es necesaria la actuación de pericia técnica alguna que acredite el perjuicio ocasionado a la agraviada, pues no cabe duda que la sustracción de esas armas de fuego y el retiro de la esfera de dominio de la agraviada le causa perjuicio material, todo lo cual es conteste con el criterio adoptado en el*

47 Véase, el f. j. n.° 4 del mencionado Acuerdo Plenario.

48 BARRIOS ALVARADO, Elvia, "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 85, Lima: mayo del 2010, p. 174.

> *Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-l 16* [...]. Quinto. [...] [En] el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado, pues el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo, en tanto el derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo actúa rigiéndose por el principio de lesividad, lo que *sí* se produce en un proceso penal [...], conforme lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre del 2007, que, por tanto, la sanción que mereció la encausada en el proceso administrativo sancionador en nada limita el despliegue del proceso penal[49]. [Cursiva agregada].

A pesar de lo expuesto, actualmente, determinados criterios jurisprudenciales vienen interpretando que el tipo penal de peculado, tanto en su forma dolosa y culposa, necesita, para efectos configurativos, la existencia de una pericia, todo ello, con la finalidad de identificar la naturaleza del sujeto interviniente, su relación funcionarial y vinculación con el bien jurídico, la procedencia e identificación de los caudales y efectos públicos y el perjuicio patrimonial concreto. Así tenemos el R. N. N.° 2028-2007 Tacna, del 19 de marzo del 2009, mediante el cual se indicó que en el delito de peculado es imprescindible acreditar la lesión al patrimonio público con la presencia positiva de la pericia contable, conforme se indica a continuación:

> [Constituye] una línea jurisprudencial definida el considerar acreditada la lesión al patrimonio público [en el delito de peculado] con la presencia positiva de la pericia técnica valorativa, no obstante, se advierte que en el presente proceso no se ha practicado dicha pericia contable que coadyuve a dilucidar el grado de participación de la referida encausada y el perjuicio económico que su comportamiento ha causado a la entidad agraviada[50].

De la misma forma, se tiene el R. N. N.° 253-2014 Ayacucho, del 30 de abril del 2015, donde se indicó que la pericia contable puede desvirtuar presunción de inocencia en el peculado, así lo señala a continuación:

> Quinto. Que la tesis de responsabilidad se acredita con la carta emitida por ARB, el 23 de agosto del 2000, en la cual informa al presidente del directorio de ENACO sobre algunas irregularidades que se estarían cometiendo en el interior de ENACG-Ayacucho; pues señaló que se estaría realizando una doble facturación [...]; este documento se condice con la declaración de dicha persona, quien señaló que el acusado PAQ no le entregaba las boletas de venta del día, es por ello que se constituyó a su escritorio donde halló las boletas de ventas emitidas; que al registrar las ventas se percató de que los números de las boletas de ventas se repetían y había duplicidad en sus emisiones y al ser contrastadas con las planillas de venta no coincidían en su contenido [...] este testimonio se refrenda con la copia certificada del informe [...], donde se admite que existen boletas de ventas fraudulentas, las que fueron utilizadas en el mes de abril del 2000; la copia certificada del informe [...] donde se señaló que el monto no registrado a favor de ENACO es tres mil doscientos ochenta y dos nuevos soles con noventa y tres céntimos; y el informe pericial elaborado por JGM [...], donde también se determinó que existe doble emisión de algunas boletas de venta, tanto en el mes de diciembre de 1999 como en abril del 2000. [...] Noveno. En consecuencia, al haberse enervado la presunción de inocencia que ostentaba el encausado recurrente al inicio del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 285, del Código de Procedimientos Penales, la sentencia recurrida se encuentra conforme a ley[51].

49 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3174-2009 Junín*, Lima: 21 de setiembre del 2010, f. j. n.° 4 y 5.
50 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2028-2007 Tacna*, Lima: 19 de marzo del 2009, f. j. n.° 4.
51 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 253-2014 Ayacucho*, Lima: 30 de abril del 2015, f. j. n.° 5 y 9.

2.3.1. De los informes periciales que sustentan el perjuicio patrimonial en el delito de peculado doloso y culposo

Conforme fue explicado en el capítulo de colusión agravada, se tiene que las pericias consisten en la aplicación de diversos métodos o técnicas de carácter científico, mediante los cuales, personas especializadas emiten sus opiniones con la finalidad de validar o contrastar determinadas hipótesis en un caso concreto. El f. j. n.° 6 del Acuerdo Plenario N.° 04-2015/CIJ-106, del 2 de octubre del 2015, respecto a la temática expuesta, indica lo siguiente:

> [L]a prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [...] ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia —y de las explicaciones del perito en el acto oral— sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos.

Por lo tanto, la pericia, para fines del proceso penal, opera como un medio de prueba, mediante el cual los sujetos procesales pueden demostrar sus teorías del caso, por lo tanto, para el delito de colusión agravada, se deberá recurrir a dicho medio de prueba para lograr su configuración. La pericia, según el Acuerdo Plenario N.° 04-2015/CIJ-106, contiene tres momentos, siendo los siguientes:

> La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla —es la percepción o reconocimiento del objeto peritado: actividad perceptiva—. b) El informe escrito —que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico—. Y c) la sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado[52].

2.3.2. De los informes de Contraloría General de la República como actividad pericial para acreditar el perjuicio patrimonial en el delito de peculado doloso y culposo

El Acuerdo Plenario N.° 04-2015/CIJ-106, del 2 de octubre del 2015, respecto a las clases de pericia posibles de ser incorporadas al proceso penal, indica lo siguiente:

> A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física

52 Véase el f. j. n.°11 del mencionado Acuerdo Plenario.

> de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell del 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica[53].

De la misma forma, el art. 172.1 del nuevo CPP[54] advierte la necesidad de recurrir a conocimientos especializados en la medida que sea necesario para esclarecer determinados asuntos. Al respecto, el Acuerdo Plenario 04-2015/CIJ-106 indica lo siguiente:

> No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172 del nuevo CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N.° 03-2012-CG/GCAL)[55].

Según el panorama expuesto, tenemos que indicar, conforme aparece desarrollado en el capítulo respecto al delito de colusión agravada, que los integrantes de las comisiones auditoras, resultan ser profesionales, portadores de conocimientos especializados sobre temas específicos, por lo tanto, dichas comisiones, aparecen integradas por un equipo multidisciplinario de profesionales, entre ellos, contadores públicos, ingenieros civiles, abogados, etc., quienes asumen el proceso de auditoria designado, por lo tanto, identificando el *thelos*, es decir, el espíritu de la norma procesal penal, registrada en el art. 173.1 y 173.2 del nuevo CPP[56], en el cual se establece el procedimiento para el nombramiento de peritos oficiales, así como la designación de la actividad pericial a los integrantes del laboratorio de criminalística de la PNP, de la Dirección de Policía Contra la Corrupción y del Instituto de Medicina Legal, por lo tanto, la Contraloría General de la República, al tratarse de un organismo autónomo vinculado al sistema nacional de control, conforme señala el art. 82 de la Carta Magna y habilitado para comunicar evidencias con contenido penal al Ministerio Público, conforme se advierte de la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, aprobada por Resolución de Contraloría N.° 349-2014-CG,

53 Véase los f. j. n.° 19 y 20 del mencionado Acuerdo Plenario.

54 La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

55 Véase los f. j. n.° 21 del mencionado Acuerdo Plenario.

56 El juez competente, y, durante la investigación preparatoria, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto, lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes. La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes.

y sus respectivas modificaciones[57], respecto a la "comunicación al Ministerio Público de hechos evidenciados durante el desarrollo de servicios de control posterior"; subsecuentemente los profesionales integrantes de dicha entidad, ostentan el título de "peritos oficiales", debiendo ser ofrecidos como tal en el proceso penal.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N.° 02-2007/CJ-106, del 16 de noviembre del 2007, señala que, respecto al proceso de designación de peritos, no será necesario su designación cuando se trata de determinados profesionales vinculadas a instituciones específicas, entre ellas, Contraloría General de la República, otorgándosele de esta manera el estatus de peritos oficiales a los diversos integrantes de las comisiones auditoras de dicha entidad, así tenemos lo siguiente:

> 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.

En términos similares, FRISANCHO APARICIO, respecto a considerar peritos oficiales al personal de Contraloría, indica lo siguiente:

> Tratándose de los auditores o servidores que ejercen la función de control en las distintas entidades del Estado y en representación de la Contraloría General de la República, lo propio es considerarlos como peritos oficiales, sobre todo porque la Contraloría no deja de ser un organismo estatal que desarrolla labor técnica y que, al mismo tiempo, tiene el deber de colaborar o prestar auxilio gratuito al sistema de justicia penal[58].

Por lo tanto, no cabe duda alguna, para otorgarles el estatus de *peritos oficiales* a los integrantes de las diversas comisiones de auditoria designadas por la Contraloría General de la República, dentro de un marco de control posterior o auditorias respectivas.

Por otro lado, tenemos que las actividades de Contraloría General, desarrolladas en un proceso de auditoría, cuentan con los conocimientos técnicos y métodos científicos exigidos en una pericia, conforme se puede evidenciar en el considerando 6.4 de la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, del 23 de julio del 2014, mediante la cual se incorpora la elaboración de la "carpeta de control"[59], como uno de los productos en el marco del

57 Las modificaciones más resaltantes resultan ser aquellas previstas en la Resolución de Contraloría N.° 595-2014-CG, del 19 de diciembre del 2014 y la Resolución de Contraloría N.° 351-2017.CG, del 20 de septiembre del 2017.

58 FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 212.

59 Según el considerando 6.3 de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, define a la carpeta de control, en los siguientes términos: "Es el documento que se origina a partir del requerimiento de información que formula el Ministerio Público y contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas

desarrollo de un servicio de control posterior, en la cual se señala: "Las evidencias comprenden toda la información obtenida mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoria, las cuales sirven para sustentar, de forma objetiva, los hechos advertidos en la carpeta de control". Dicho criterio aparece ratificado en el considerando 7.4.2 de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 351-2017-CG, de fecha 20 de septiembre del 2017, en la cual se establece: "Las evidencias constituyen la información obtenida durante el desarrollo del servicio de control posterior, mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoría, las cuales sirven para sustentar de forma objetiva los hechos contenidos en la carpeta de control".

De manera complementaria, conforme fue desarrollado en los lineamientos del capítulo de colusión agravada, y resulta de imperiosa necesidad reproducir dichos argumentos en la presente temática, por lo tanto, considerando los presupuestos del art. 178 del nuevo CPP, respecto al contenido de una pericia oficial, y realizando un análisis comparativo, con uno de los productos emitidos por la Contraloría General de la República, en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior, esto es, carpeta de control, se puede advertir que cumpliría con los presupuestos respectivos, conforme se mostrará en el cuadro comparativo siguiente:

PERICIA OFICIAL (ART. 178 DEL NUEVO CPP)	CARPETA DE CONTROL
1. El informe de los peritos oficiales contendrá: g) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. h) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. i) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. j) La motivación o fundamentación del examen técnico. k) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. l) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma. 2. El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje.	Según la Directiva N.° 004-2014-CG-PRON, aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 349-2014-CG, del 22 de julio del 2014, así como su modificación mediante Resolución de Contraloría N.° 351-2017-CG, mediante la cual se aprobó la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, de fecha 20 de septiembre del 2017. La carpeta de control, según anexo 1, contiene lo siguiente: I.- Antecedentes II.-Descripción del hecho evidenciado f) Sumilla g) Hecho evidenciado h) Normativa transgredida i) Perjuicio j) Relación de participantes III.- Evidencia Según Anexo 1, suscriben: d) Jefe del servicio de control e) Supervisor del servicio de control f) Especialistas del servicio de contro II.-Descripción del hecho evidenciado c) Sumilla (titulo o encabezado que indica el hecho evidenciado) d) Relación de participantes

transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, sin tipificar sus conductas. Los hechos contenidos en la Carpeta de Control deben estar relacionados con los hechos de la investigación fiscal para la cual es solicitada. La emisión de la Carpeta de Control constituye una medida excepcional en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior".

PERICIA OFICIAL (ART. 178 DEL NUEVO CPP)	CARPETA DE CONTROL
c) La motivación o fundamentación del examen técnico e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma. 2.- El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.	El considerando 6.3, de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Es el documento que se origina a partir del requerimiento de información que formula el Ministerio Público y contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, sin tipificar sus conductas. Los hechos contenidos en la carpeta de control deben estar relacionados con los hechos de la investigación fiscal para la cual es solicitada. La emisión de la carpeta de control constituye una medida excepcional en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior". El considerando 7.4.2 de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Las evidencias constituyen la información obtenida durante el desarrollo del servicio de control posterior, mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoría, las cuales sirven para sustentar de forma objetiva los hechos contenidos en la Carpeta de control". II.-Descripción del hecho evidenciado. d) Perjuicio ocasionado. El considerando 6.3, de la Directiva N.° 04-2017-CG-DPROCAL, señala: "Contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, ***sin tipificar sus conductas***". [Cursivas agregadas].

De manera complementaria, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales que dotan de valor científico y de suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia y justificar responsabilidad jurídico penal, así tenemos: la Cas. N.° 935-2005 Ica, del 24 de abril del 2007, mediante la cual se indica: "Que, en tal sentido, el informe antes referido (en virtud de carácter de prueba pre constituida) constituye un verdadero acto de prueba formalizado con anterioridad al inicio de este proceso y que tiene mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de su investigación"[60]. De la misma forma, se tiene el R. N. N.° 3700-2005 Ucayali, del 7 de diciembre del 2005, mediante el cual se señala que "el informe especial de la Contraloría General de la República tiene carácter de pericia institucional extraprocesal, y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente sea acompañada de la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia"[61]. Asimismo, se cuenta con el R. N. N.° 5667-2006 Lima, del 18 de abril del 2007, donde se señala que "el carácter de prueba pre constituida del informe especial de Contraloría General de la República, contratado con los demás medios de prueba, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícito materia del proceso"[62]. En términos similares, el R. N. N.° 1842-2016 Lima, del 06 de julio del 2017, indicó lo siguiente:

60 FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 231.
61 *Ibid.*, p. 232.
62 *Ibid.*, p. 233.

> Debe señalarse que el Acuerdo Plenario N.° 2-2007/CJ-11633; ha establecido en el considerando número 7, que la prueba pericial tiene un carácter complejo, pues consta de tres partes, el reconocimiento pericial, el dictamen o informe y finalmente el examen. Agrega que, cuando se trata de pericias emitidas por instituciones oficiales dedicadas a estos fines como la Contraloría General de la República que emite los denominados informes especiales, como en el caso concreto estos gozan de una presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia[63].

En términos similares tenemos el R. N. N.° 1184-2009 Lima, del 17 de agosto del 2010, que nos advierte que la inexistencia de pericia contable, puede ser suplida por un informe contable elaborado por la Contraloría General de la República, así lo señala en los siguientes párrafos:

> [El] informe efectuado por la Contraloría General de la República [ha establecido] la existencia de documentación incompleta de egresos e información bancaria —estado de cuentas bancadas, libros, talones de cheques— y falta de registros auxiliares —ante la inexistencia de análisis de cuentas—, [...] Décimo. [En] relación a la inexistencia de pericia contable, se agotaron las medidas pertinentes para su realización, conforme se advierte de las sesiones de audiencia [...]; [...] previa solicitud del fiscal superior, la Sala Superior dispuso desistir la concurrencia de los peritos y la realización de la pericia contable, estando a que en autos ya existe un informe contable elaborado por la Contraloría General de la República, el cual también fue ratificado durante el contradictorio [...]. En este orden de ideas, se tiene que la responsabilidad penal de los encausados se encuentra acreditada, al haberse apropiado de los caudales de la entidad edil agraviada, ocultando los montos mediante consignaciones de egresos en los libros contables sin adjuntar en algunos la documentación sustentatoria y en otros adjuntar documentación deficiente[64].

En situación similar a la expuesta, se cuenta con el R. N. N.° 591-2011 Huánuco, del 4 de abril del 2012, mediante el cual se indica las condiciones para que una prueba pericial esté apta para enervar la presunción constitucional de inocencia, por lo tanto, los informes emitidos por la Contraloría gozan del carácter de pericia institucional pre procesal, así lo ha señalado:

> [En] el expediente no se encuentra acreditada la culpabilidad del acusado [...] por los delitos de peculado, malversación de fondos y falsificación de documentos; que, en efecto, la única prueba que sustenta la incriminación del representante del Ministerio Público es el informe pericial [...] —no emitido por un órgano del sistema nacional de control— realizado en la investigación preliminar, es decir, antes del inicio formal del proceso [...]. Cuarto. Sin embargo, esa instrumental no constituye una prueba pericial apta desde el ámbito procesal probatorio para enervar la presunción constitucional de inocencia, pues no fue emitida por una institución oficial dedicada a esos fines y no se sujetó a ninguna de las normas procedimentales que regulan la práctica de la pericia procesal [...]; que es de acotar que en el ámbito investigado solo se otorga esa calidad a los informes emitidos por la Contraloría General de la República que gozan del carácter de pericia institucional preprocesal, y como tal, capaz de valorarse en la sentencia [...].Quinto. [Por] otro lado, ese informe pericial no fue ratificado y sustentado en el juicio oral por los especialistas que la emitieron —ni siquiera fue leído y debatido en el juicio oral o contradictorio—, lo que ocasionó la imposibilidad de que las partes procesales y el Tribunal Superior puedan interrogar a los expertos que la emitieron —uno de los principios básicos de la prueba pericial está constituida por la garantía de los principios de inmediación y contradicción, que conlleva a que las partes afectadas puedan preguntar y repreguntar a los peritos dictaminantes en defensa de sus respectivos interés—, así como se recortó la posibilidad que el acusado [...] pueda aportar la prueba de descargo pertinente, afectándose el derecho de defensa y el debido proceso[65].

63 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1842-2016 Lima*, Lima: 18 de abril del 2017, f. j. n.° 158.
64 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1184-2009 Lima*, Lima: 17 de agosto del 2010, f. j. n.° 4 y 10.
65 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 591-2011 Huánuco*, Lima: 4 de abril del 2012, f. j. n.° 3-5.

Finalmente, el art. 201-A del nuevo CPP señala que 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, dicha situación no solo habilita al Ministerio Público para iniciar una investigación penal, en mérito a dichos informes periciales o carpetas de control, sino que, además, dichas actividades periciales constituyen prueba pre-constituida, debiéndose ofrecer como tal al proceso penal. En ese orden de ideas, ante la pregunta planteada líneas arriba, no caber duda alguna, para afirmar que los resultados y evidencias obtenidas por las comisiones auditoras, habilitadas por la Contraloría General de la República, identificadas como auditorias de cumplimiento, informes técnicos especiales, carpetas de control, etc., resultan ser pericias oficiales.

2.4. De los viáticos en el delito de peculado

Los viáticos son aquellos desembolsos dinerarios, provenientes de los fondos públicos, entregados al funcionario o servidor público con la finalidad que cumpla una labor encomendada, provisionalmente, fuera de la localidad donde realiza sus actividades laborales, con la finalidad de viabilizar el ejercicio de la administración pública. Asimismo, SALINAS SICCHA, considerando los lineamientos de la Ley N.° 27785 (*Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*) y Ley N.° 28411 (*Ley del sistema Nacional de Presupuesto Público*) indica que los viáticos "son aquellos que comprenden la cobertura de los gastos de alimentación —desayuno, almuerzo y cena— hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión o servicio con carácter eventual o transitorio"[66].

Respecto a la temática, existen posturas dispares respecto al configuración típica del delito de peculado a través de viáticos, por un lado, tenemos la tesis de aquellos que indican la imposibilidad de admitir contenido penal en la no rendición de viáticos por parte de los sujetos cualificados, por cuanto, el viático tiene naturaleza fungible y al ingresar a la esfera privada del sujeto cualificado, obtendría naturaleza privada, por lo tanto, nos encontraríamos ante una falta administrativa y nunca con un contenido penal, en el caso que no exista rendición oportuna. En ese mismo razonamiento, el R. N. N.° 260-2009 Loreto, del 3 de marzo del 2010, indica que los viáticos, tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, así lo ha indicado en el siguiente párrafo:

> [Los] "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del "viático" que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecúa al supuesto típico al que alude el delito

66 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 385 y 386.

de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción de deber, puesto que, en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se le puedan exigir a los procesados[67].

De la misma forma, a favor de la tesis de responsabilidad administrativa, se tiene el R. N. N.° 907-2004 Tacna, del 26 de marzo del 2015, indica lo siguiente:

> Se considera necesario precisar, en qué consisten los viáticos. A criterio de este Supremo Tribunal, estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación —desayuno, almuerzo y cena—, hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio. Se le exige al favorecido que rinda cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos. La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus actividades y funciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la administración pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados. Consecuentemente, al recibir los viáticos el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. En definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal, como se pretende en la acusación68. [Cursiva agregada].

De manera complementaria, a favor de la ausencia de contenido penal, respecto al rubro de viáticos, tenemos el R. N. N.° 4212-2009 Amazonas, del 9 de febrero del 2011, en el cual indica lo siguiente:

> Que, respecto a las cuentas por rendir por concepto de viáticos, es palmaria la necesidad de reformar el criterio jurisprudencial que hasta la fecha han venido expresando los suscritos en cuanto a considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos; esto con el propósito de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y a nuevos criterios interpretativos, incluso, de la propia doctrina y, en virtud de ello, el derecho no se petrifique, toda vez que lo expresado en anteriores pronunciamientos por los suscritos no contienen fundamentos sacrosantos, empero, el cambio de criterio demanda una especial justificación que se desarrollará en los siguientes párrafos; que, en ese sentido, en el caso de los viáticos, además de acreditarse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, debemos entender por "percepción" la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; por "administración" debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por "custodia", la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos [...]. Sétimo. Que, el término "viáticos" constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional; por lo tanto, los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en éste subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del "viático ' que se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del

67 CARO JOHN, *Summa penal*, 2.ª ed., ob. cit., p. 686.
68 Véase el f. j. n.° 8.b. del mencionado Recurso de Nulidad.

> ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado. Octavo. Que, respecto al delito de peculado culposo imputado a los procesados [...] se tiene que para su configuración debe acreditarse: i) el agente tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional - poder de vigilancia y control sobre los bienes); ii) el agente se comporta negligentemente respecto a su deber de vigilancia y control sobre los bienes estatales; y, iii) esta negligencia permite que un tercero se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración; que, respecto de las cuentas que no constituyen un supuesto de viáticos, se tiene que del examen del expediente no se ha logrado acreditar la tipicidad del delito de peculado al no haberse acreditado, por el lado objetivo, la capacidad de disposición de los bienes estatales ni mucho menos su apropiación por parte de los procesados. ATG era director municipal y SHB era jefe del área contable, siendo fundamental la aplicación al caso concreto el filtro de la prohibición de regreso, todo lo cual impide imputarles objetivamente la conducta típica de peculado culposo; que, de otro lado, no se ha acreditado una infracción del deber, puesto que, en aplicación del principio de confianza, se tiene que estos procesados tenían a su cargo a personal, los cuales les proporcionaron información de la que ellos no podían desconfiar, siendo que tampoco se encontraban en la capacidad de advertir las omisiones por parte del personal subordinado, por lo que no se ha acreditado el comportamiento negligente imputado a los procesados ATG y SHB; consecuentemente, para este Supremo Tribunal las conductas desplegadas por los mencionados procesados no se subsumen en el supuesto de hecho del delito de peculado culposo; que, respecto a las cuentas por viáticos, se tiene que al ser el objeto del delito (viáticos) un supuesto no típico, este Supremo Tribunal no puede realizar un análisis más profundo, puesto que la conducta imputada, incluso si es a título de imprudencia, es siempre atípica, tal como se desprende de lo señalado en el considerando sexto de la presente Ejecutoria Suprema, por lo que el accionar de los procesados resulta atípico, máxime si se toma en cuenta que el artículo VII del título preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad jurídico-penal objetiva[69].

Por otro lado, se tienen aquellos, que asumen la tesis que la apropiación de sumas dinerarias otorgadas a título de viáticos tendría contenido penal, en la medida que el sujeto cualificado no haya rendido oportunamente los viáticos o habiendo cumplido, los rindió con documentación adulterada o falsa, en ese sentido, la responsabilidad radica en que los viáticos tenían la naturaleza pública a pesar de haber ingresado a la esfera privada del sujeto cualificado. En esa línea tenemos el R. N. N.° 3186-2014 Cusco, del 13 de julio del 2015, en la cual indica lo siguiente:

> [E]s criterio mayoritario de la doctrina, que los viáticos constituyen fondos públicos, frente a los cuales, el funcionario o servidor público, tiene el deber de administrar correctamente, disponiendo o haciendo uso del mismo de manera correcta, dándole el destino para el cual le han sido confiados; caso contrario, el Estado pierde disponibilidad del patrimonio público al no cumplir su finalidad propia y legal. Es cierto que el agente público ha recibido el viatico para que lo administre en su directo beneficio personal, pero también es cierto que la administración y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada, y si no realiza gestión alguna, cualquier gasto significa apropiación de los caudales públicos, en tanto que la demora en el retorno de lo no gastado implica la utilización de dichos fondos[70].

Por nuestra parte, consideramos que, es perfectamente posible sustentar responsabilidad penal por concepto de viáticos en el delito de peculado doloso y no así en la forma culposa, por cuanto, respecto a la forma dolosa. En *primer orden*, los viáticos tienen naturaleza pública y no privada, toda vez que para fines del delito de peculado

69 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 4212-2009 Amazonas*, Lima: 9 de febrero del 2011, f. j. n.° 6-8.
70 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 3186-2014 Cusco*, Lima: 13 de julio del 2015, f. j. n.° 2.2.

es necesario que provengan del sector público, situación que no puede ser negada. En *segundo lugar*, los viáticos tendrían el estatus de caudales públicos, por cuanto, conforme fue explicado líneas arriba, los caudales tratan de toda clase de bienes en general, muebles e inmuebles, dotados de valor patrimonial, subsecuentemente, el dinero público, contenido en los viáticos, tiene afinidad conceptual a los caudales públicos. En *tercer lugar,* si bien es cierto que los viáticos son trasladados a la esfera de dominio personal del sujeto cualificado, dicho acto de liberalidad conlleva a una percepción con fines de administración, es decir, el sujeto cualificado recibe los viáticos con la finalidad de cumplir las labores encomendadas, dicha actividad aparece vinculada con la administración pública y no así con esferas personales o privadas del funcionario o servidor público, a pesar que dicho sujeto cualificado gaste los viáticos en beneficio personal, por ejemplo, comida, hospedaje, pasajes, etc. La afirmación aludida, puede ser advertida con meridiana claridad, por cuanto los viáticos no son bonos, emolumentos, donaciones, etc., por el contrario se trata de dinero público entregado al sujeto cualificado para el cumplimiento de una labor vinculada, directa o indirectamente, a la función pública, por tal razón, existe la obligación de rendir el gasto ante la administración pública, representada por la entidad que dispuso la entrega de los viáticos. En ese sentido, es inviable que el sector público entregue sumas de dinero a título de viáticos para que funcionarios o servidores públicos puedan solventar sus gastos durante su respectivo periodo vacacional. En *cuarto lugar*, el sujeto cualificado, al encontrarse obligado a rendir el gasto de los viáticos —obligación que deberá ser cumplida dentro del término o plazo fijado por los instrumentos de gestión de cada entidad pública— nos permite advertir la existencia de la relación funcionarial directa con los caudales públicos, por cuanto el acto de rendición advierte una obligación propia de la norma de mandato, inmersa en el supuesto de hecho del delito analizado, norma de mandato presente en todos los supuestos del delito de peculado doloso o culposo, situación que al ser incumplida, en este caso por no rendición o por rendición defectuosa, el sujeto cualificado estaría infringiendo el deber especial al cual se encuentra obligado.

Existen supuesto en los cuales es posible admitir responsabilidad penal, en el contexto de una utilización indebida de los viáticos, así tenemos los siguientes:

a) El agente cualificado, habiendo recibido viáticos, los rinde dentro o fuera del plazo impuesto, por los instrumentos de gestión o normatividad existente, utilizando documentos (boletas, facturas, recibos por honorarios, etc.) falsos.

b) El agente cualificado, habiendo recibido viáticos, los rinde dentro o fuera del plazo impuesto por los instrumentos de gestión o normatividad existente, utilizando documentos (boletas, facturas, recibos por honorarios, etc.) adulterados.

c) El agente cualificado, habiendo recibido viáticos, los rinde fuera del plazo impuesto por los instrumentos de gestión o normatividad existente, utilizando documentos (boletas, facturas, recibos por honorarios, etc.) originales, empero no corresponden a la fecha o periodo para el cual fueron dispuesto los viáticos.

d) El agente cualificado, habiendo recibido viáticos, los rinde fuera del plazo impuesto por los instrumentos de gestión o normatividad existente, utilizando un medio de pago directo, esto es, sin comprobantes de pago (boletas, facturas, recibos por honorarios, etc.).

Las razones por las cuales se sustentaría responsabilidad jurídico penal en los supuesto señalados, radica, fundamentalmente, en la lesión al deber especial impuesto en el sujeto cualificado, es decir, el delito de peculado al pertenecer a la categoría de los delitos de infracción de deber, el tipo penal se perfección con la lesión al deber especial, esto es, deber de probidad y lealtad que ostenta todo funcionario o servidor público, por lo tanto, la devolución del dinero, propio del concepto de viáticos, resulta irrelevante, por cuanto el bien jurídico aparece afectado con la lesión a la norma de mandato vinculada al deber especial.

Por otro lado, precisamos que, no es posible el delito de peculado doloso en su vertiente "custodiar", por cuanto, los viáticos tienen una naturaleza fungible, es decir, son entregados para ser utilizados o empleados en la labor encomendada y no así para custodiar o proteger dichos caudales. De la misma manera, tampoco es posible la consumación del delito de peculado en la medida que el sujeto cualificado rinda los viáticos fuera del plazo o tiempo fijado por los instrumentos de gestión interna de cada entidad, esto es, reglamentos, directivas, instructivos, etc., siempre y cuando el servicio o labor encomendada se haya ejecutado durante el tiempo y en el lugar para el cual fueron entregados los viáticos, por cuanto, el derecho penal, resulta ser un instrumento de control formal, el mismo que aparece limitado por determinados principios, uno de ellos el principio de mínima intervención así como su naturaleza de *ultima ratio*.

De la misma forma, consideramos que no es posible el delito de peculado a nivel culposo, por concepto de viáticos, por cuanto, el verbo "apropiar", en este caso, resulta ser el elemento fundante en el injusto penal, es decir, pretender sustentar el injusto penal a través de un accionar negligente, por parte del sujeto cualificado, desnaturalizaría la naturaleza fungible y personalísimo de los viáticos, por lo tanto, en el supuesto hipotética que exista un accionar negligente del sujeto cualificado y sufra la pérdida de los viáticos, no podrá responder penalmente por no haber custodiado correctamente el dinero, toda vez que dicha pérdida dineraria producto de un accionar descuidado del sujeto cualificado, no afectaría la correcta administración pública, sino directamente la operatividad del sujeto cualificado encargado de la percepción de los viáticos, siendo de su entera y única responsabilidad el cumplimento de la labor encomendada, sin embargo, la administración pública resultaría afectada en la medida que el sujeto cualificado, habiendo sufrido la pérdida de los viáticos, por efecto de tercero, no cumpla con la labor encomendada y la rendición respectiva del viático, infringiendo su deber especial, en ese sentido, en puridad, estaríamos ante la presencia del tipo objetivo, empero, considero que dicha situación podrá ser subsana, en la medida que se demuestre la pérdida aludida, invocándose los criterios de mínima intervención del derecho penal y de menor lesividad. Estos últimos criterios vienen siendo aceptados por la Corte Suprema en el delito de peculado, así tenemos, el

R. N. N.° 3763-2011 Huancavelica[71], del 29 de enero del 2013, y el R. N. N.° 3756-2009 Piura, del 12 de octubre del 2010, en este último supuesto, se indicó lo siguiente:

> Que, por tanto, la falta de entrega de la hoja de liquidación a la autoridad competente no genera por sí sola una conducta sujeta a reproche penal, pues a la par debe acreditarse el perjuicio netamente patrimonial que dicho proceder causó, sin embargo, al no advertirse el mismo resulta atípico pues, en todo caso, el incumplimiento en la entrega de la hoja de liquidación y sus consecuencias negativas corresponderían dilucidarse en el proceso administrativo sancionador; que, por lo demás, el tema sujeto a controversia carece de la entidad suficiente como para ser desarrollado dentro del ámbito de un proceso penal, en atención al principio de intervención mínima o última ratio que lo rige [el derecho penal es el último recurso al que se debe acudir a falta de otros medios lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse, en ciertos' casos, con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso y no debe utilizarse, e incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde sean suficientes los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el derecho penal, pues su intervención —con la dureza que sus medios implican— sería innecesaria y, por tanto, injustificable] y al carácter fragmentario del mismo [el llamado carácter fragmentario del derecho penal sostiene que no se trata de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas la conductas lesivas a los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes], los cuales constituyen el límite formal de ius puniendi[72].

La Corte Suprema desarrolló un escenario de viáticos por distracción en el delito de peculado, así tenemos, el R. N. N.° 3632-2004 Arequipa, del 20 de septiembre del 2005, en el cual se indicó lo siguiente:

> [Sin] duda, rectificando lo sostenido en el fallo de instancia, se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios: *que la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero.* Sétimo. Y que, en cuanto a los viáticos concedidos a dos funcionarios sin que exista —ni se haya exigido— la rendición de cuentas correspondientes, ese hecho no constituye delito de peculado, pues no implican actos de apropiación o de distracción y ni siquiera se atribuye su entrega vulnerando el derecho presupuestario, por lo que tal conducta configura en todo caso un injusto administrativo por falta de cuidado en el control de la rendición de cuentas a cargo de los funcionarios a quienes se proporcionaron los viáticos[73].

2.5. De la forma agravada

El art. 387 del CP establece dos niveles de agravación; la primera, recurre a un sistema de cuantificación, es decir el valor de lo apropiado o utilizado, tiene que sobrepasar las *diez unidades impositivas tributarias*; el segundo nivel de agravación, opera en la medida que los caudales o efectos públicos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

Respecto al primer supuesto, el baremo es cuantificable objetivamente, debiéndose recurrir a una norma de carácter extrapenal para dotar de contenido significado al tipo penal agravado, en ese sentido, actualmente, según el D. S. N.° 380-2017-EF, para el año 2018, corresponde al monto de S/ 4 150,00 (cuatro mil ciento cincuenta y 00/100

71 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3763-2011 Huancavelica*, Lima: 29 de enero del 2013, f. j. n.° 7-11.
72 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3756-2009 Piura*, Lima: 12 de octubre del 2010, f. j. n.° 4.
73 SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad. N.° 3632-2004 Arequipa*, Lima: 20 de setiembre del 2015, f. j. n.° 5.

soles), en ese sentido, en la medida que el monto apropiado o utilizado supere la suma de 41,500.00 (cuarenta y un mil quinientos soles) estaremos ante la forma agravada.

Con relación al según supuesto, esto es, que los caudales o efectos públicos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social, por lo tanto, se entiende por fines asistenciales, a cualquier actividad que busca asistir a la población en estado de necesidad, por lo tanto, la necesidad opera en diversas, económicas, educativas, alimentarias, etc., en ese contexto, el sujeto cualificado, se apropia o utiliza para sí o para otros, los caudales o efectos que fueron destinados a la determinación población en estado de necesidad. Respecto a los programas de apoyo o inclusión social, se refieren a los diversos diseños o proyectos que fueron plasmados y aprobados producto de la gestión de Estado, los mismos que tienen un escenario permanente por contar con un presupuesto institucional, en ese sentido, el sujeto cualificado se apropia o utiliza los caudales o efectos destinados a dichos programas de asistencia social.

2.6. Clase de delito

El delito de peculado, tanto en modalidad dolosa y culposa, desde la óptica de los sujetos, conforme aparece mencionado líneas arriba, resulta ser un delito especial propio y de infracción de deber, por otro lado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio- tiempo", evidenciándose en su estructura el desvalor de la acción y del resultado, respectivamente.

2.7. Forma de ejecución

El delito de peculado, doloso y culposo, puede ejecutar por acción, en razón de los verbos comisivos de acción, es decir, "apropiarse" y "utilizar". Respecto a la forma omisiva, se tiene que con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, además de la naturaleza activa de los verbos rectores, para admitir la figura delictual de omisión propia, se requiere que se encuentre expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el art. 387 del CP; con relación a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuanto, dicha modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el sujeto cualificado, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que, sobre el autor, versa una postura de garante en razón de la norma de mandato impresa en el supuesto de hecho, debiéndose identificar, según cada caso concreto, la existencia de los presupuesto adicionales a la postura de garante, esto es, actuar precedente, contrato y ley. Asimismo, un argumento adicional, para justificar la figura de omisión impropia, resulta ser la naturaleza del delito, esto es, el peculado doloso y culposo, resulta ser un delito de resultado, situación afín para admitir la aplicación de la postura de garante vinculada a la omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

Existen diversos supuestos en el rubro conforme serán explicados en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

En la doctrina, conforme indica ROCA AGAPITO existen distintas posiciones sobre el bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado[74], entre ellas tenemos: a) El peculado como un delito de carácter netamente patrimonial; b) El peculado como un delito cuyo contenido de injusto se agota en la infracción de un deber del cargo; y c) El peculado como un delito de naturaleza pluriofensiva.

En ese sentido ABANTO VÁSQUEZ, de las tres posiciones señaladas, destaca la última; el peculado como delito de naturaleza pluriofensiva: el bien jurídico está formado por distintos aspectos (el patrimonio público y la administración pública)[75]. Según el autor, en la Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.° 4423-2007, emitida el 5 de marzo del 2008, se estableció lo siguiente:

> [T]eniendo en cuenta la naturaleza del delito, en el cual el bien jurídico tutelado es la recta funcionalidad de la administración pública, que debe estar encaminada a la correcta utilización de los caudales o efectos del Estado, más aún cuando se tratan de aquellos destinados a fines asistenciales o de apoyo social, el informe pericial contable es determinante para establecer la comisión y responsabilidad penal del delito[76].

Asimismo, en el R. N. N.° A. Y. 23-2001-09 (caso *Alberto Fujimori*), del 18 de julio del 2011, se estableció lo siguiente:

> El objeto de protección del delito de peculado constituye un bien jurídico de carácter colectivo —supra-individual— clásico, no abarcado por la aludida nueva tendencia expansionista de intervención penal. Así, la infidelidad de los hombres de Estado respecto del patrimonio público que administran, constituye objeto de protección por el derecho penal de larga data, desde la *Lex Julia* en Roma —*peculatus et de sacrilegios et de residáis*— hasta los códigos penales de la Francia de mil ochocientos diez, Alemania de mil ochocientos setenta e Italia de mil ochocientos ochenta y nueve, los que constituyen antecedentes nacionales de la regulación nacional, especialmente la italiana.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva, son perfectamente admisibles en el delito de peculado doloso y culposo, por la misma naturaleza afín a los delitos de resultado, por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal, según cada caso concreto; es decir, se deberá tener en cuenta que la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado —nexo causal—), se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo:

- *Imputación objetiva de la conducta*[77]*. En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse ex ante* al resultado lesivo.

---

74 NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 535.
75 *Loc. cit.*
76 *Ibid.*, p. 129.
77 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:
1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.

- *Imputación objetiva del resultado*[78]. La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post.*

Por lo tanto, se deberá aplicar dichos criterios, según cada caso concreto.

IV. TIPO SUBJETIVO

Respecto al primer presupuesto, se requiere que el agente delictual cualificado actué con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad, en ese sentido, según SALINAS SICCHA, el peculado en su totalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado, en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto[79]. Es decir, se requiere dolo directo, para incursionar en los verbos rectores "apropiarse" o "utilizar", de la misma forma, el tipo penal advierte un escenario intenso en el dolo, es decir se requiere que el agente obre con *animus rem sibi habendi* (ánimo de apropiarse de los caudales o efectos públicos).

2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.
3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

78 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:
1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,
3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.
5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

79 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 405.

En este mismo extremo, recientemente, se cuenta con un pronunciamiento de la Corte Suprema, mediante el cual se indica que se requiere la presencia de un dolo con representación, es decir, dolo eventual; así tenemos el R. N. N.° 525-2015 Ayacucho, del 17 de marzo del 2017, mediante el cual se indica lo siguiente:

Que, la conducta en análisis se encuentra plagada del conocimiento expreso que tenía el encausado acerca de que los recursos eran de pertenencia pública, además de que la *omisión en sus funciones generaba perjuicio en el patrimonio estatal.* Aunado a ello, cabe señalar que el elemento subjetivo del tipo —dolo— que se requiere para que se configure este delito es el de *dolo eventual,* toda vez que no se necesita ningún propósito especial o presencia de algún refuerzo subjetivo, como el "a sabiendas", el "ánimo de lucro" o la "finalidad de enriquecimiento". Teniendo en cuenta que, la posesión de los caudales o efectos de la que gozó el imputado debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

Respecto a la parte final del art. 387 del CP, se indica la forma culposa, por lo tanto, el tipo culposo deberá ser analizado, considerando los criterios de previsibilidad objetiva, es decir, considera la previsibilidad individual del autor, propio de un deber subjetivo de cuidado.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme vengo afirmando en diversos apartados, no pueden ser invocados en la medida que no aparezcan expresamente señalados, en ese sentido, en el delito de peculado, doloso o culposo, no existe mandato del legislador para otorgarle naturaleza punible.

2. Tentativa

Existen diversas posturas, así tenemos, por ejemplo, a SALINAS SICCHA quien señala que, al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo[80]. El autor ROJAS VARGAS, enseña que las formas de tentativas (inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento) son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para

80 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 410.

consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión[81]. Por nuestra parte, consideramos que el delito tentado, únicamente opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de peculado, doloso o culposo, al ser concedido como delito de resultado, determinado por el desvalor de la acción y el resultado, la tentativa es perfectamente posible.

3. Consumación

Las afirmaciones respecto al nivel de consumación dependen de la tienda académica que se sume, conforme se explicará en las líneas siguientes.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Según los autores NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, el tipo penal del art. 387 primer párrafo describe la acción típica de esta modalidad del peculado, como la apropiación de fondos públicos. Siendo el peculado doloso por apropiación un delito de resultado, el momento consumativo se producirá cuando el funcionario público se apropie de los fondos públicos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo. En este caso la fijación del momento consumativo del peculado depende del significado dogmático jurídico que se dé a "apropiación" de fondos públicos[82]. El autor ROJAS VARGAS, establece que la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por el sujeto activo, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, esto es, incorporándolos a su patrimonio personal[83]. Por otro lado, el autor ABANTO VÁSQUEZ, señala que el momento consumativo se verifica con la apropiación, cuando el autor dispone de los fondos públicos como propios[84]. Según el autor aludido, en la Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.° 3605-2006, emitida el 4 de diciembre del 2006, se estableció que "el delito de peculado queda consumado en el momento que el funcionario público (autor) realiza el acto de disposición del bien, por ello, la complicidad supone la realización de actos de colaboración o ayuda al funcionario que le permita llegar a disponer del bien que es materia de custodia o administración".

Por otro lado, el R. N. N.° 1371-2012 Puno, del 12 de noviembre del 2013, indica lo siguiente:

> El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; es decir, la consumación se realiza

81 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 344.
82 NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 575.
83 *Loc. cit.*
84 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 359.

> instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte de su patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o del efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a terceros, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionado o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito[85].

En ese contexto, consideramos, desde una perspectiva de dominio, que el delito de peculado doloso alcanza consumación en la medida que el sujeto cualificado emite actos de disponibilidad de los caudales o efectos públicos con fines de apropiación o utilización. Respecto al escenario culposo, el delito alcanza nivel consumativo, en la medida que los caudales o efectos públicos son sustraídos por el tercero, todo ello en mérito al accionar negligente del sujeto cualificado.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de peculado, en sus dimensiones de doloso y culposo, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el sujeto cualificado (funcionario o servidor público) al "apropiarse" o "utilizar" para sí o para otro los caudales o efectos públicos, habiendo accedido a ellos en calidad de percepción, administración o custodia, estaría infringiendo el deber especial y simultáneamente lesiona el bien jurídico protegido, por lo tanto, la infracción del deber estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal.

4. Agotamiento

El delito agotado en un escenario de dominio. Respecto a la modalidad dolosa, aparece evidenciado con posterioridad a la disponibilidad de los caudales o efectos públicos con fines de apropiación o utilización. Respecto al escenario culposo, el delito alcanza nivel de agotamiento, respecto a todos los actos identificados con posterioridad a la sustracción, por el tercero, de los caudales o efectos públicos en razón del accionar negligente del sujeto cualificado. Respecto a un escenario de infracción de deber, la forma agotada aparece manifiesta con todos los puestos posibles y evidenciados con posterioridad a la lesión del deber especial impreso en el sujeto cualificado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito materia de análisis, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

85 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1371-2012 Puno*, Lima: 12 de noviembre del 2013, f. j. n.° 4.

1. Formas de autoría

Conforme se viene indicando en diversos capítulos, las diversas formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual; *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento; y, la *coautoría,* codominio funcional del hecho realizado por diversos autores.

En ese sentido, desde una postura de dominio, el perfectamente posible admitir la autoría directa, por lo tanto, *autor directo*, tanto en la forma dolosa y culposa, será el sujeto cualificado que interviene personalmente en el hecho punible, apropiándose o utilizando los caudales o efectos públicos para sí o a favor de un tercero, de la misma manera en un escenario culposo, será autor directo aquel sujeto que negligentemente, da ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos ingresados a su esfera personal, por percepción, administración y custodia. Respecto a la *autoría mediata*, considero que no es posible en ninguna de las modalidades, esto es, dolosas y culposas, por cuanto, sobre el sujeto cualificado existen deberes personalísimos, imposibles de trasmitir para que un tercero pueda infringirlos. Con relación a la *coautoría*, respecto al delito de peculado doloso, es perfectamente posible en la medida que exista una pluralidad de sujetos cualificados ligados en calidad de relación funcional con el bien jurídico dominando el escenario delictual.

Respecto al extremo analizado, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 1320-2009 Huánuco, del 3 de noviembre del 2010, indica lo siguiente:

> [En] los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: (a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; (b) una división de funciones; y (c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello; que para establecer la concurrencia del dolo en la conducta de los imputados y determinar si eran conscientes o no de que estaban contribuyendo a la realización del tipo legal [...] debe recurrirse a la prueba indiciaría o circunstancial, utilizar el criterio basado en las características y conocimientos especiales que tenían los sujetos, y la posición que ocupaban dentro de la organización del Estado ligados a los hechos juzgados, que tengan trascendencia para la imputación del conocimiento[86].

De la misma forma en el R. N. N.° 3181-2009 Lima, del 18 de octubre del 2010, indicó lo siguiente:

> Que, en el nuevo juicio oral el Tribunal superior debe tener en cuenta que en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello; que para establecer la concurrencia del dolo en la conducta de los imputados y determinar si eran conscientes o no de que estaban contribuyendo a la realización del tipo legal previsto en el art. 387 del CP, debe recurrirse a la prueba indiciaría o circunstancial, utilizar el criterio basado en las características y conocimientos especiales que tenían los sujetos, y la posición que

86 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1320-2009 Huánuco*, Lima: 3 de noviembre del 2010, f. j. n.° 10 y 11.

> ocupaban dentro de la organización del Estado, ligados a los hechos juzgados, que tengan trascendencia para la imputación del conocimiento[87].

Desde el punto de vista de los delitos de infracción de deber, conforme indica PÉREZ ALONSO, se trata de los delitos de infracción del deber, en los que la autoría se determina por el criterio de la infracción de un deber extrapenal, aquí se encuentran los delitos especiales y los delitos de omisión impropia. El círculo de autores es limitado porque solamente el número reducido de personas que tienen el deber especial de realizar u omitir ciertas conductas para no lesionar al bien jurídico, pueden ser autores de esta clase de delitos[88].

Consideramos que, desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite *autoría directa*, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo. En términos similares, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 615-2015 Lima (caso *Diarios chicha*), del 16 de agosto del 2016, indica lo siguiente:

En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcionarial concreta, se ha realizado mediante acción, u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización [...][89].

2. Formas de participación

NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, indican, sobre las formas de participación, lo siguiente:

> [D]ado a que en el Código Penal se consideran dos grados de complicidad, la primaria y la secundaria, corresponde interpretar el artículo 25 a fin de fijar el criterio que permita tipificar al acusado como cómplice primario o secundario. La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde Autor del hecho solamente podrá ser el intraneus, los extraneus participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho. El artículo 25 del Código Penal regula la figura de la complicidad primaria y complicidad secundaria al señalar que: El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El criterio legal para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria lo determina la frase "sin el cual no se hubiera podido perpetrar", por lo que en este texto legal

87 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3181-2009 Lima*, Lima: 18 de octubre del 2010, f. j. n.° 4.
88 NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 558.
89 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 615-2015 Lima*, Lima: 16 de agosto del 2016, f. j. n.° 2 y 3.

> se debe ubicar la regla. Son varios los criterios dogmáticos jurídicos que existen para determinar la importancia o la necesidad del aporte del cómplice a fin de calificarlo de partícipe necesario o secundario[90].

El autor ARMAS CABRERA, presenta una tesis interesante, señalando lo siguiente:

No se debe confundir este acceso al injusto con la idea de que el extraneus accedería también al ámbito funcional, ello es incólume o *intuito personae* al funcionario; solo sirve para fundamentar la *ratio essendi* de la punibilidad del extraneus en los delitos de funcionarios. Compartiendo dicha propuesta concluimos que el delito de peculado es un delito de infracción del deber con elementos de organización y, por tanto, se debe aplicar la teoría de la unidad del título de imputación conforme al reformado artículo 25 del CP vigente para sanción del extraneus y entender que el fundamento material de la autoría del funcionario reside en la infracción del deber institucional ya que es así como este accede al injusto único de intervención funcionarial como es el tipo penal de peculado[91].

Por nuestra parte, consideramos, que la figura delictual materia de análisis; conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos respecto al delito de peculado doloso, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria),esto es, será participe el sujeto que con anterioridad a la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos, coopera con el plan del autor cualificado, por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible, por lo tanto, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar, dicha afirmación es posible de ser aplicada por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

La Corte Suprema, en el R. N. N.° 375-2004 Ucayali, de 11 de octubre del 2004, desarrollo la participación del extraneus en un delito de infracción de deber, adecuando a la teoría de la unidad del título de imputación, así tenemos lo siguiente:

> [El] tipo penal previsto el art. 387 del Código Penal es un delito especial que exige, como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada (no está abierto a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal, lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos, desde adentro, [...]. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta: gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado [...]. Habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [sic] [...], en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos,

90 NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 567.

91 ARMAS CABRERA, Rafael, "¿El ocaso de los delitos de infracción de deber? Sobre la imposibilidad de aplicación del llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 98, Lima: agosto del 2017, p. 123.

al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder en segundo término' y por tan solo limitadamente.[92]

Respecto al instigador, su participación es admisible, en la medida que haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que se apropie o utilice los caudales o efectos públicos para sí o para otro. Asimismo, con relación a la modalidad culposa, no es posible admitir las figuras de instigación y complicidad.

VII. PENALIDAD

El tipo penal tiene diversos escenario vinculados a la pena, el primer supuesto en la medida 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, por lo tanto será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El segundo nivel penológico aparece cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, por lo tanto, el sujeto cualificado será castigado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

De la misma forma, se advierte otro nivel de sanción, cuando opera una circunstancia agravante, en la medida que los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Finalmente, respecto al delito de peculado culposo, el legislador indica que, si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, entonces, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Asimismo, se incrementa el nivel de penal en la medida que los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

92 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 375-2004 Ucayali*, Lima: 11 de octubre del 2004, f. j. n.° 3.

CAPITULO XV
PECULADO DE USO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 388 CP)

El delito de peculado de uso, aparece registrado en el art. 388 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u cinco días –multa.
> Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo. (Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1243, del 22.10.16).

II. ANTECEDENTES

El autor ROJAS VARGAS señala que, de la lectura del CP derogado, llegamos a la conclusión que el hecho punible denominado "peculado de uso" sancionado en el tipo penal 388 del actual texto punitivo, no tiene antecedente en aquel cuerpo legal ni en otra ley especial de nuestra patria. Es una creación del legislador nacional del CP de 1991, posiblemente inspirado en el CP de Portugal de 1932[1].

A su vez SALINAS SICCHA manifiesta que, desde entonces tenemos la figura penal de peculado de uso o por distracción. No obstante, el texto original fue modificado por la episódica y polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio del 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio del 2011. Esta última ley lo único que ha hecho es poner pena privativa de libertad mínima de dos años al hecho punible. En lo demás, se volvió a la fórmula original. Finalmente, el contenido de la formula legislativa ha sido modificado por la Ley N.° 2011 del 26 de noviembre del 2013[2].

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., ob. cit., p. 371.
2 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 429.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de peculado de uso resulta ser uno de los tipos penales vinculados al delito de peculado doloso, previsto y sancionado en el art. 387 del CP, empero presenta sus propias caracterices, las cuales le dotan de autonomía típica, es decir, tiene su propio supuesto de hecho diferente al delito de peculado doloso. En ese sentido, SALINAS SICCHA indica lo siguiente:

> [E]l delito de peculado de uso o por distracción se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares, hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado. De igual modo, por disposición del segundo párrafo del art. 388 del CP, el delito de peculado de uso también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares) usa o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado[3].

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, encontramos básicamente al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

SALINAS SICCHA, respecto al sujeto activo, señala lo siguiente:

> [Estamos ante] un delito especialísimo en el cual, además de exigirse que el agente reúna la condición de funcionario o servidor público, se exige que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los bienes muebles no fungibles del Estado o bienes particulares que se encuentran bajo la custodia de la administración pública. Para la configuración de este delito no es suficiente el requisito también indispensable de que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público. También se requiere que el bien esté en la esfera de custodia directa o jurídica del sujeto activo. [...] Pueden ser también sujetos activos del delito los contratistas de una obra pública o sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. Ello por expresa disposición del segundo párrafo del art. 388 del CP[4].

Por nuestra parte, consideramos que la primera parte del delito materia de análisis, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente[5].

3 *Ibid.*, p. 430.

4 *Ibid.*, p. 437 y 438.

5 Es necesario precisar que algún sector de la doctrina asume que el delito de peculado doloso aparece como delito especial impropio, teniendo como tipo penal común paralelo el delito de apropiación ilícita, personalmente, discrepamos de dicha versión, por cuanto, el delito de apropiación ilícita resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa, respecto al sujeto delictivo, registra un sujeto cualificado, esto es, "depositario", "comisionista", "administración", etc.; por lo tanto, la ley opera como fuente generadora del deber, por cuanto dichos títulos responde a un requisito *ad solemnita ten*, es decir, formales, los mismos que versan sobre el sujeto activo y no así sobre el supuesto de hecho. En similar postura tenemos a PIZARRO GUERRERO, quien indica que se trata de un delito especial propio. PIZARRO GUERRERO, Miguel, *Delito de apropiación ilícita. Cuestiones sustantivas y procesales*, Lima: Jurista, 2006, p. 138.

De la misma forma y bajo el mismo supuesto de dominio, la parte final del articulado, cuando hace alusión al "contratista" y sus "empleados", si bien a primera vista resultarían ser cualquier persona, empero, también es cierto que se tratan de contratistas y empleados vinculados exclusivamente a una obra pública, por cuanto, conforme indica ABANTO VÁSQUEZ[6], son personas que operan en virtud de un contrato, situación que advierte una restricción del radio de autores, por lo tanto, en este extremo, nos encontramos ante un delito especial propio, operando la cualificación del sujeto por imperio de la ley.

Por otro lado, respecto al supuesto de hecho, el delito de peculado de uso registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y los bienes estatales, esto es, vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En ese sentido, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una relación directa entre el sujeto cualificado y el bien jurídico tutelado por ley penal, por lo tanto, existen deberes especiales así como se advierte la presencia de una institución denominada "administración pública", de dicho escenario normativo fluye de una norma de mandato, subsecuentemente, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, dicha defraudación de naturaleza jurídica, fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la misma transcendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "administración pública".

1.2. Sujeto pasivo

Según SALINAS SICCHA, el sujeto pasivo es el Estado como único titular del bien jurídico protegido con la tipificación de este delito[7].Según el autor REÁTEGUI SÁNCHEZ, el sujeto pasivo del delito lo será el Estado peruano, concretamente en sus intereses patrimoniales, y sujeto pasivo de la acción, lo será los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guardia de este[8].

Por nuestra parte, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El delito de peculado de uso contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos los siguientes.

6 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 373.
7 *Ibid.*, p. 439.
8 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 330.

2.1. De los elementos típicos

El delito de peculado de uso, presenta una diversidad de elementos típicos, dicha diversidad, dota al delito de autonomía, ajena a la dependencia del delito de peculado doloso, de la misma forma el R. N. N.° 1541-2012 Lima[9], del 18 de septiembre del 2013, indicó que el citado delito contiene, fundamentalmente tres elementos típicos, siendo: a) usar o permitir el uso, b) bienes pertenecientes a la administración pública, c) fines ajenos al servicio; en ese sentido, a continuación, se desarrollará los supuestos típicos.

2.1.1. De la relación funcionarial

El tipo penal exige una relación funcionarial respecto al sujeto activo frente a los bienes estatales, dicha relación funcionarial aparece como uno de los criterios determinantes para efectos de consumación del tipo penal, por lo tanto, en el caso que no exista dicha relación, el tipo penal deviene en inexistente, así tenemos el R. N. N.° 564-2012 Puno, del 9 de mayo del 2013, mediante el cual se indicó causal de atipicidad en la medida que no exista dicha relación funcionarial, así tenemos:

> [El] último párrafo del art. 388 del CP [...] taxativamente expresa que "no están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo" —esto es, que se hallan destinados al servicio personal del funcionario, siempre y cuando exista una vinculación funcional—, se puede concluir que la conducta realizada por el acusado obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, que se desarrollan dentro de un marco establecido de permisiones en beneficio del funcionario público, y no resulta configurativa del ilícito penal imputado al procesado[10].

En ese sentido, la relación funcionarial, aparecerá determinada expresamente por la ley o normas extrapenales, por ejemplo, reglamentos, directivas, instructivos, etc., mediante las cuales, se fija el deber específico, por cuanto, el tipo penal exige que los bienes estatales, esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública, aparezcan confiados al sujeto activo, es decir, en términos del mismo tenor del tipo penal, que estén "bajo su guarda". De manera complementaria, el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto a la relación funcionarial, indica que "se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero

9 El citado R. N. N.° 1541-2012 Lima, en su f. j. n.° 4 indicó lo siguiente: "Asimismo, los elementos materiales constitutivos del tipo exigen: a) Usar o permitir el uso, el usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros; mientras que permitir que otro use; está referido a que otro se aproveche del bien, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros; b) Bienes pertenecientes a la administración pública-, esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o bajo su guarda que sean propiedad del Estado, de la administración pública en sentido amplio, o de particulares bajo la custodia de la administración pública; y c) fines ajenos al servicio-, lo cual presupone la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Resultando ser sujeto activo el funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio a título de autoría o coautoría; asimismo, al ser un delito doloso, requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal.

10 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 564-2012 Puno*, Lima: 9 de mayo del 2013, f. j. n.° 7.

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"[11].

Bajo el contexto aludido, la relación funcionarial constituiría un elemento normativo del tipo penal determinante, por cuanto dicha relación es de estricta base jurídica, subsecuentemente, el agente del derecho, específicamente el juzgador tendrá que recurrir a determinados juicios de valor, según cada caso concreto, a efecto de otorgarle sentido a dicha postura, por lo tanto, la inexistencia de dicha relación funcionarial advierte ausencia de contenido penal.

Por otro lado, la realidad social y la praxis jurisdiccional nos otorga determinados casos en los cuales opera supuesto de delegación de funciones por parte de un determinado sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien en pleno ejercicio de sus funciones, otorga facultades a una tercera persona, quien usualmente, resulta ser otro funcionario o servidor público o tercero, para que custodie los bienes estatales, empero, dicho tercero delegado no cuenta con una base normativa o jurídica para delimitar sus funciones, por ejemplo, el funcionario público, responsable del almacén de una entidad pública, quien mediante oficio o memorando delega a una tercera persona, menor en la jerarquía del cargo, esto es, servidor público para que durante un periodo corto asuma la custodia de los bienes estatales inmersos en el almacén. Ante ello, existen diversos postulados, algunos indican que no existirá contenido penal, en la medida que el tercero delegado use el vehículo estatal para fines ajenos al servicio público, por cuanto no tendría la relación funcionarial específica, toda vez que no ostenta el cargo de gerente de almacén.

Ante ello, considero que se deberá tener presente cómo surge la relación funcionarial, en ese sentido, a nuestro entender, conforme fue explicado en el apartado respecto al delito de peculado doloso, existen dos posibilidades por las cuales surge la relación funcionarial, la primera, por "mandato legal", es decir, será un dispositivo legal extra típico que otorgue o precise la relación funcionarial entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, así tenemos, las afirmaciones de BERNAL PINZÓN, quien indica que "el sistema legal, habilita al funcionario público, para que tenga disponibilidad jurídica o funcional de los caudales o efectos públicos entregados en razón del cargo"[12]; por lo tanto, dicho dispositivo legal, puede ser una ley, directiva, reglamento, instructivo, etc. La segunda posibilidad, se tiene que la relación funcionarial también surgirá en la medida que exista el "acto dispositivo emitido por autoridad competente", es decir, el sujeto cualificado, entrará en contacto con los caudales o efectos públicos y subsecuentemente tendrá disponibilidad jurídica, en la medida que otro funcionario público, quien ostentando el poder funcionarial legítimo, por cuanto, se encuentra respaldado por el sistema legal que le otorga dichas prerrogativas en razón del cargo específico, habilita al agente delictual para que ejerza disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos públicos, conforme indica PARIONA ARANA, "la existencia de una disposición legal o de una orden [...] de autoridad competente, igualmente legítima la facultad de posesión o administración"[13].

11 Véase, el f. j. n.° 7.a del mencionado Acuerdo Plenario.
12 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 23.
13 PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de peculado como delito de infracción de deber*, Lima, 2011. Recuperado de <https://bit.ly/2Ip7P0E>.

En ese sentido, nos encontramos en puridad ante un caso de delegación desconcentrada de funciones, debiéndonos conducir para efectos de configuración, a la normatividad y las prerrogativas que ostenta el agente funcionarial delegante, según cada concreto, por ejemplo, existirá "acto dispositivo de delegación de funciones", cuando el funcionario público responsable del almacén de una entidad pública, quien mediante oficio o memorando delega a una tercera persona de menor jerarquía, esto es, servidor público para que durante un periodo corto asuma la custodia de los bienes estatales inmersos en el almacén, empero el último de los citados usa el vehículo estatal para fines personales ajenos al servicio estatal.

Finalmente, respecto al último supuesto del tipo penal comentado, esto es, contratistas y sus empleados, también ostentarían dicha relación directa con los bienes materia de protección, a pesar que, técnicamente no tienen un estatus funcionarial, es decir, no son funcionarios ni servidores públicos, empero mantienen una relación directa con los bienes del Estado, por lo tanto, deberán responder penalmente en la medida que usen indebidamente los bienes públicos.

2.1.2. Del usar o permitir usar

Según la RAE, el verbo "usar" significa "hacer servir una cosa para algo", en ese sentido, para efectos del tipo penal materia de análisis, el sujeto cualificado utiliza de manera directa los bienes del Estado, esto es, vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública, otorgándoles un destino diferente para el cual fueron avocados, de la misma forma, es necesario precisar que el *animus rem sibi habendi*, propio del delito de peculado doloso, no existe en esta figura, siendo uno de los criterios diferenciados, por cuanto, el agente delictual, en el delito de peculado doloso, únicamente busca obtener un provecho personal con el uso de los bienes estatales y no así el apoderamiento de los mismos.

Asimismo, el tipo penal regula la figura conocida como "peculado por distracción", es decir, el agente delictual permite que otro use los bienes del Estado, esto es, vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En este supuesto, sin duda alguna, nos encontramos ante un escenario de omisión impropia, por cuanto, el sujeto cualificado, mediante un no hacer, consiente o permite que terceras personas ajenas al servicio público, utilicen los bienes estatales, por lo tanto, en el supuesto aludido se puede advertir con nitidez la presencia de un deber funcional propio de una norma de mandato la misma que proviene de una institución, en este caso, "administración pública".

2.1.3. De los bienes vinculados en el delito de peculado de uso

El supuesto materia de análisis, marca el trato diferenciado con el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización, por cuanto, en la figura delictual prevista en el art. 387 del CP, se refiere a caudales o efectos públicos, sin embargo, en el delito de peculado de uso, el tipo penal restringe el radio de acción típico, indicando expresamente que los bienes resultan ser: vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo

perteneciente a la administración pública, es decir se tratan de bienes muebles y no así de bienes inmuebles, debiéndose precisar que si bien el dinero, tiene naturaleza de bien mueble, por tratarse de caudales, empero, en el delito de peculado de uso, dicho bien no es propio del contenido típico, por cuanto, los objetos materia de tutela son herramientas o instrumentos de naturaleza mecánica y no de valor comercial cuantitativo, por lo tanto, en el supuesto caso que se trata de dinero público, el hecho deberá ser subsumido en el delito de peculado doloso por utilización y no así en el delito de peculado de uso.

Respecto a los "vehículos", según la RAE, proviene del latín *vehicŭlum*, cuyo significado hace referencia al "medio de transporte de personas o cosas", de la misma forma, el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito, indica que "vehículo", resulta ser todo artefacto de libre operación que sirve para transportar personas o bienes por una vía, en ese sentido, para efectos del tipo penal analizado, vehículo, resulta ser, todo medio de transporte o artefacto, sea o no motorizado[14], que tiene como finalidad transportar bienes o personas, el mismo que pertenece al Estado. Con relación a las "máquinas", según la RAE proviene del latín *machĭna*, el cual significa "conjunto de aparatos combinados para recibir cierta forma de energía y transformarla en otra mas adecuada, o para producir un efecto determinado", en ese sentido, el tipo penal analizado, hace alusión a cualquier tipo de maquinaria, esto es, motorizada, mediante la cual se despliega determinada fuerza automotriz, por ejemplo, tractor, caterpillar, cargador frontal, moto niveladora, etc. Respecto a "cualquier instrumento de trabajo", se advierte de una técnica legislativa abierta, por lo tanto, se incluye cualquier bien mueble, excepto el dinero, perteneciente a la administración pública; por ejemplo, computadoras, fotocopiadoras, materiales de limpieza, materiales de oficina, etc.

Finalmente, la tercera parte del tipo penal, indica que no están comprendidos en el delito de peculado de uso, los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo, es decir, nos encontramos ante una norma permisiva de exclusión de responsabilidad penal, en la medida que el agente delictual use bienes públicos, esto es, vehículos motorizados que fueron asignados a su persona en razón del cargo público encomendado, por lo tanto, el *thelos* de la técnica legislativa, advierte que el uso de los vehículos deberá estar vinculado para el ejercicio de la función pública y no así para fines personales.

Al respecto, el R. N. N.° 1541-2012 Lima, del 18 de septiembre del 2013, realizando una interpretación restrictiva del tipo penal, indicó lo siguiente:

> Que, de otro lado, el tercer párrafo del artículo 388 del CP, establece como excepción lo siguiente: "No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo". Al respecto el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N.° 4298-2012-PA/TC (caso: Roberto Torres Gonzáles) del 17 de abril del 2013, estableció que: "[...] el uso personal del vehículo, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario,

14 Es necesario precisar que el tipo penal no excluye la existencia de vehículos no motorizados, al menos en este extremo, situación distinta en la parte *in fine* del artículo materia de análisis, en el cual se indica de manera expresa la existencia de vehículos motorizados, por lo tanto, al existir un trato discriminador y específico, es perfectamente posible considerar en el primer supuesto, la existencia de vehículos no motorizados, como bicicletas, triciclos, etc.

léase uso 'familiar' o 'amical' del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto, que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al uso personal del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces, el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el uso personal que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable. [...] Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva [...], en el sentido de que la exención típica: servicio personal por razón del cargo, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados de funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso[15]

2.1.4. De la finalidad o destino de los bienes

El delito de peculado de uso, registra como elemento descriptivo del tipo penal, la finalidad que deberá otorgar el agente delictivo a los bienes estatales, es decir, el tipo penal, alcanza un escenario consumativo, en la medida que se otorgue a los bienes entregados baja guarda, un destino distinto al ejercicio de la función pública, por lo tanto, el tipo penal, a nivel subjetivo, contiene un escenario de tendencia interna transcendente, por cuanto, el contexto reprochable penalmente, aparece ligado a la finalidad espuria que despliega el agente delictual, otorgándole un destino diferente a los bienes que le fueron encomendados bajo su guarda o para el uso específico en razón del cargo funcionarial. En ese sentido, encuentra justificación, por lo evidente del *thelos* de la norma, el punir la conducta del funcionario o servidor público a quien le fue designado un vehículo motorizado para el uso personal por la actividad o cargo público que desempeña, subsecuentemente, si el vehículo es utilizado para otras actividades ajenas a la función pública, entonces, el tipo penal alcanzaría perfeccionamiento por la finalidad ajena al servicio público. Por ejemplo, el funcionario o servidor público que utiliza el vehículo estatal para trasladar a sus familiares o amistades a un lugar determinado, por tratarse del onomástico del funcionario.

2.1.5. Del perjuicio

El delito de peculado de uso no exige expresamente la existencia de un perjuicio patrimonial concreto, como sí opera, típicamente, en el delito de colusión agravada, en la cual el perjuicio patrimonio es un elemento descriptivo del tipo penal, por lo tanto, en primer momento, no podemos discriminar donde la ley penal no lo hace, en ese sentido, es perfectamente posible, sustentar responsabilidad penal por el delito de peculado de

15 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1541-2012 Lima*, Lima: 18 de setiembre del 2013, f. j. n.° 5.

uso sin contar con una pericia económica, mediante la cual se pueda cuantificar el monto perjudicial. En términos similares, la Cas. N.° 131-2016 Callao, del 21 de marzo del 2017, señala lo innecesario para acreditar el perjuicio respecto a la modalidad de peculado doloso por utilización, figura símil al delito de peculado, así tenemos:

> En ese sentido, podemos concluir que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiación), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial [16].

A pesar de lo señalado, por fines probatorios y no por criterios sustantivos de consumación, deviene en idóneo y pertinente poder demostrar el uso de los bienes estatales a través de una pericia contable a efecto de fijar los lineamientos del uso y del perjuicio ocasionado al Estado para una eventual reparación civil, ante ello, el perjuicio resulta ser cuantitativo, por lo tanto, nos preguntamos ¿Cuál es el monto mínimo para sustentar el monto del perjuicio patrimonial? La respuesta, es netamente inferencial, por cuanto, conforme se viene indicando, la acreditación del perjuicio no es un elemento típico del delito de peculado de uso, ante ello, el sistema jurisprudencial de la Corte Suprema, en el R. N. N.° 1315-2014 Lima, del 14 de marzo del 2016,respecto al delito de peculado doloso por apropiación, el mismo que puede ser tomado como indicador referencial para el presente caso, estableció para fines cuantitativos un monto de S/ 55.00 (cincuenta y cinco soles), así tenemos lo siguiente:

> En su calidad de servidor público el acusado podía disponer de los fondos públicos que le fueron asignados para el cumplimiento de su labor, función en la que se desempeñó durante once años y que por cuya razón, aprovechó dicha situación para apropiarse de manera dolosa de los dineros destinados como viáticos, para lo cual presentó documentos (boletas de venta) con datos falsos a la entidad laboral para lograr su cometido; en tal sentido, quedó acreditado el desplazamiento patrimonial de los caudales del Estado a la esfera de dominio personal y de esta forma transgredió los deberes funcionales de lealtad y probidad, y ocasionó un desmedro económico en la entidad agraviada, perjuicio que asciende a s/. 55,00, conforme se tiene de la pericia contable del folio quinientos veintidós. En suma, se encuentra acreditado el delito por lo que cabe rechazar el recurso de nulidad planteado por el acusado[17].

Ante ello, cada caso concreto, tendrá sus propias peculiaridades, así tenemos, que existirán casos en los cuales deviene en relevante el perjuicio por el considerable deprecio o devaluación del bien mueble utilizado indebidamente por el agente delictual, conforme indica la Corte Suprema en el R. N. N.° 4595-2008 La Libertad, del 20 de abril del 2010, en el cual se indicó que el peculado de uso sanciona la conducta del funcionario que causa una considerable depreciación del bien por su uso continuo y desgaste, ello lo manifestó a través del siguiente considerando

> [El] delito de peculado de uso [...] sanciona la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o que se encuentre bajo su guarda, y en buena cuenta, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o

16 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 131-2016 Callao*, Lima: 21 de marzo del 2017, f. j. n.° 19

17 SALA PENAL PERMANENTE, *Recuro de Nulidad N.° 1315-2014 Lima*, Lima: 14 de marzo del 2016, f. j. n.° 2.10.

> permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que, a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar un perjuicio, traducido en la desvalorización del patrimonio del Estado; se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es, que se actúe con conciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial[18].

En sentido contrario, existe línea jurisprudencial, en la cual se opta por recurrir a criterios de mínima intervención, considerando al derecho penal como *ultima ratio*, a efecto de sustentar criterios de absolución, por la poca relevancia del perjuicio ocasionado, así tenemos, el R. N. N.° 3004-2012 Cajamarca, del 13 de febrero del 2014, en el cual se indicó lo siguiente:

> Si bien el hecho de que el procesado alcalde trasladó] la línea telefónica afectada de la entidad municipal [a su] domicilio, [y] que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal [...] [constituye una] conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable [...], sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una "perturbación social" que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, es que, en atención al principio de última ratio, corresponde absolver al encausado [...] de la acusación fiscal por el delito [de peculado][19].

De la misma forma, se cuenta con el R. N. N.° 1686-2007 Áncash, del 8 de abril del 2009, en el cual se indica que el insignificante faltante del dinero presupuestado no califica como delito de peculado, siendo así:

> [Al] revisar la prueba actuada con relación a los hechos objeto de acusación, esta demostró que el dinero destinado a la ejecución de la obra [de mejoramiento de infraestructura] fue gastado en su totalidad; que, en efecto, el mérito de los informes periciales contables [...] permitió acreditar que todo el dinero presupuestado y destinado a la obra fue utilizado en su ejecución, [sin embargo] existe un insignificante faltante de 0.76 céntimos de nuevo sol; que, por consiguiente, no se verificó que los encausados se hayan apropiado de fondos públicos que le fueron asignados para su administración, por lo que su conducta no se subsume en el delito de peculado doloso o culposo [...][20].

En términos similares, se utilizó un criterio de mínima intervención, a efecto de enervar responsabilidad penal en el delito de peculado de uso, así tenemos el R. N. N.° 412-2008 Lima, del 31 de julio del 2008, en el cual se indicó que la utilización transitoria de caudales públicos, para su posterior reembolso, no califica como delito de peculado de uso, así tenemos:

> [Se] acreditó que el encausado [...] dispuso excepcional y transitoriamente el uso del dinero estatal, con cargo a reembolsarlo cuando, se efectúe la asignación ordinaria —como, en efecto, sucedió—, a fin de evitar la suspensión del servicio telefónico de la Embajada (que se hubiera suscitado por el impago de las aludidas facturas telefónicas), empleando una práctica usual, como era el reintegro ulterior al Estado del dinero utilizado para cancelar las llamadas telefónicas de carácter particular, efectuadas desde la sede de la embajada [...]; que la utilización transitoria de caudales públicos, en las circunstancias descritas, para su posterior reembolso, no es objeto de represión criminal, en los límites del artículo 388 del CP,

18 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 4595-2008 La Libertad*, Lima: 20 de abril del 2010, f. j. n.° 3.
19 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3004-2012 Cajamarca*, Lima: 13 de febrero del 2014, f. j. n.° 8.
20 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1686-2007 Áncash*, Lima: 8 de abril del 2009, f. j. n.° 4.

pues aquella está reservada normativamente para las conductas ilícitas más graves y dañosas al bien jurídico protegido[21].

2.2. Clase de delito

Según el autor REÁTEGUI SÁNCHEZ, "el tipo penal en cuestión, siguiendo la lógica del delito de peculado doloso y culposo —y extensivo al delito de peculado de uso—, se trata de un delito de infracción del deber, donde el agente público quebranta imperativos funcionales asumidos en razón del cargo —es decir, infringe deberes—"[22]. Por nuestra parte, el delito de peculado de uso, conforme aparece mencionado líneas arriba, resulta ser un delito especial propio y de infracción de deber, por otro lado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio- tiempo", evidenciándose en su estructura el desvalor de la acción y del resultado respectivamente.

2.3. Forma de ejecución

El delito de peculado de uso puede ejecutar por acción, en razón del verbo "usar", por cuanto es un verbo de acción, es decir, respecto a la forma omisiva, se tiene que, con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, además de la naturaleza activa del verbo rector, para admitir la figura delictual de omisión propia, se requiere que se encuentre expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el art. 388 del CP.

Con relación a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuanto, dicha modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el agente delictual, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que, sobre el autor, versa una postura de garante en razón de la norma de mandato impresa en el supuesto de hecho al señalarse "bajo su guarda". Asimismo, un argumento adicional, para justificar la figura de omisión impropia, se tiene que el peculado de uso, resulta ser un delito de resultado, situación afín para admitir la aplicación de la postura de garante vinculada a la omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

Existen diversos supuestos en el rubro, conforme serán explicados en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Compartimos las afirmaciones del autor SALINAS SICCHA, en la doctrina es lugar común considerar que el bien jurídico general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la función pública al interior de la administración pública. El bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado de uso

21 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 412-2008 Lima*, Lima: 31 de julio del 2008, f. j. n.° 2.
22 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 333.

es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber especial encomendado en razón del cargo que desempeñan. Asimismo, señala que, el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en el cuidado de los bienes muebles especificados en el tipo penal, que le han sido encomendados en razón de su cargo o que están bajo su guarda. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se hayan infringido los deberes de lealtad v probidad del funcionario o servidor en la administración o custodia de los bienes muebles del Estado, el delito de peculado de uso no se configura[23]. La Corte Suprema, en el R. N. N.° 1541-2012 Lima, del 18 de septiembre del 2013, respecto a la temática, indicó: "[El] bien jurídico tutelado en [el] delito [de peculado de uso] es el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas, en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos"[24].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva, son perfectamente admisibles en el delito de peculado de uso, tan igual que en el delito de peculado doloso y culposo, por la misma naturaleza afín a los delitos de resultado, por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal, según cada caso concreto, es decir, se deberá tener en cuenta que la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado —nexo causal—), se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo:

- *Imputación objetiva de la conducta*[25]. En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo.

---

23 *Ibid.*, p. 437.

24 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1541-2012 Lima*, Lima: 18 de setiembre del 2013, f. j. n.° 4.

25 *Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta*:

1.- Riesgo permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.

2.- Disminución del riesgo prohibido. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.

3.- Riesgo insignificante. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.

4.- Principio de confianza. El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.

5.- Prohibición de regreso. Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.

6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

- *Imputación objetiva del resultado*[26]. La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de peculado de uso es un delito de comisión dolosa, es decir, se requiere conocimiento y voluntad en el agente delictivo, asimismo, dicho tipo penal exige una finalidad que trasciende el escenario convencional, por cuanto, se exige que el agente use los bienes del Estado, con fines ajenos al servicio público, en ese contexto, se advierte que se trataría de un delito que exige a nivel del tipo subjetivo un elemento adicional al dolo, esto es, un delito de transcendencia interna. No se admite la forma culposa, conforme señala el art. 12 del CP.

De manera referencial, se cuenta con en el R. N. N.° 129-2011, emitida el 13 de marzo del 2012, donde se estableció lo siguiente:

> [C]on referencia al delito de peculado de uso, el dolo se configuraría con el conocimiento y voluntad de usar un bien del Estado —o cederlo en uso a un tercero— en una labor o trabajo totalmente ajeno a la función para la cual se adquirió, con el consecuente menoscabo del mismo y con el adicional beneficio ilegal de la persona que lo usó o del tercero a quien se le permitía el uso del bien estatal.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

---

26 *Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado*:

1.- Relación de riesgos. Denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.

2.- Protección de la norma. Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,

3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión. En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley. El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento. En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme vengo afirmando en diversos apartados y en este caso no será la excepción, no pueden ser invocados en la medida que no aparezcan expresamente señalados, en ese sentido, en el delito de peculado de uso no existe mandato del legislador para otorgarle naturaleza punible.

2. Tentativa

SALINAS SICCHA, respecto a la tentativa, señala que, al ser un delito de resultado es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Se presentará, por ejemplo, tentativa cuando el custodio de la maquinaria de una obra pública permite que un tercero se lleve la maquinaria a efectuar un trabajo particular ajeno al servicio público normal, siendo intervenido el tercero por personal policial, en los precisos instantes que iba a iniciar el uso de la maquinaria pública en obra particular. Aquí el delito no se consumó, pues no llegó a iniciarse el real uso del bien, quedando la conducta delictiva en el grado de tentativa[27].

Por nuestra parte, consideramos que el delito tentado únicamente opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de peculado de uso, al ser concedido como delito de resultado, determinado por el desvalor de la acción y el resultado, la tentativa es perfectamente posible.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde una perspectiva de dominio, el delito de peculado de uso alcanza consumación, en la medida que el sujeto delictual utiliza los bienes públicos, con fines de ajenos al servicio público, en ese contexto, según el autor SALINAS SICCHA, al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la utilización o uso de los bienes muebles del Estado o de particulares, pero que están bajo la guarda de la administración pública. Desde el momento en que se inicia la utilización de los bienes públicos en propio beneficio o de tercero, en forma automática, se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito[28].

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de peculado de uso, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, respecto al delito materia de análisis, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el agente delictual utiliza los bienes públicos con fines diferentes a la función pública, por lo tanto, estaría

27 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 442.
28 *Loc. cit.*

infringiendo el deber especial y simultáneamente lesiona el bien jurídico protegido, por lo tanto, la infracción del deber, estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal. La Corte Suprema, en el R. N. N.° 1269-2009 Puno, del 19 de agosto del 2010, respecto al peculado de uso, indico que se protege deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y de los bienes pertenecientes al Estado, así se precisó:

> [El] delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican -en el actuar (en este caso del funcionario público) – no solo tratar de no "dañar" el bien jurídico protegido (Administración Pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado.[29]

4. Agotamiento

El delito agotado, aparece evidenciado en la medida que el agente delictual, después de haber utilizado o permitido que un tercero utilice los bienes estatales, obtiene los beneficios propios del uso determinado, esto es, se beneficia con el desmedro o desgaste de los bienes estatales.

5. Niveles de intervención delictual

El delito de peculado de uso, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

6. Formas de autoría

Conforme se viene indicando en los apartados anteriores, las diversas formas de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber; respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la "autoría directa", en la medida que exista dominio de la acción delictual, "autoría mediata", dominio de la voluntad del instrumento, y la "coautoría", codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, desde una postura de dominio, es perfectamente posible admitir la autoría directa, por lo tanto, *autor directo*, será aquel sujeto delictual que por sí mismo, utiliza o permite que otro use los bienes del estado, esto es, vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo vinculado al Estado. Respecto a la *autoría mediata*, no resultaría posible por lo personalísimo de los deberes que recaen en el agente delictual, con relación a la *coautoría*, resultaría posible en la medida que existan una pluralidad de sujetos cualificados que ostenten el deber de custodia, esto es, en calidad de guardas, de los bienes públicos, en ese sentido, sería posible, toda vez que, por el principio de comunidad del hecho, responderían conjuntamente.

29 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1269-2009 Puno*, Lima: 19 de agosto del 2010, f. j. n.° 5.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite *autoría directa*, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

7. Formas de participación

La figura delictual materia de análisis; conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos respecto al delito de peculado de uso, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que con anterioridad o al momento de la utilización de los bienes de naturaleza pública, coopera con el plan del autor cualificado; por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible; en consecuencia, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar. La afirmación sustentada, es posible de ser aplicada en un caso concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Con relación al instigador, su intervención es admisible, en la medida que haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que use o permita que otro use los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento vinculado a la administración pública.

8. Penalidad

El tipo penal registra un nivel penológico, el mismo que es aplicado para 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, de la misma forma dicha pena es extendida al contratista de una obra pública o a sus empleados, por lo tanto serán castigados con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u cinco días–multa.

CAPÍTULO XVI
MALVERSACIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 389 CP)

El delito de peculado de uso aparece registrado en el art. 388 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 388.**
> El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. (Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1243, del 22.10.16).

II. ANTECEDENTES

El delito de malversación de fondos públicos, mantiene un tracto de modificaciones y antecedentes relativamente continuo, conforme indica SALINAS SICCHA, "tiene como su antecedente más inmediato el art. 348 del CP derogado. No obstante, la redacción actual es diferente. Por ejemplo, no indica el tipo penal como objeto del delito a los "efectos, caudales o bienes públicos", sino a "dinero y bienes públicos". También, la aplicación de los fondos públicos a destino diferente podía ser temporal para configurarse el delito, ahora con la modificación producida en el artículo 389 por la Ley N.° 27151 de julio de 1999, se configura el delito de malversación de fondos públicos solo cuando la aplicación a destino diferente es definitiva. De esa forma, actualmente el hecho punible denominado "malversación de fondos públicos" se encuentra tipificado en el art. 389 del vigente CP cuyo contenido, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre del 2013[1].

Por otro lado, FRISANCHO APARICIO, indica que el CP de 1863 tipificaba penalmente la malversación de fondos en su art. 194: "El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y además, sufrirá una

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 449.

multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público".

Siguiendo el modelo español, el codificador de 1924 describió el delito de malversación de fondos de la siguiente manera: art. 348. El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incs. 1 y 3 del art. 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas. El CP de 1991 se ha apartado del modelo español y ha abrevado en las fuentes de la legislación penal argentina (art.260) e italiana[2].

Finalmente, el delito materia de comentario, mediante D. Leg. N.º 1243, del 22 de octubre del 2016, sufrió su última modificación, alterando el nivel penológico, ingresando la pena de inhabilitación, encontrándose actualmente conforme aparece registrado líneas arriba.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de malversación de fondos, resulta ser un tipo penal complejo, por la misma pluralidad de elementos que contiene, es decir, contiene elementos descriptivos que precisan la conducta prohibida a nivel del tipo objetivo, en este caso, el sujeto cualificado le otorgar una aplicación definitiva y diferente al dinero o bienes que administra, de la misma manera, se consigna la existencia de un perjuicio concreto, es decir, la afectación al servicio o la función encomendada, en ese sentido, SALINAS SICCHA, indica lo siguiente:

> [E]l delito de malversación de fondos se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada.[3]

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, encontramos, básicamente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

Existen diversas posturas respecto a la temática, así tenemos a DONNA ALBERTO, que sostiene lo siguiente:

> [E]l delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar, ha de ser un funcionario o servidor público, a cuyo efecto debe estarse a las definiciones legales del art. 425" del CP, modificado por la Ley N.° 26773, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero

2 FRISANCHO APARICIO, *Manuel, Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 343-344.
3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 450.

> o bienes que se malversan; esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos.[4]

El autor SALINAS SICCHA señala lo siguiente:

> [D]e la lectura del contenido del art 389 del CP, se concluye que estamos ante un delito especialísimo tan igual como el delito de peculado, en el cual aparte que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige además que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los dineros o bienes del Estado. Solo puede ser sujeto activo de este delito aquel funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración pública tiene la función de administrar los bienes del Estado. El funcionario o servidor público debe administrar los bienes en función de lo dispuesto Por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña[5].

Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. Por otro lado, respecto al supuesto de hecho, el delito de malversación de fondos, registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y los bienes estatales, esto es, dinero o bienes estatales, por lo tanto, de dicho escenario normativo, fluye una norma de mandato, subsecuentemente, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, dicha defraudación de naturaleza jurídica, fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la misma transcendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "administración pública".

1.2. Sujeto pasivo

Según el autor SALINAS SICCHA, el sujeto pasivo es el Estado como único titular del bien jurídico protegido. La ejecutoria suprema del 15 de febrero del 2002 sin dejar duda al respecto señala que "en los delitos de peculado y malversación de fondos previstos en los arts. 387 y 389 del CP, el agraviado siempre es el Estado"[6].

De la misma forma, a nuestro criterio, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, en esta clase de delitos, el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, donde se señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

---

4 DONNA, Edgardo, *Delito contra la administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal-culzoni, 2002, p. 267, NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Érika, *Delitos contra la administración pública*, t. I, Lima: Ara, 2013, p. 609.

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 458-459.

6 *Ibid.*, p. 460.

2. Elementos referentes a la conducta

El delito de malversación de fondos, contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1. De las modalidades típicas

El tipo penal materia de comentario, contiene una diversidad de supuestos típicos, así tenemos el R. N. N.° 2702-2009 Lima Norte, del 7 de abril del 2010, en el cual se establece la estructura típica del delito de malversación de fondos, así tenemos:

> [Dos son los] elementos que constituyen la estructura típica del [...] delito [de malversación de fondos]: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida; consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos[7].

En ese sentido, las modalidades típicas serán desarrolladas en las líneas venideras.

2.1.1. De la relación funcionarial

El primer requisito con fines de configuración respecto al delito de malversación de fondos, resulta ser la relación funcionarial respecto al sujeto activo frente a al dinero o bienes estatales que administra, dicha relación funcionarial aparece como uno de los criterios determinantes para efectos de consumación del tipo penal, por lo tanto, en el caso que no exista dicha relación, el tipo penal deviene en inexistente, por lo tanto, se estila por técnica legislativa que la relación funcionarial, aparecerá determinada expresamente por la ley o normas extrapenales, por ejemplo, reglamentos, directivas, instructivos, etc., mediante las cuales, se fija el deber específico.

De manera complementaria e ilustrativa, con fines de entender la temática expuesta, el A. P. N.° 4-2005/CJ-116, nos presenta una definición de relación funcionarial, aunque dicho desarrollo aparece vinculado al delito de peculado doloso, empero, la naturaleza del tipo penal de malversación de fondos, respecto al extremo citado, mantiene similitud, en ese sentido se indica: "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"[8].

De manera complementaria, el R. N. N.° 2117-2013 Lambayeque, del 22 de enero del 2015, señala lo siguiente:

> [...] Que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado

7 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 2702-2009,* Lima: 7 de abril del 2010, f. j. n.° 5.
8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116.* Lima: 30 de septiembre del 2005, f. j. n.° 7.

> o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública. Administrar, a su vez, es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. Sexto. Que, en el presente caso, no cabe duda que se dio al dinero municipal un destino diferente al establecido en el caso del FONCOMUN. Empero, lo esencial en el caso del imputado es si tenía una relación funcional con el mismo y si los administraba, según lo anotado en el parágrafo anterior. Ahora bien, el contrato [...] de la pericia contable, adjunto en el anexo respectivo, precisa que el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información financiera y contable de la municipalidad. Entre los servicios profesionales que debía hacer era confeccionar los registros contables principales, diversos registros auxiliares, y rendiciones de cuentas mensuales del Vaso de Leche, así como realizar evaluaciones presupuestarias semestrales, prestar asesoramiento en la elaboración del presupuesto participativo, y configurar los estados financieros y presupuestos para la Cuenta General de la República. Ninguna de esas funciones importa esa relación funcionaría! indispensable para responder penalmente por el destino indebido del FONCOMUN: él no tenía poder de decisión ni consta que se coludió con sus coimputados con esa finalidad delictiva[9].

Por lo tanto, la relación funcionarial, nos advierte que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público se encuentra en una estrecha relación con el dinero o bienes estatales, sea de manera inmediata o mediata, subsecuentemente el agente delictual tiene disponibilidad directa sobre los bienes estatales, dicha prerrogativa, excluye a cualquier sujeto y limita el radio de autores, por lo tanto, la relación funcionarial, constituiría un elemento normativo del tipo penal, por cuanto, dicha relación es de estricta base jurídica, subsecuentemente, el agente del derecho, específicamente, el juzgador, tendrá que recurrir a determinados juicios de valor, según cada caso concreto, a efecto de otorgarle sentido a dicha postura, por lo tanto, la inexistencia de dicha relación funcionarial advierte ausencia de contenido penal.

2.1.2. Del dinero o bienes administrados

El delito de malversación de fondos, precisa el objeto de protección, en este caso, el dinero y bienes administrados de naturaleza pública, en ese sentido, respecto al dinero, no existe problema alguno, por cuanto se entiende a todo tipo de moneda de valor pecuniario mediante el cual se puede materializar la dinámica del mercado, esto es, comprar o vender. Respecto a los bienes administrados, por la misma sistemática del sistema jurídico vinculado a los delitos contra la administración pública, se requiere que los bienes tengan naturaleza tangible, es decir, valor patrimonial; por lo tanto, se trata de todo tipo de bien, mueble o inmueble que tiene valor pecuniario.

2.1.3. De la aplicación definitiva del dinero o bienes públicos

El delito de malversación de fondos, para efectos configurativos, exige que el sujeto cualificado, otorgue al dinero o bienes un destino diferente al señalado, es decir, el objeto de protección, inicialmente, tiene una finalidad predeterminada propio de la operatividad de la administración pública, dicho destino aparece registrado por las normas pre existentes, esto es, leyes, directivas, reglamentos, etc., sin embargo, a pesar de ello, el sujeto cualificado que tiene conocimiento del destino original del dinero y bienes públicos, por cuanto mantiene relación funcionarial con los mismos, otorga un destino diferente

9 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 2117-2013,* Lima: 22 de enero del 2015, f. j. n.° 5 y 6.

al inicial que estaba programada y señalado por la normatividad previa. El cambio del destino o finalidad del dinero o bienes, tiene que ser definitivo, es decir, irreversible, no deberá existir la posibilidad de retorno al estado inicial, por ejemplo, si el dinero registrado en una determinada partida presupuestal estuvo destinado para la habilitación del programa del vaso de leche, empero, el gerente de administración de finanzas y el tesorero utilizan dicho dinero para el pago de viáticos de determinados funcionarios públicos quienes proceden a gastarlo en su integridad, generando que el proveer del programa del vaso de leche, suspenda la entrega del producto respectivo, generando un perjuicio en la comunidad, no siendo posible su reposición, en ese sentido, el dinero, por disposición de los funcionarios públicos habilitados en razón del cargo específico, otorgaron un curso distinto al preestablecido, dinero que no podrá ser repuesto en la forma y circunstancia inicial, consumándose el ilícito penal materia de comentario.

El sistema jurisprudencial presenta diversos pronunciamientos, así tenemos, el R.N. N.º 5077-2008 Lima, del 23 de febrero del 2010, mediante el cual se estableció que el utilizar fondos reservados para labores de inteligencia para hacerlos pasar por:

> [C]omisión de servicios", sin sustento legal, constituye delito de malversación, así tenemos, "[Está acreditado que el procesado utilizó fondos] de la Partida [...] "régimen de Ejecución Especial" (Gastos reservados) -dedicada a la ejecución de labores de producción de inteligencia [...]- [para hacerlos pasar] por "Comisión de servicios", sin sustento legal, [...] que fue entregado al personal policial y militar del Consejo Nacional de Inteligencia [...], pese a que se requería para su asignación un D. S. refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector [...]. Sexto. [En] consecuencia, el delito de malversación está probado, en tanto en cuanto se distrajo definitivamente fondos de una cuenta que no correspondía afectando de este modo la operatividad de las tareas de inteligencia estratégica encomendadas a la institución; que la pena y la reparación civil impuesta respetan los parámetros legales y de la pretensión del Ministerio Público.[10]

En sentido contrario, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 3641-2011 Lima, del 25 de mayo del 2012 (Caso Compras de los MIG-29 y Sukoi-25), indica que no existe aplicación diferente de los fondos a lo señalado por la ley, así señala:

> [...] B. La aplicación definitiva diferente a la destinada en el delito de malversación de fondos. En el delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que se cuestiona se asienta siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos, diferente a la que originariamente estaban destinados de manera oficial, con lo cual se afecta el servicio o función encomendada, se exige pues, la acreditación de un inconveniente en la prestación de un servicio o función, establecidos previamente, cuyo origen sea precisamente la indebida aplicación de los recursos estatales. Como consecuencia de lo señalado, [...] requiere para su configuración una afectación [...] identificada plenamente, en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado. En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo -o respecto de los cuales existía un vínculo funcional-; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que éstos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no serán relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad. C. Atipicidad de la conducta imputada. [...] [La] Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado [...] establece [que los recursos obtenidos por la privatización] "[...] deberán destinarse al desarrollo

10 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 5077-2008,* Lima: 23 de febrero del 2010, f. j. n.° 4 y 6.

> de programas orientados a la erradicación de la pobreza y a la pacificación del país". [...] [No] puede sostenerse que la finalidad de pacificación del país se encuentra referida únicamente a la lucha contra el terrorismo, con exclusión de la búsqueda de solución a los conflictos de naturaleza externa, pues ello implicaría utilizar el contenido semántico de dicha palabra en modo restringido, limitado y arbitrario, en perjuicio de los procesados. [...] [La] compra de armamento en un contexto de conflicto bélico con un país limítrofe -como es de público conocimiento-, no puede ser ajen[a] a la finalidad de pacificación del país comprendida en la ley citada.[11]

Por otro lado, se tiene que en la medida que, a pesar de existir modificación en el destino del dinero o bienes estatales, empero, el servicio público no sufrió alteración, entonces, el tipo penal no se logró configurar, así tenemos, el R. N. N.° 91-2009 Apurímac, del 4 de marzo del 2010, mediante el cual, se indicó que no se configura el delito de malversación de fondos si el servicio encomendado (construcción de carretera) no llegó a alterarse, así tenemos:

> [Para que se configure] el delito de malversación de fondos [...] no solo basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada; que, en el presente caso, si bien los acusados usaron el dinero [14 mil soles] de la construcción de la carretera [...] para el pago de las planillas de los trabajadores; empero, después la Municipalidad alquiló maquinarias para trabajos en dicha obra por el monto de más de 34 mil nuevos soles, cantidad de la que se dedujo el dinero que fue objeto de transferencia; que aunado a ello la construcción de la indicada carretera se realizó conforme al proyecto inicial, es decir, se llegó a terminar y entregar sin inconvenientes, y fue recepcionada por las autoridades competentes sin ninguna observación; que, en tal sentido, el servicio encomendado -que fue la culminación de la carretera en mención- no llegó a alterarse, razón por la cual no se puede sostener que se haya configurado el delito de malversación de fondos.[12]

Finalmente, es necesario precisar que el cambio del destino del dinero y bienes estatales, tiene que realizarse dentro de la misma administración pública, caso contrario, estaríamos ingresando al delito de peculado, por cuanto se advertiría la modalidad de apropiación o utilización, para sí o para otro, según cada caso concreto[13].

2.1.4. De la afectación al servicio o función pública

La configuración del delito de malversación de fondos, para que opere íntegramente, no basta el cambio del destino del dinero o bienes de naturaleza pública, sino que además, requiere la existencia de una afectación al servicio o función pública, dicha afectación tiene que ser concreta y no especulativa, es decir, tiene que ser cuantificable, por lo tanto, se advierte la necesidad de una pericia contable a efecto de verificar el perjuicio respectivo, caso contrario, existirá dificultad a nivel de probanza, generando absolución. En términos similares el R. N. N.° 1348-2012 Áncash, del 24 de enero del 2013, respecto al hecho que no se precisó el perjuicio, así señala:

> [Q]ue si bien el Dictamen Pericial Contable [...] estableció que el Gobierno Regional [...] efectuó pagos por concepto de "Spots Publicitarios" -prensa escrita, televisiva y radial-, cuyo importe total ascendió a 11.928.50 soles [...], y que fueron cubiertos con la fuente de financiamiento de Canon y Sobre Canon Minero, sin embargo no se indicó qué obras habrían sido afectadas, en consecuencia no

11 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 3641-2011,* Lima: 25 de mayo del 2012, f. j. n.° 13.
12 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 91-2009,* Lima: 4 de marzo del 2010.
13 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 455.

> precisó el perjuicio, elemento objetivo, cuya ausencia incide en un juicio negativo de tipicidad respecto al delito materia de imputación, por lo que es de mérito la admisión de la anotada decisión, y, por ende la absolución de los encausados se encuentra arreglada a ley.[14]

De la misma forma, se cuenta con el R.N. N.° 23742013 Lima, de 22 de enero del 2014, respecto al hecho que la malversación de fondos y colusión desleal se superponen en lo principal, esto es, perjudicar al Estado en el cumplimiento de la función encomendada, por lo tanto, no se pudo determinar qué obras o servicios planificados se han visto afectados por un desvío de fondos, en es ese sentido se indicó:

> [Si] bien es cierto que el informe primigenio [...] estableció que para la ejecución de la obras Remodelación del laboratorio y Remodelación del comedor y terapias, se utilizaron fondos de la Partida Bienes y Servicios, las que por no haber sido programadas ni presupuestadas, se incluyeron en el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones, en la modalidad de Adjudicación Directa Selectiva, dando así al dinero una aplicación definitiva, diferente de aquella a lo que estaban destinados; también los es que, con la prueba recabada y actuada en el proceso, no se ha probado que tal desvío de fondos haya afectado el servicio o la función encomendada, pues no se determinó qué obras o servicios planificados se vieron afectados con tal decisión. En tal virtud, no se cumple con un elemento objetivo del tipo. Más, aún, si en el caso de los procesados [...], se les condenó debidamente por el delito de Colusión Desleal, por lo que no podría condenárseles ahora por el delito de Malversación de Fondos, pues ambas figuras delictivas se superponen en lo principal, esto es, perjudicar al Estado en el cumplimiento de la función encomendada [...].[15]

En merito a los antecedentes expuestos, los lineamientos jurisprudenciales, exigen, la elaboración de pericias afines a la temática, así tenemos, el R. N. N.° 5391-2008 La Libertad, del 3 de agosto del 2010, mediante el cual se tiene que en el delito de malversación de fondos resultan pertinentes y relevantes las pruebas periciales, así tenemos:

> [L]a prueba pericial es de carácter compleja que consta, entre otros elementos, de operaciones técnicas, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como es el delito de peculado y malversación de fondos, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si en el supuestos típicos implican desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales. [...] Octavo. [Con] relación al delito de malversación de fondos, [...] conforme se desprende de los informes periciales [...], no se ha establecido de qué manera se afectó la inversión en la construcción de obras, ni cómo la viabilidad de estas se habría visto comprometida, pues para que se configure el presente delito no solo es necesario que se haya utilizado para otros fines el dinero del Estado, sino que debe estar delimitado el perjuicio que se causó a la institución por haberse dado una aplicación diferente al dinero o bien que se administra [...].[16]

Por lo tanto, al existir pronunciamiento pericial, y según la dinámica del proceso, se deberá recurrir al debate respectivo, con fines de esclarecer la problemática, así tenemos en el R. N. N.° 5425-2008 Moquegua, del 10 de febrero del 2010, respecto, a las discrepancias existentes entre dos informes periciales debe ser resuelto y aclarado en un nuevo juicio oral con la presencia de los peritos que intervinieron en la elaboración de dichos informes, por lo tanto se estableció:

> [L]a sentencia impugnada se limitó a evaluar, en algunos supuestos, las discrepancias existentes entre el Informe [de una auditora privada] [...] y el Informe Pericial Contable ordenado mediante ejecutoria

14 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.°* 1348-2012, Lima: 24 de enero del 2013, f. j. n.° 5.
15 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N.* N.° 23742013, Lima: 22 de enero del 2014, f. j. n.° 10.
16 SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 5391-2008,* Lima: 3 de agosto del 2010, f. j. n.° 4 y 8.

> suprema [...] [en los] que no se pudo determinar el hecho incriminado, específicamente [y se] refirió que se trataba de una infracción administrativa [...]. [Todo] ello debió ser resuelto y aclarado en el juicio oral con la presencia de los peritos que intervinieron en la elaboración de dichos informes. [...] Séptimo. [Es] necesario llevar a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, en el que deberán comparecer los [peritos referidos en el acápite anterior] [...]. Por lo demás, el Superior Colegiado deberá llevar a cabo un debate pericial sobre los puntos contradictorios para tener una mayor certeza y claridad de los cargos formulados en la acusación fiscal [...].[17]

Finalmente, respecto al rubro pericial, se tiene que las actividades de Contraloría General, desarrolladas en un proceso de auditoría, tienen el estatus de un pericia, toda vez que cuenta con los conocimientos técnicos y métodos científicos, exigidos en una pericia, conforme se puede evidenciar en el considerando 6.4 de la D. N.° 004-2014-CG-PRON, del 23 de julio del 2014, mediante la cual se incorpora la elaboración de la "carpeta de control"[18], como uno de los productos en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior, en la cual se señala: "Las evidencias comprenden toda la información obtenida mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoria, las cuales sirven para sustentar, de forma objetiva, los hechos advertidos en la carpeta de control"; criterio que aparece ratificado en el considerando 7.4.2 de la D. N.° 04-2017-CG-DPROCAL, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 351-2017-CG, de fecha 20 de septiembre del 2017, en la cual se establece: "[...] Las evidencias constituyen la información obtenida durante el desarrollo del servicio de control posterior, mediante la aplicación de procedimientos y técnicas de auditoría, las cuales sirven para sustentar de forma objetiva los hechos contenidos en la Carpeta de Control".

En ese mismo contexto, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales, que dotan de valor científico y de suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia y justificar responsabilidad jurídico penal, así tenemos la Cas. N.° 935-2005 Ica, del 24 de abril del 2007, mediante la cual se señala:

> [Q]ue, en tal sentido, el informe antes referido (en virtud de carácter de prueba pre constituida) constituye un verdadero acto de prueba formalizado con anterioridad al inicio de este proceso y que tiene mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de su investigación. [...]"[19].

De la misma forma, se tiene el R. N. N° 3700-2005 Ucayali, del 7 de diciembre del 2005, mediante el cual se señala:

---

17 SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad, N.° 5425-2008,* Lima: 10 de febrero del 2010, f. j. n.° 6 y 7.

18 Según el considerando 6.3 de la Directiva 04-2017-CG-DPROCAL, define a la Carpeta de Control, en los siguientes términos: "*Es el documento que se origina a partir del requerimiento de información que formula el Ministerio Público y contiene la descripción objetiva y concisa de los hechos advertidos y evidencias obtenidas por la comisión auditora en el desarrollo del servicio de control posterior, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado, de ser el caso; así como, la relación de involucrados, sin tipificar sus conductas. Los hechos contenidos en la Carpeta de Control deben estar relacionados con los hechos de la investigación fiscal para la cual es solicitada. La emisión de la Carpeta de Control constituye una medida excepcional en el marco del desarrollo de un servicio de control posterior*".

19 Véase el fundamento jurídico Undécimo, en Frisancho Aparicio, Manuel, *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 231.

> [E]l informe especial de la Contraloría General de la República tienen carácter de pericia institucional extraprocesal, y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente sea acompañada de la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia[20].

Asimismo, se cuenta con el R. N. N.° 5667-2006 Lima, del 18 de abril del 2007, mediante el cual se estableció: "[...] El carácter de prueba pre constituida del Informe Especial de Contraloría General de la Republica, contratado con los demás medios de prueba, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícito materia del proceso"[21]. En términos similares, el R. N. N.° 1842-2016 Lima, del 6 de julio del 2017, indicó:

> [D]ebe señalarse que el A.P. N.° 2-2007/CJ-11633; ha establecido en el considerando número 7, que la prueba pericial tiene un carácter complejo, pues consta de tres partes, el reconocimiento pericial, el dictamen o informe y finalmente el examen. Agrega que, cuando se trata de pericias emitidas por instituciones oficiales dedicadas a estos fines como la Contraloría General de la República que emite los denominados informes especiales, como en el caso concreto- estos gozan de una presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia.[22]

De la misma forma, el art. 201- A del nuevo CPP, señala que 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, dicha situación, no solo habilita al Ministerio Público para iniciar una investigación penal, en merito a dichos informes periciales o carpetas de control, sino que además, dichas actividades periciales, constituyen prueba pre-constituida, debiéndose ofrecer como tal al proceso penal.

2.1.5. De la forma agravada

Con relación al según supuesto, esto es, que el dinero o bienes públicos correspondiente a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, se refieren a los diversos diseños o proyectos que fueron plasmados y aprobados producto de la gestión de Estado, los mismos que tienen un escenario permanente, por contar con un presupuesto institucional, en ese sentido, el sujeto cualificado, otorga una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada,

2.2. Clase de delito

Según SALINAS SICCHA:

> [E]l delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento y voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a la previa mente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada.[23]

Por nuestra parte, el delito de malversación de fondos, respecto a los sujetos, resulta ser un delito especial propio y de infracción de deber, por otro lado, respecto a la conducta,

20 *Ibid.*, p. 232.
21 *Ibid.*, p. 233.
22 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1842-2016,* Lima: 6 de julio del 2017, f. j. n.° 158.
23 *Ibíd*, p. 463.

resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio- tiempo", evidenciándose en su estructura, el desvalor de la acción y del resultado, por cuanto, se exige un perjuicio en el servicio de la administración pública, en términos similares NOLASCO VALENZUELA, indica que consiste en dar una aplicación pública diferente y definitiva dar dinero o bienes públicos. El resultado típico que debe ocasionar es la afectación del servicio o función encomendada[24].

2.3. Forma de ejecución

El delito de malversación de fondos, puede ejecutarse por acción, en razón de la técnica de descripción activa, es decir, fenomenológicamente, se requiere un hacer, por cuanto, el tipo penal, demanda que el sujeto cualificado otorgue una aplicación definitiva y diferente al dinero o los bienes públicos. Respecto a la forma omisiva, se tiene que, con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, además de la redacción típica activa, para admitir la figura delictual de omisión propia, se requiere que se encuentre expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el delito materia de análisis.

Con relación a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuanto, dicha modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el agente delictual, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que, sobre el autor, versa una postura de garante frente al dinero y bienes estatales encomendados en razón del cargo. Asimismo, un argumento adicional, para justificar la figura de omisión impropia, se tiene que el delito de malversación de fondos, resulta ser un delito de resultado, situación afín para admitir la aplicación de la postura de garante vinculada a la omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

Respecto al rubro, existen diversos supuestos conforme serán explicados en las líneas siguientes:

3.1. Bien jurídico

Según los autores NOLASCO VALENZUELA y AYALA MIRANDA, señalan lo siguiente:

> [E]l delito de malversación tiene como bien jurídico protegido –u objeto jurídico de tutela– uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la Administración Pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado –con un claro sentido instrumental– para que ésta pueda cumplir los fines que le son propios -correcta gestión del patrimonio público-. Se tutela, en suma, que el dinero o los bienes públicos que se pone a disposición del funcionario público sean administrados conforme a las finalidades previstas en la ley y a sus deberes de objetividad e imparcialidad, de acuerdo a los principios del Estado de Derecho[25].

24 NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Érika, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 610.

25 *Ibid.,* p. 607.

Por otro lado, SALINAS SICCHA sostiene:

> [E]l bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. De modo específico, "en el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo de dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es la disciplina y racionalidad funcional del servicio[26].

Por nuestra parte, el bien jurídico de manera general resulta ser el correcto y buen funcionamiento de la administración pública, por otro lado, el bien jurídico específico o particular, resulta ser la viabilidad de los fondos estatales vinculados al dinero y bienes públicos, los cuales aparecen encomendados al sujeto cualificado en razón del deber de lealtad y probidad que le asiste a los funcionarios o servidores públicos.

3.2. Relación causal e Imputación objetiva.

Los criterios de imputación objetiva, son perfectamente admisibles en el delito de malversación de fondos, tan igual que en el delito de peculado doloso, culposo y de uso, por la misma naturaleza afín a los delitos de resultado, por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal, según cada caso concreto, es decir, se deberá tener en cuenta que la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) El riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado – nexo causal-), se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo:

- Imputación objetiva de la conducta[27]. En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse "ex ante" al resultado lesivo.
- Imputación objetiva del resultado[28].- La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar "ex post".

---

26 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 400.

27 Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta.
1. Riesgo permitido.-El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2. Disminución del riesgo prohibido.- El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción.
3. Riesgo insignificante.- El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4. Principio de confianza.- El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5. Prohibición de regreso.- Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6. Autopuesta en peligro de la propia víctima.- Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

28 Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado.
1.- Relación de riesgos.- Denominado también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo

IV. TIPO SUBJETIVO

SALINAS SICCHA sostiene:

> [E]l delito de malversación es un delito solo de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. En consecuencia, requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar y aplicar el dinero o bienes del Estado confiados a su cargo al destino previamente establecido, no obstante, voluntariamente decide darles una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada[29].

Por su parte, en su particular estilo, ROJAS VARGAS, sostiene que el tipo es doloso, lo cual significa que el sujeto activo tenga conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes[30].A nuestro criterio, el delito de malversación de fondos, es un delito de comisión dolosa, es decir, se requiere conocimiento y voluntad en el agente delictivo. No se admite la forma culposa, conforme señala el art. 12 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme vengo afirmando en diversos capítulos distintos al presente y en este caso no será la excepción, no pueden ser invocados en la medida que no aparezcan expresamente señalados, en ese sentido, en el delito de peculado de uso, no existe mandato del legislador para otorgarle naturaleza punible.

---

desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.

2.- Protección de la norma.- Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,

3.- Imputación objetiva por producto defectuoso.- Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión.- En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto no se trata de una causa de justificación sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley.- El autor actúa bajo la existencia de un norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento.- En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12.- [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

29 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 461.

30 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 391.

2. Tentativa

El autor Salinas Siccha señala que:

> [E]l delito de peculado de uso al constituir un hecho punible de resultado es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Toda conducta anterior a la real disposición definitiva del dinero o bienes públicos a destino diferente al previsto, constituirá tentativa siempre y cuando se haya traspasado el límite de los meros actos preparatorios[31].

Por nuestra parte, consideramos, que el delito tentado, únicamente opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de malversación, al ser concedido como delito de resultado, determinado por el desvalor de la acción y el resultado, la tentativa es perfectamente posible.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

El delito de malversación de fondos, según el sector doctrinario, se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaba destinada, afectándose el servicio o la función encomendada[32]. Según SALINAS SICCHA:

> [E]l delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento v voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a la previa mente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada[33].

Por su parte, ROJAS VARGAS, afirma que:

> [E]l delito se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos. No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente[34].

Por nuestra parte, consideramos que desde una perspectiva de dominio, el delito de malversación de fondos, alcanza consumación, en la medida que el sujeto delictual, producto de la aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados el dinero y los bienes, afecta el servicio o la función encomendada, todo ello, por cuanto, el tipo penal es un delito de resultado, subsecuentemente, el indicador para fines consumativos, tiene que ser el desvalor del resultado.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de malversación de fondos, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo líneas

---

31 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 463.
32 NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Érika, *Delitos contra la administración pública*, t. I, Lima: Ara, 2013, pp. 616-617.
33 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p 463.
34 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 392.

arriba, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, respecto al delito materia de análisis, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el agente delictual afecte el servicio o función pública encomendada, todo ello, producto de la infracción de los deberes especiales.

4. Agotamiento

El delito agotado aparece evidenciado en la medida que el agente delictual, después de haber afectado el servicio o la función pública, genera inestabilidad en la gestión pública, en razón de haberse afectado presupuesto o partidas de naturaleza pública, las mismas que necesitaran el presupuesto respectivo.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de malversación de fondos, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Conforme se viene indicando en los apartados anteriores y en este caso no será la excepción, las diversas formas de autoría, aparecen previstas en el artículo 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la "autoría" "directa", en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la "coautoría", codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, desde una postura de dominio, es perfectamente posible, en el delito de malversación de fondos, admitir la autoría directa, por lo tanto, *autor directo*, será aquel sujeto delictual que por sí mismo le otorga una aplicación diferente y definitiva al dinero o bienes encomendados, afectando al servicio o función pública. Respecto a la *autoría mediata*, no resultaría posible por lo personalísimo de los deberes que recaen en el agente delictual, con relación a la *coautoría,* resultaría posible en la medida que existan una pluralidad de sujetos cualificados que ostenten la relación funcionarial con objeto de protección, esto es, el dinero o bienes públicos, en ese sentido, sería posible, toda vez que, por el principio de comunidad del hecho, responderían conjuntamente.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite *autoría directa*, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de malversación de fondos; conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que con anterioridad o al momento que el sujeto cualificado otorga una aplicación diferente y definitiva al dinero o bienes encomendados, afectando al servicio o función pública, coopera con el plan del agente delictual, por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible, por lo tanto, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar. La afirmación sustentada, es posible de ser aplicada en un caso concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la instigación, su intervención es admisible en el delito de malversación de fondos, en la medida que el instigador haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que otorgue una aplicación definitiva, diferente de aquella a los que el dinero y los bienes públicos les fue otorgada inicialmente.

VII. PENALIDAD

El tipo penal analizado regula dos niveles penológicos, el primero, en la medida que 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, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del art. 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u cinco días –multa.

Por otro lado, existe un segundo nivel penológico, el mismos que opera como circunstancia agravante, es decir, Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del art. 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

CAPÍTULO XVII
RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 390 CP)

El delito de retardo injustificado de pago aparece registrado en el art. 390 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **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.

II. ANTECEDENTES

Según el autor SALINAS SICCHA, de la revisión del contenido del CP derogado, se concluye lo siguiente:

> [Q]ue, el delito denominado "demora injustificada de pagos" no estaba allí tipificado. No hay antecedente de tal delito en nuestra legislación penal anterior al Código Penal de 1991. Es el legislador del Código Penal de 1991 que tipifica, por vez primera en nuestra patria, como delito la conducta del funcionario o servidor público que demora injustificadamente un pago ordinario o pago ordenado por autoridad competente copiando literalmente, el artículo 264 del Código Penal argentino[1].

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal presenta un relativo sincretismo en la redacción, empero, a pesar de ello, para efectos de determinar el escenario consumativo, exige un razonamiento que trasciende el sentido común, en ese sentido, según el autor SALINAS SICCHA, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre funcionario o servidor público, conociendo o sabiendo que tiene o existen fondos disponibles o expeditos, demora de manera injustificada un pago ordinario o decretado por autoridad competente[2]. Por lo tanto, en las líneas venideras, se analizaran los diversos elementos vinculados a los sujetos, conducta y elementos concomitantes.

---

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 467.
2 *Ibid.*, p. 468.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

Según el autor SALINAS SICCHA:

> [E]l delito de peculado de uso, se trata también de un delito especialísimo. No es suficiente que el sujeto activo o autor del delito en análisis sea un funcionario o servidor público. A la vez que tiene tal condición o cualidad, por la misma redacción y construcción del tipo penal, es necesaria la concurrencia de un elemento adicional como es la relación funcional de este con los fondos públicos. Es decir, el agente debe tener la facultad v en otros casos el deber, de hacer pagos al interior de la administración pública. Para ello, sin duda, la administración pública le asigna determinados fondos, los que deben estar disponibles[3].

Asimismo ROJAS VARGAS sostiene lo siguiente:

> [E]l 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[4].

Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito de retardo injustificado de pago, es decir, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. Por otro lado, el supuesto de hecho, registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y la institución "administración pública", por lo tanto, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una institución especial, conocida como "administración pública", la cual contiene una norma de mandato de la cual derivan deberes positivos o deberes de mandato que obligan al sujeto cualificado a actuar de una manera específica en favor de protección del bien jurídico, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

Para SALINAS SICCHA, el sujeto pasivo es, siempre el Estado al ser el único titular del bien jurídico protegido. Sin embargo, teniendo en cuenta que con el hecho necesariamente se genera u ocasiona un perjuicio directo a los beneficiarios de los pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, estos se constituyen en víctimas del delito. En esta línea, se ha pronunciado la ejecutoria suprema del 16 de abril del 2002, cuando expresa que dada la naturaleza de este delito, con el retardo del pago de las dietas a regidores, no

3 *Ibid.*, pp. 470-471.
4 ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 277.

solo es sujeto pasivo la administración pública, sino también las personas perjudicadas con la demora injustificada del pago[5].

Por nuestra parte, conforme se viene indicando en diversos apartados respecto a los delitos funcionariales, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El delito de retardo injustificado de pago contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1. De los elementos típicos

El delito de retardo injustificado de pago, fundamentalmente, a nivel del tipo objetivo, exige una relación funcionarial especifica entre el sujeto activo y los fondos públicos, asimismo, requiere la existencia de liquidez a nivel de los fondos públicos y finalmente la demora injustificada por parte del sujeto cualificado. En las líneas siguientes serán analizadas cada uno de las variables.

2.1.1. De la relación funcionarial

El tipo penal, sin lugar a dudas, exige una relación funcionarial respecto al sujeto activo frente a la correcta administración pública, en ese sentido, resulta prudente y de manera complementaria, citar el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la relación funcionarial, precisándose que, si bien dicho desarrollo correspondió al delito de peculado doloso, empero, la relación funcionarial aparece subsistente en los mismos términos para el delito de retardo injustificado de pago, así tenemos el A.P N.° 4-2005/CJ-116, en el cual se indicó lo siguiente: "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."[6]

Siendo así, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, resulta ser el único sujeto que en virtud del cargo que ejerce y por la competencia otorgada por la ley o por los instrumentos de gestión interna, reglamentos, directivas, instructivos, etc., tiene la capacidad de disponibilidad sobre los fondos públicos, en ese sentido, el reproche penal aparece en la medida que el agente delictual, al tener la disponibilidad de los fondos y encontrarse expedito para los pagos ordinarios, es decir, pagos programados rutinariamente por el cumplimiento de la actividad funcional, o en su defecto, aquellos

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 411.
6 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116*, Lima: 30 de septiembre del 2005, f. j. n° 7-a.

pagos ordenados por la autoridad competente, por ejemplo, pagos ordenados por mandato judicial, retrasa el cumplimiento de los mismos, sin mediar justificación alguna.

2.1.2. De los fondos expeditos

Respecto a los fondos, se refiere a los caudales públicos, específicamente dinero de las arcas estatales, en ese sentido, el tipo penal materia de análisis, exige que el funcionario o servidor público, cuente con fondos públicos disponibles para los pagos respectivos, es decir, el sujeto cualificado, tiene la capacidad de disponibilidad para afrontar la obligación del pago ordinario o el requerimiento de autoridad competente, dicha situación coloca al sujeto cualificado en pleno conocimiento con la suficiencia de los fondos para afrontar los requerimientos, empero, a pesar de ello, retarda los pagos, generando dificultades en el correcto funcionamiento de la administración pública, encontrándose justificado el reproche jurídico penal.

2.1.3. De la demora injustificada

La demora injustificada, resulta ser el elemento central y definitivo del tipo penal, por cuanto, al evidenciarse la existencia de fondos públicos y la obligación del cumplimiento del pago ordinario o del mandato de autoridad competente, empero, a pesar de ello, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, sin justificación alguna, retarda el cumplimiento del pago, situación que evidencia el accionar delictivo del agente delictual, por lo tanto, el elemento rector para la delimitación del injusto penal y del reproche respectivamente, resultaría ser el accionar injustificado, caso contrario, si existe justificación, entonces la conducta respondería a una causa de atipicidad relativa.

2.2. Clase de delito

El delito de retardo injustificado de pago, respecto a los sujetos, resulta ser un delito especial propio y de infracción de deber, por otro lado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, al identificarse la demora injustificada, se estaría perfeccionando el tipo penal, por la misma naturaleza de comisión instantánea.

2.3. Forma de ejecución

El delito de retardo injustificado de pago es un tipo penal vinculado a un escenario omisivo, por cuanto, naturalistamente, se requiere que el agente delictual demore injustificadamente el pago, situación propio de un dejar de hacer, en ese sentido, con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, la figura delictual de omisión propia, requiere encontrarse expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el delito materia de análisis.

Respecto a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuanto, dicha modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el agente delictual, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que,

sobre el autor, versa una postura de garante frente al sistema de administración pública, por cuanto sobre él, versa el deber de cancelar los pagos ordinarios y aquellos dispuestos por autoridad competente.

3. Elementos concomitantes

Con relación al rubro, existen diversos supuestos conforme serán explicados en las líneas siguientes:

3.1. Bien jurídico

Para el autor SALINAS SICCHA:

> [E]l bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, incluidos los mismos funcionarios o servidores públicos. De modo específico, consideramos que se pretende proteger la buena imagen de la administración pública, pues si el agente demora en forma arbitraria los pagos debidos, el beneficiario y los demás ciudadanos comienzan a referirse en malos términos respecto de la administración[7].

Por nuestra parte, el bien jurídico de manera general, resulta ser el correcto y buen funcionamiento de la administración pública, por otro lado, el bien jurídico específico o particular, resulta ser los intereses de los administrados, quienes aparecen afectados con la demora injustificada del acto funcional, situación que genera en el sujeto cualificado la infracción del deber de lealtad y probidad que le asiste a los funcionarios o servidores públicos.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

La estructura de la imputación objetiva, conforme se viene indicando en otros capítulos, contiene dos vertientes, imputación de la conducta e imputación del resultado; respecto a la imputación de la conducta, se advierte la creación del riesgo debe apreciarse "ex ante" al resultado lesivo. Respecto a la imputación objetiva del resultado, la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar "ex post".

En ese sentido, no es nada pacífico[8], respecto a la admisión de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad, por cuanto, la imputación objetiva, exige el criterio "espacio-tiempo", presupuesto que aparece en los delitos de resultado y no así

7 *Ibid.*, p. 470.

8 Respecto al debate aludido, tenemos la evidencia presentada por Juan Luis MODOLELL, manifiestado en su ensayo jurídico "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", quien refiere que Santiago MIR PUIG, para quien así como el resultado causado materialmente por una conducta pueda que no sea imputable a esta, por no ser previsible *ex ante* que causase el resultado, también en los delitos de mera actividad podría no ser previsible, desde un punto de vista *ex ante*; ilustrando su afirmación con el ejemplo siguiente: "El delito de allanamiento de morada ajena contra la voluntad de su morador [...] supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada". Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y <https://bit.ly/2qIdfbW>. Ante tal ejemplo, considero que se deberá recurrir a la figura de error de tipo, como elemento negativo de la tipicidad, a efecto de enervar criterios de atribución, y no así a los presupuesto de imputación objetiva.

en los tipos penales de mera actividad, por lo tanto, en los delitos de mera actividad, no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos espacio -tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva.

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de retardo injustificado de pago, resulta ser un delito de comisión dolosa, específicamente se necesita dolo directo en el sujeto cualificado, es decir, el funcionario o servidor público, actúa con conocimiento y voluntad. No es posible la modalidad culposa, por cuanto, dicha modalidad tiene que ser expresa, conforme exige el art. 12 del CP, situación que no opera en el delito materia de análisis.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, al no encontrarse expresos por mandato del legislador no existen en el delito de retardo injustificado de pago, subsecuentemente no tienen naturaleza punible.

2. Tentativa

Según SALINAS SICCHA, quien indica que, como el delito en hermenéutica jurídica se perfecciona por omisión es común sostener que es imposible la tentativa en sus diversas modalidades[9]. Aunado a ello, el tipo penal analizado, por tratarse de un delito de mera actividad, no admite el delito tentado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

El autor SALINAS SICCHA, señala lo siguiete:

> [E]l delito de demora injustificada de pagos ordinarios o pagos ordenados por autoridad competente se perfecciona al momento de verificar el retardo en la ejecución de los pagos requeridos pese a existir fondos públicos disponibles para tal efecto. Por la forma de construcción del tipo penal, se trata de un delito de comisión por omisión simple. El agente arbitrariamente omite cumplir con su obligación en el tiempo establecido[10].

Desde nuestra óptica y considerando la tesis de dominio, al tratarse de un delito de mera actividad, la consumación delictual aparece identificada con la demora injustifica-

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 473.
10 *Ibid.*, p. 412.

da desplegada por el sujeto cualificado, todo ello, por la misma naturaleza de comisión instantánea.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de retardo injustificado de pago, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad[11] y lealtad, en ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto cualificado, retarde o demore injustificadamente el pago ordinario o aquellos pagos decretados por la autoridad competente, todo ello, como consecuencia de la infracción de los deberes especiales.

4. Agotamiento

La forma delictual agotada, aparece evidenciado en la medida que el sujeto cualificado, después de haber demorado injustificadamente el pago ordinario o aquellos pagos ordenados por la autoridad competente, causa perjuicio a los interesados con los pagos y también, de ser el caso, a la administración pública.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de retardo injustificado de pago, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Aparece precisado en apartados anteriores y en este caso no será la excepción, las diversas formas de autoría, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la "autoría directa", en la medida que exista dominio de la acción delictual, "autoría mediata", dominio de la voluntad del instrumento, y la "coautoría", codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, desde una postura de dominio, es perfectamente posible, en el delito de retardo injustificado de pago, admitir la autoría directa, por lo tanto, autor directo, será aquel sujeto delictual, esto es, funcionario o servidor público, que por sí mismo, teniendo fondos expeditos, retarda o demora injustificadamente los pagos ordinarios y aquellos que fueron decretados por autoridad competente. Respecto a la autoría mediata, no resultaría posible, por lo personalísimo de los deberes que recaen en el agente delictual, con relación a la coautoría, resultaría posible en la medida que existan una pluralidad de sujetos cualificados que ostenten la relación funcionarial y mantengan la obligación

11 Según el Código de Ética, aprobado por ley N.° 27815.

conjunta de disponer el pago de los fondos públicos, teniendo disponibilidad de los mismos, empero, injustificadamente, retardan los pagos ordinarios y aquellos ordenados por la autoridad competente, por lo tanto, la coautoría sería posible, en mérito al principio de comunidad del hecho.

Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, conforme se viene indicando reiteradamente en capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de retardo injustificado de pago; conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de "complicidad (primaria y secundaria) e instigación", por lo tanto, será participe, el sujeto no cualificado, que con anterioridad o al momento del retardo o demora injustificada, coopera con el plan del agente delictual, por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar aparece ligado al hecho punible, por lo tanto, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar. La afirmación sustentada, es posible de ser aplicada en un caso concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la instigación, también es posible, en la medida que el instigador haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que demore, injustificadamente, los pagos ordinarios o aquellos que fueron decretados por la autoridad competente.

VII. PENALIDAD

El tipo penal analizado, registra un nivel penológico, esto es, en la medida que el funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

CAPÍTULO XVIII
REHUSAMIENTO A ENTREGA DE BIENES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 391 CP)

El delito de retardo injustificado de pago aparece registrado en el art. 390 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 391**
> El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

II. ANTECEDENTES

El autor SALINAS SICCHA indica lo siguiente:

> [E]l delito que denominamos de rehusamiento a entregar bienes a la autoridad no tiene antecedente en la legislación nacional. El legislador habría tomado como fuente directa el art. 264 del CP argentino. Sin embargo, ello no significa que para su interpretación vayamos a sustentarnos en la doctrina argentina, pues ya hemos referido que el legislador nacional es particular en este ámbito. No siempre copia literalmente sus fuentes, sino que pone algo de su cosecha. Este proceder origina que la construcción del tipo penal no sea igual al de la fuente sino diferente[1].

III. TIPO OBJETIVO

El delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tiene una pluralidad de supuestos típicos que serán analizados en las líneas siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, encontramos, fundamentalmente, al sujeto activo y sujeto pasivo, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

1.1. Sujeto activo

El autor SALINAS SICCHA señala lo siguiente:

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 480-481.

> [D]el contenido del artículo 39 del Código Penal, se concluye que estamos ante un delito especialísimo en el cual aparte de que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige, además, que aquel cuente con una relación funcional ineludible con el dinero, cosas o efectos. Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desempeña como depositario, custodio o administrador del bien objeto del delito tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) el dinero, cosas o efectos que tiene la obligación de entregar o devolver[2].

Según el autor FRISANCHO APARICIO, es el funcionario o servidor público que requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración[3]. En lo que nos corresponde, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, es decir, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

1.2. Sujeto pasivo

Según el autor SALINAS SICCHA, el sujeto pasivo del delito de rehusamiento a entregar bienes es, solo el Estado al constituirse en el único titular del bien jurídico protegido con el delito[4]. Según el autor FRISANCHO APARICIO, el sujeto pasivo es el Estado, por ser el titular del bien jurídico. Pueden concurrir como agraviados por el delito aquellos particulares cuyos dineros, cosas o efectos depositados o puestos bajo custodia se rehúsa a entregar el funcionario o servidor público[5].

Por nuestra parte, conforme se viene indicando en diversos apartados respecto a los delitos funcionariales, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese mismo sentido, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

El delito de rehusamiento a la entrega de bienes, contiene diversos elementos o modalidades típicas, entre ellos tenemos:

2.1. De los elementos típicos

El delito materia de análisis, presenta diversos elementos típicos, los cuales serán analizados en las líneas siguientes.

---

2 *Ibid.*, p. 418.
3 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 356.
4 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 419.
5 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 356.

2.1.1. De la relación entre el sujeto cualificado y el objeto del delito

El tipo penal materia de análisis, registra una relación directa y expresa entre el sujeto cualificado y el objeto del delito, es decir, entre el funcionario o servidor público y el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia, por lo tanto, será el primer presupuesto materia de análisis, siendo así, en el caso que no exista dicha relación, el tipo penal deviene en inexistente.

La vinculación expuesta, aparece delimitada por la normatividad pre-existente, es decir, por ley, reglamentos, directivas, instructivos, etc., de tal manera que dicha normatividad señala las prerrogativas que tiene el sujeto cualificado con el objeto del delito, asimismo, la relación aludida otorga al sujeto cualificado la capacidad de disponibilidad funcional frente al objeto del delito, requisito necesario para sustentar el reproche penal en el caso del rehusamiento en la entrega del objeto delictual. La disponibilidad señalada, advierte una relación directa o indirecta con el objeto del delito, es decir, respecto a la disponibilidad directa, el sujeto cualificado tiene en su poder, fácticamente, los objetos del delito, por ejemplo, custodia el vehículo incautado por entidad competente.

2.1.2. De los objetos del delito

El tipo penal, expresamente, consigna los objetos vinculados a la conducta delictual, entre ellos, tenemos, el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia. Respecto al "dinero", en términos de SALINAS SICCHA, se entiende, como el medio físico de cambio con valor económico de un país representado en billetes y monedas. Asimismo, el citado autor, respecto a los "efectos", indica que es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, título, sellos, estampillas, bonos, etc. Con relación a las "cosas", se trataría de bienes muebles o inmuebles con valor patrimonial pertenecientes a la administración pública".[6]

Asimismo, es necesario precisar que, tanto las cosas, efectos y bienes, tienen que estar a favor del agente cualificado en calidad de depósito, custodia o administración, en ese sentido, conviene en citar a SALINAS SICCHA, quien desarrolló dichos conceptos, por lo tanto, se entiende por "depósito" al acto jurídico por el cual se entregan bienes, dinero o efectos a una persona natural o jurídica para su tenencia y cuidado por tiempo determinado. Respecto a la "administración", significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Con relación al "custodiar", se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los mismos por parte del funcionario o servidor público.[7]

2.1.3. Del requerimiento legal por autoridad competente

El supuesto aludido, resulta ser expreso, es decir, opera como elemento descriptivo del tipo penal, por lo tanto, se requiere la existencia de un requerimiento expreso, desple-

6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 477 y ss.
7 *Ibid.*, p. 479.

gado por autoridad competente en el ejercicio del cargo, dicho requerimiento implica que el sujeto cualificado tiene que poner a disposición de la autoridad requirente el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia, por lo tanto, el sujeto cualificado tendrá que tener conocimiento de manera personal y directa del requerimiento, caso contrario, el tipo penal perdería contenido, por cuanto no se podría evidenciar la conducta renuente en la medida que el funcionario o servidor público no tenga conocimiento del requerimiento, por lo tanto, el acto de notificación será necesario a efecto de acreditar la conducta delictual.

2.1.4. Del accionar renuente del sujeto cualificado

El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "rehusar", el mismo que según la RAE, proviene del latín *refusāre,* de *refūsus*, significando "no querer o no aceptar algo", es decir, para el caso que nos ocupa, el sujeto cualificado, teniendo conocimiento del requerimiento formal de la autoridad competente, para que entregue el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia, muestra un accionar negativo y desafiante ante el pedido formal de la autoridad competente, subsecuentemente, en este extremo, en la medida que el sujeto cualificado, ingrese en dicho verbo, estaría consumando el tipo penal.

2.2. Clase de delito

Según SALINAS SICCHA, indica que:

> [E]l tipo penal se trata de un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, se perfecciona o consuma cuando el agente ante el requerimiento realizado por autoridad competente hace caso omiso a la entrega o devolución de los objetos del delito[8].

Por nuestra parte, consideramos, respecto a la conducta, se trata de un delito de comisión instantánea, por la naturaleza del verbo rector, esto es, "rehusar", no exigiéndose otro escenario típico.

2.3. Forma de ejecución

El tipo penal materia de análisis, fenoménicamente, demanda un escenario omisivo o renuente por parte del funcionario o servidor público ante el pedido de una autoridad competente, por lo tanto, nos encontramos ante un hecho de omisión impropia o comisión por omisión, por cuanto, sobre el sujeto cualificado versa una postura de garante, por la misma regulación expresa de la normatividad, existiendo un actuar precedente en la medida que el sujeto cualificado tenga conocimiento del requerimiento expreso desplegado por la autoridad competente.

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 482.

3. Elementos concomitantes

Respecto al rubro materia de análisis, existen diversos supuestos conforme serán explicados en las líneas siguientes:

3.1. Bien jurídico

Concordamos con el autor SALINAS SICCHA, respecto al principio de autoridad como objeto de protección específico, es decir, en términos del autor aludido, todos los delitos de esta sección, el bien jurídico general es, sin duda, el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. En tanto que el bien jurídico específico lo constituye el principio de autoridad que sustenta toda la administración pública. El agente al desobedecer el requerimiento efectuado por autoridad competente lesiona o pone en peligro evidente el principio de autoridad[9].

3.2. Relación causal e Imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva, conforme se viene indicando en otros apartados, opera o pueden invocarse sus diversos filtros de exclusión de responsabilidad, en la medida que el tipo penal analizado, corresponde a la categoría de los delitos de resultado, siendo así, el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad competente, al asumirse como tesis que se trataría de un delito de mera actividad, es decir, delito de consumación instantánea, los criterios de imputación objetiva resultarían incompatibles para su aplicación, por la ausencia del baremo "espacio- temporal", precisándose que no es nada pacífica dicha tesis, respecto a la no admisibilidad de los criterios de imputación objetiva en los delitos de mera actividad.

IV. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal, sin duda alguna se trata de un delito de comisión dolosa, exigiéndose dolo directo, es decir, el sujeto cualificado, teniendo conocimiento del requerimiento expreso de la entrega de los objetos del delito, se rehúsa entregarlos a la autoridad competente. SALINAS SICCHA, señala que:

> [E]l delito en hermenéutica jurídica es de comisión dolosa; no se admite su comisión por culpa o negligencia del agente. Ello significa que el sujeto activo siempre funcionario o servidor público actúa con conocimiento de que una autoridad competente le viene requiriendo la entrega de dinero, cosas o efectos, no obstante, en forma voluntaria rehúsa obedecer la orden dispuesta. No se requiere algún elemento adicional al dolo[10].

Según el autor FRISANCHO APARICIO, es un delito doloso. El agente debe saber que el requerimiento que rehúsa cumplir emana de un funcionario competente y que éste lo ha requerido respetando las formalidades de ley[11].

---

9 *Ibid.*, p. 480.
10 *Ibid.*, p. 481.
11 FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 357.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual, contiene diversos presupuestos que serán analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, tienen relevancia penal en la medida que por mandato legislativo aparezcan expresamente contenidos como figura delictiva, al no encontrarse expresos por mandato del legislador no existen, situación que opera en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, subsecuentemente no tienen naturaleza punible.

2. Tentativa

El delito tentado deviene en inaplicable en un delito de mera actividad, por la ausencia del desvalor de la acción y del resultado, presupuestos propios de los delitos de resultado, empero, el delito materia de análisis, al tratarse de la figura delictual de mera actividad, deviene en inexistente el delito tentado.

3. Consumación

El autor SALINAS SICCHA, señala lo siguiente:

> [T]ratándose de un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, se perfecciona o consuma cuando el agente ante el requerimiento realizado por autoridad competente hace caso omiso a la entrega o devolución de los objetos del delito. La consumación es formal, basta la negativa formal o material, pero siempre y cuando sea posible la entrega o devolución y el sujeto activo se niegue a ello. Si le es imposible entregar por causas de su estricta responsabilidad estaremos frente a una figura de peculado doloso o en otro supuesto, si le es imposible entregar por causas naturales o de fuerza mayor que escapan a sus ámbitos de responsabilidad, estaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para configurar el delito[12].

Consideramos apropiada la tesis desarrollada por SALINAS SICCHA, por cuanto, la figura delictual al tratarse de un delito de mera actividad, la consumación alcanza evidencia, en la medida que el sujeto cualificado, con conocimiento previo del requerimiento de la autoridad competente, muestra un acto renuente al cumplimiento del requerimiento, por lo tanto, el verbo "rehusar", brilla como un indicador delimitante para efectos consumativos. Con relación a la temática, la Corte Suprema emitió un pronuncia afín, así tenemos el R.N. N.° 1554-2007 Arequipa, del 8 de mayo del 2008, en el cual se indicó, que el delito de rehusamiento en la entrega de bienes a la autoridad es un ilícito de resultado instantáneo sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial, así tenemos:

> [El] delito previsto en el artículo 391 del Código Penal se perfecciona o satisface plenamente -consumación típica- con el simple rehusamiento (la negativa consciente) a entregar los bienes depositados, custodiados o administrados por parte del obligado, previo requerimiento por la autoridad competente; que, empero, el verbo rector empleado en el citado precepto penal ("rehusar") no indica que cada momento en que se desobedece el mandato judicial sea una prórroga duradera de la fase de consumación

12 *Ibid.*, p. 482.

> del delito; que si bien la conducta puede implicar el transcurso de cierto tiempo en que el bien no se entrega a la autoridad, se trata de un elemento del que no depende la consumación típica del delito (la que está enlazada estrictamente al cumplimiento del verbo típico antes mencionado); que, desde este punto de vista, el delito se estructura como un ilícito de resultado instantáneo, cuya consumación acaece con el acto revelador de rehusamiento, sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial.[13]

El delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto cualificado, rehusé injustificadamente la entrega del dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, requerimiento realizado por la autoridad competente, situación que generaría la infracción de los deberes especiales antes mencionados

4. Agotamiento

El delito agotado, aparece en la medida que el sujeto cualificado, después de haberse rehusado injustificadamente al requerimiento desplegado por la autoridad competente, respecto a la entrega del dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, genera perjuicio a los interesados con los pagos y también, de ser el caso, a la administración pública.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito materia de análisis, contienen diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las diversas formas de autoría, conforme se viene indicando en apartados anteriores, aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, considerando al delito analizado como delito de dominio, es perfectamente posible, en el delito de retardo injustificado de pago, admitir la autoría directa, por lo tanto, autor directo, será aquel agente delictual, esto es, funcionario o servidor público, que por sí mismo, rehúsa entregar el dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, dicho rehusamiento implica que el citado agente delictual haya tenido conocimiento del requerimiento expedido por autoridad competente. Respecto a la autoría mediata, considero que sería posible, por lo personalísimo de los deberes que

13 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1554-2007 Arequipa*, Lima: 8 de mayo del 2008.

recaen en el agente delictual. Respecto a la coautoría, resultaría posible en la medida que existan una pluralidad de sujetos cualificados que ostenten la relación funcionarial y mantengan la vinculación directa con los objetos del delito, quienes se rehúsan a entregar a la autoridad competente los objetos del delito, por lo tanto, la coautoría, sería posible, en mérito al principio de comunidad del hecho.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene indicando en capítulos anteriores, en dicha categoría de delitos, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de *autoría mediata o coautoría*, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de rehusamiento de entrega de bienes a la autoridad competente; desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, no tiene ningún problema para admitir la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria) *e instigación*, por lo tanto, será cómplice, el sujeto no cualificado, que con anterioridad o al momento del rehusamiento injustificado de entregar el dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, coopera con el plan del agente delictual, por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar aparece ligado al hecho punible, por lo tanto, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar. La afirmación sustentada, conforme se viene indicando en otros apartados, es posible de ser aplicada en un caso concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la instigación, también es posible, en la medida que el instigador haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que rehusé injustificadamente, la entrega del dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, incumpliendo el requerimiento desplegado por la autoridad competente.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, solo registra un nivel penológico, esto es, en la medida que el funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

CAPÍTULO XIX
EXTENSIÓN DEL TIPO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 392 CP)

La figura delictual, conocida como extensión del tipo, peculado por extensión o peculado impropio, aparece registrado en el art. 392 del CP vigente, señalando lo siguiente:

> **Artículo 392**
> Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social (Artículo modificado por La Ley N.° 28165, del 10.01.2004)

II. ANTECEDENTES

Según el autor SALINAS SICCHA, los supuestos delictivos que comúnmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, han sido etiquetados como "peculado por extensión" o "peculado impropio" tienen su antecedente en el art. 347 del derogado CP de 1924[1]. Posteriormente, mediante Ley N.° 28165, del 10 de enero del 2004, la figura delictual aludida, sufrió modificaciones, conforme aparece consignado líneas arriba, no existiendo otra modificación alguna.

III. TIPO OBJETIVO

La figura analizada, tiene diversas nomenclaturas, es conocida como peculado por extensión, peculado impropio, extensión del tipo, cláusula extensiva de responsabilidad, cláusula de remisión típica, etc., asimismo, dicha figura delictual, mantiene conexidad, por mandato legal, con los delitos previstos en los arts. 387 al 389 del CP, esto es, los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, respectivamente. En ese sentido, nos encontramos ante una figura delictual dependiente y remisiva, por cuanto, el supuesto de hecho, que determina la autonomía de los tipos penales, aparece precisado en los arts. 387 al 389 del CP, por lo tanto, el agente del derecho, para fines configurativos, deberá recurrir a dichos tipos penales con la finalidad de verificar los verbos rectores y elementos descriptivos y normativos, inmersos en el supuesto de hecho.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 487.

En términos similares, el R. N. N.° 3286-2008 Ucayali, del 26 de enero del 2010, indica, que el delito de peculado por extensión describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa, así se sostiene:

> [El] delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal, constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, pues comprende a sujetos activos que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, ni por nombramiento o elección, a la vez que describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa.[2]

Por lo tanto, al existir una técnica de remisión vinculada a los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, nos remitimos al escenario configurativo de dichas figuras delictuales, las mismas que fueron desarrolladas oportunamente.

IV. DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES

A pesar de la técnica legislativa remisiva, impresa en el artículo materia de comentario, dicho tipo penal, contiene determinadas peculiaridades, las cuales aparecen vinculadas a sujetos cualificados distintos a los señalados en los arts. 387 al 389 del CP, es decir, diferentes a los funcionarios y servidores públicos, subsecuentemente, el escenario configurativo aparecerá fijado a determinados sujetos, siendo: a) los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, b) los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, y c) 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.

El sistema jurisprudencial, viene emitiendo pronunciamiento respecto a la temática, así el R.N. N.° 1436-2010 Huánuco, del 24 de noviembre del 2011, respecto al peculado por extensión y aplicación a sujetos activos que no tienen la condición de funcionario o servidor público, así tenemos:

> [El] delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos de este ilícito a quienes no tienen la condición de funcionario o servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, sancionando a tres distintos tipos de autores - según el objeto sobre el cual recae la acción del agente activo-, que son: i) los administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares; ii) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; y, iii) 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. Cuarto. [Teniendo] en cuenta la naturaleza de los hechos juzgados, debe concluirse que éstos no se encuentran comprendidos en las hipótesis, señaladas en los acápites i) y ii) del considerando anterior, expuesto así los hechos se puede determinar que la condición del procesado recurrente era la custodia de bienes o caudales públicos -tesorero-, que lo ubica en el presupuesto del tipo penal referido a "custodiar" a los que se alude en el acápite iii) ya mencionado.[3]

2 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3286-2008 Ucayali,* Lima: 26 de enero del 2010, f. j. n.° 3.
3 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1436-2010 Huánuco,* Lima: 24 de noviembre del 2011, f. j. n.° 3 y 4.

De la misma forma, se cuenta con el R. N. N.° 2162-2004 Lima, del 4 de febrero del 2005, respecto al sujeto activo en el delito de peculado por extensión, así se indicó:

> [El] sujeto activo en [el delito de peculado por extensión] es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales [...], por lo que de acuerdo con el artículo 392, segunda parte de dicha norma material, son sujetos activos del peculado por extensión los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público.[4]

Ante ello, es necesario precisar que los agentes delictuales señalados líneas arriba, técnicamente, para el derecho penal, ostentan el título de funcionarios o servidores públicos, por cuanto de conformidad con los incs.4 y 7 del art. 425 del CP, se establece que, "Son funcionarios o servidores públicos, [...] 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. [...]. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."; en ese sentido, al existir una técnica remisiva, se deberá enlazar los supuestos de hecho de los delitos previstos señalados en los arts. 387 al 389 del CP, con la clase de sujetos registrados en el artículo 392 del citado cuerpo legal, conforme se detalla a continuación:

ARTÍCULO	DELITOS AUTÓNOMOS	SUJETOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 392° DEL CÓDIGO PENAL
-Art. 387. CP	-Peculado doloso. -Peculado culposo.	**a)** Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. **b)** Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. **c)** 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.
Art. 388. CP	Peculado de uso	**a)** Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. **b)** Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. **c)** 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.
- Art. 389. CP	- Malversación	**a)** Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. **b)** Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. **c)** 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.

De la misma manera, los agentes delictuales señalados líneas arriba, tienen una relación funcionarial directa con el bien jurídico y un compromiso con la administración

4 SEGUNDA SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2162-2004 Lima*, Lima: 4 de febrero del 2005, f. j. n.° 3.

pública, por lo tanto, al no advertirse la relación funcionarial específica, en razón del cargo, el supuesto típico estaría afecto por una causal de atipicidad relativa, subsecuentemente el delito no existe. En las líneas venideras se desarrollarán cada uno de las clases de los sujetos cualificados.

1. Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares

El supuesto típico aludido, se refiere a personas naturales, esto es, administradores o custodios quienes, por razón del cargo, aparecen vinculados directamente al manejo, tutela y administración de los caudales públicos, es decir, dinero que pertenece a las entidades avocadas al rubro de beneficencia o de naturaleza símil, por ejemplo, beneficencia pública, asilos públicos, etc. En ese contexto, nos encontramos ante una relación funcionarial inmersa en el sujeto cualificado con los caudales públicos, por lo tanto, el estatus de administrador o custodio, estará limitado a la normatividad extrapenal que define la misma, por ejemplo, leyes, reglamentos, directivas, instructivos, etc.

De la misma forma, conviene indicar, que el supuesto de hecho de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, deberá aplicarse en el supuesto respectivo, es decir, se deberá tener en cuenta, si el administrador o custodio del dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, logró apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dio ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si logró usar o permitió que un tercero usó vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma forma, el sujeto cualificado, dio al dinero o bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para lo cual estuvieron destinado (malversación).

2. Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

El supuesto materia de análisis, advierte una conexión con el inc. 4 del art. 425 del CP, respecto al concepto de funcionario o servidor público, en el cual se indica textualmente, "Son funcionarios o servidores públicos, [...] Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.". En ese sentido, SALINAS SICCHA, sostiene:

> [S]on aquellas personas que han sido previamente nombradas administradores o depositarios por orden de autoridad competente, es decir, autoridad en ejercicio normal de sus funciones, para administrar o custodiar dinero o bienes embargados o depositados. Aquellos pueden ser trabajadores del Estado o particulares sin ninguna relación laboral con el Estado. Lo característico es que la relación funcional entre el agente y el objeto del delito lo crea o establece una orden emitida por autoridad en pleno ejercicio de sus funciones.[5]

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 495.

La situación expuesta, nos lleva a la necesidad de poder concebir el origen del título especial y subsecuentemente la relación funcionarial, requisito indispensable para el supuesto analizado, así tenemos, conforme fue explicado en el delito de peculado doloso y culposo, a nuestro entender, existen dos posibilidades por las cuales surge la relación funcionarial, la primera, por "mandato legal", es decir, será un dispositivo legal extra típico que otorgue o precise la relación funcionarial entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, así tenemos, las afirmaciones de BERNAL PINZÓN, quien indica: "el sistema legal, habilita al funcionario público, para que tenga disponibilidad jurídica o funcional de los caudales o efectos públicos entregados en razón del cargo"[6], por lo tanto, dicho dispositivo legal, puede ser una ley, directiva, reglamento, instructivo, etc. La segunda posibilidad, mediante la cual surge la relación funcionarial, será, "el acto dispositivo emitido por autoridad competente", es decir, el sujeto cualificado, entrará en contacto con los caudales o efectos públicos y subsecuentemente tendrá disponibilidad jurídica, en la medida que otro funcionario público, quien ostentando el poder funcionarial legítimo, por cuanto, se encuentra respaldado por el sistema legal que le otorga dichas prerrogativas en razón del cargo específico, habilita al agente delictual para que ejerza disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos públicos, conforme indica PARIONA ARANA, "la existencia de una disposición legal o de una orden [...] de autoridad competente, igualmente legítima la facultad de posesión o administración [...]"[7]. En ese sentido, nos encontramos, en puridad, ante un caso de delegación desconcentrada de funciones, debiéndonos conducir, para efectos de configuración, a la normatividad y las prerrogativas que ostenta el agente funcionarial delegante.

Por lo tanto, en el caso materia de análisis, nos encontramos ante un supuesto de habilitación o delegación funcional por sujeto cualificado y habilitado, de la manera y en el mismo escenario de logicidad, conviene indicar, tan igual que en primer considerando comentado líneas arriba, el supuesto de hecho de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, deberá aplicarse al presente caso, es decir, se deberá tener en cuenta, si los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, lograron apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dieron ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si lograron usar o permitieron que un tercero use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma forma, determinar si el sujeto cualificado, dio al dinero o bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para lo cual estuvieron destinado (malversación).

---

6 BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá: Temis, 1965, p. 23.

7 PARIONA ARANA, Raúl, "El delito de peculado como delito de infracción de deber", Lima, 2011. Recuperado de <http://www.usmp.edu.pe/derecho/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf>.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el R.N. N.° 3396-2010 Arequipa, de fecha 21 de febrero del 2012, estableció un precedente vinculante respecto al concepto de "depositario", indicó lo siguiente:

> [Q]ue estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención "depositario" – condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inc. once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso-"; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor..., se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal-; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas[8]

3. 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

El supuesto materia de análisis, refiere que tendrán la condición de sujetos cualificado vinculados al hecho punible de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, 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, por lo tanto, se deberá tener en cuenta, el supuesto de hecho de los arts. 387 al 389 del CP, en ese sentido, dichos sujetos cualificados responderán penalmente en la medida que se hayan apropiado o utilizado para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dieron ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si lograron usar o permitieron que un tercero use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma forma, determinar si el sujeto cualificado, dio al dinero o bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para lo cual estuvieron destinado (malversación).

V. DE LAS FORMAS AGRAVADAS

Es necesario precisar que, al existir conexidad con las figuras de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, algunos de estos tipos penales, exigen perjuicio patrimonial concreto, por ejemplo el peculado doloso y otros no, como resulta ser el delito de peculado de uso, en ese sentido, se deberá considerar el términos similares a

8 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3396-2010* Arequipa, Lima: 21 de febrero del 2012, f. j. n.° 4.

dichos tipos penales, la acreditación del perjuicio. Respecto al tema, existe el R. N. N.° 484-2014 Ayacucho, del 23 de abril del 2015, respecto al análisis del delito de peculado agravado por extensión, así tenemos:

> [Para] este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable, no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto, que el tipo penal comprendido en el artículo 392 del Código Penal o en el tipo base del artículo 387 del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia -no vinculante- que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas -pericia contable- para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero -cajeros o tesoreros-, lo que no sucede en el caso. Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también puede[n] ser acreditadlas] mediante la prueba indiciaría; de ahí, que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba.[9]

VI. PENALIDAD

La penalidad es plural, según el supuesto de hecho específico, conforme se indica a continuación:

DELITO	SUJETO CUALIFICADO	PENALIDAD
Peculado doloso	a) Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. b) Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. c) 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.	a) Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. b) Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. c) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

9 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 484-2014 Ayacucho*, Lima: 23 de abril del 2015, f. j. n.° 4.

DELITO	SUJETO CUALIFIDCADO	PENALIDAD
Peculado culposo	a) Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. b) Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. c) 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.	a) Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas- b) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social o inclusión social. c) 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.
Peculado de uso	a) Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. b) Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. c) 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.	a) Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u cinco días –multa. b) 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 e servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.
Malversación	a) Los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares. b) Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. c) 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.	a) Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta u cinco días –multa. b) Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs.1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

PARTE IV

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

ANTECEDENTES

Los delitos de corrupción funcionarial, resulta ser uno de los temas de gran complejidad y de sumo interés para el derecho penal por cuanto dicha ciencia jurídica opera como un instrumento de control formal, con la finalidad de garantizar la convivencia social y la estabilidad de un estado, regulando las conductas expuestas al margen de la normatividad.

En ese sentido, el término "corrupción", resulta ser difuso y complicada la identificación de su procedencia y definición, por un lado se viene indicando que tendría una procedencia desde las canteras de la sociología y de la ciencia política[1], asimismo la RAE, respecto al término "corrupción", indica que proviene del latín *corruptio, -ōnis*, en ese sentido su significado consistiría en "acción y efecto de corromper o corromperse. [...] En las organizaciones, especialmente en las públicas, practica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores". De manera complementaria, BOTTKE[2], indica: "la corrupción constituiría materialmente un actuar colusivo de portadores de un poder especial para obtener ventajas especiales para ambas partes, conducta que atenta contra los presupuestos de una óptima prestación de servicios a la sociedad por subsistemas obligadas a ello".

Por otro lado, la Convención Interamericana Contra La Corrupción, suscrita en Caracas – Venezuela, con fecha 29 de marzo del 1996, la misma que fue ratificada por el Perú, mediante D. Leg. N.° 26757, de fecha 5 de marzo del 1997, dispositivo legal que fue confirmado según D. Leg. N.° 012-97-RE, de fecha 21 de marzo del 1997, en el art. VI, presenta una definición de actos de corrupción, indicando: "art. VI Actos de corrupción 1. La Presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: **a.** El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; **b.** El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión

1 CUGAT MAURI, M. "*La desviación del interés general y el tráfico de influencias*", Barcelona, 1997, p 31 y ss, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "Iniciativas internacionales contra la corrupción". Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174325/Eguzkilore+17.4+CUESTA>.

2 BOTTKE, ZRP, 1998, p. 215, en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2014, p. 714.

de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; **c.** La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; **d.** El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y **e.** La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo."

De manera complementaria, ABANTO VÁSQUEZ, respecto al término "corrupción de funcionarios públicos", indica: "En el CP peruano, bajo la denominación "corrupción de funcionarios públicos" se entiende tanto al cohecho (arts. 393 a 396, 398 a 399) como también a las "negociaciones incompatibles con el cargo" (art. 397), el "tráfico de influencias" (art. 400) y el "enriquecimiento ilícito" (art. 401). El término "corrupción", por sí mismo, insinúa, por lo visto un fenómeno que va más allá del mero "cohecho" (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular). A esto se añade que también se hable de "corrupción privada", o sea de aquel en el cual ninguna de las partes reúne la cualidad de "funcionario público"[3]. Ante lo afirmado, en el Perú, no existe, figura delictual respecto a corrupción entre particulares, situación que de *lege ferenda,* surge una necesidad su admisibilidad.

Según el escenario expuesto, advierte un tema de sumo interés y de transcendencia internacional, por cuanto, el fenómeno de la corrupción sobrepasa los ribetes de lo convencional, en razón de las constantes modificaciones y actualizaciones de los modus operandi que se viene empleando. Asimismo, la corrupción aparece como uno de los factores de retraso social y económico que presentan las naciones, dicho escenario no es ajeno al Perú, conforme se evidencia los emblemáticos casos manifiesto durante el gobierno presidencia de Alberto Fujimori, continuando con los presidente subsiguientes, quienes en la actualidad, vienen afrontando imputaciones y procesos por delitos de corrupción funcionarial, siendo el más reciente, el caso de la empresa Brasileña, "Odebrecht", avocada al rubro de construcción, la misma que viene sindicando a diversos miembros de la clase política nacional, quienes habrían recibido sumas dinerarias para el financiamiento de campañas políticas y en algunos casos, respecto a la concreción de contrataciones públicas, todo ello, con la finalidad de arribar a pactos venales en beneficio de dichos funcionarios y empresarios y en desmedro de una nación entera, situación que oportunamente será dilucidada ante el órgano jurisdiccional.

Según el contexto expuesto, los resultados provenientes del fenómeno de la corrupción funcionarial, contienen una colosal consecuencia en desmedro de la institucionalidad y economía de un Estado, así tenemos, referencialmente, la Encuesta Nacional sobre Corrupción presentada por Proética y consignada en el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, la misma que fue realizada en el mes de diciembre del año 2008, en la cual, se evidenció la forma como concibe la ciudadanía peruana el fenómeno de la corrupción, los resultado son:

3 *Loc. cit.*

> [E]l 57% de entrevistados en Lima y el 52% en provincias consideró que la corrupción es el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr el desarrollo del país. Los peruanos entrevistados consideraron que la coima y el soborno (39%), los robos (13%), los actos ilícitos en general (10%), actuar en beneficio propio (6%), la malversación de fondos (6%) y el abuso de poder y autoridad (5%) constituyen los principales tipos de corrupción, según su respuesta espontánea. Para los ciudadanos la interposición de denuncias frente a los actos de corrupción no resulta efectiva. El 92% de los entrevistados indicó que no denunciaba un pedido de coima o soborno para no meterse en problemas (24%) o porque consideraba que la denuncia no serviría de nada (20%), no podría probarla (15%) o terminaría perjudicado (14%). La desconfianza de la ciudadanía en el sistema de lucha contra la corrupción termina destruyendo la institucionalidad pública, aun cuando el 57% de entrevistados sabía dónde denunciar dichos actos. En relación a la efectividad de las denuncias de los casos de corrupción, el 49% considera que no son nada efectivas, el 38% que son poco efectivas y sólo el 11% que son algo o muy efectivas. Asimismo, el 99% de los entrevistados percibe al Perú como un país con niveles de corrupción. Esta percepción daña las expectativas del ciudadano que considera que en los próximos cinco años la corrupción aumentará (43%) o seguirá igual (42%). La ciudadanía, según esta encuesta, reclama acciones efectivas del Gobierno, como: sacar a los malos elementos (28%), aplicar sanciones drásticas (14%), controlar a los funcionarios (8%), crear leyes drásticas (6%), sancionar con pena de cárcel a los corruptos (6%), dar un buen ejemplo (5%) y trabajar con personas que tengan valores (4%). Entre las instituciones consideradas más corruptas se encuentran el Poder Judicial (61%), la Policía Nacional (53%), el Congreso (47%), las municipalidades (19%), el Gobierno Central (16%), los gobiernos regionales (13%), los partidos políticos (12%), el Ministerio de Educación y los colegios (8%), y las Fuerzas Armadas (8%). Finalmente, la falta de respeto a la legalidad se ha convertido en un factor determinante de los actos de corrupción, dado que el 79% de peruanos considera que en nuestro país no se cumplen las leyes mientras que un 16% percibe que sí.[4]

Finalmente, según el panorama expuesto, en las líneas venideras, serán estudiados las diversas formas delictuales vinculadas a los delitos de corrupción de funcionarios, analizándose los diversos verbos rectores que determinan la conducta delictual, esto es, "ofrecer", "dar", "prometer", "solicitar", "condicionar"," "recibir", "aceptar", etc., de la misma forma, serán evidenciados los medios corruptores que aparecen enlazados a los verbos rectores, esto es, "dádiva", "promesa", ventaja o beneficio indebido"; asimismo, serán identificados las cualificaciones especiales de los sujetos intervinientes, esto es, funcionarios y servidores públicos, magistrados, peritos, árbitros, miembros de la PNP, auxiliares jurisdicciones, etc., figuras delictuales vinculadas a los delitos de cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio y las modalidades especificas; respecto a los sujetos no cualificados, será identificada su conducta respecto a las diversas formas de cohecho activo, cohecho activo específico y cohecho activo vinculado al ámbito de la función policial, de la misma manera se tratará la inhabilitación y el decomiso como penas o medidas limitativas complementarias.

4 Recuperado de <<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/plan_anticorrupcion/plan_anticorrupcion>>.

CAPÍTULO I
COHECHO PASIVO PROPIO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 393 CP)

El delito de cohecho pasivo propio, aparece registrado en el art. 393 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 393

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

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad o menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Modificado según Ley N.° 30111, del 26.11.13.)

II. ANTECEDENTES

El delito de cohecho pasivo propio, tiene como antecedente inmediato, el artículo 349 del CP derogado del 1924[1], asimismo, el CP del 1991 asumió una descripción típica similar, posteriormente, sufrió modificaciones según el art. 1 de la Ley N.º 28355, del 6 de octubre del 2004, recientemente sufrió nuevas modificaciones según la Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013, la misma que se encuentra vigente.

Por otro lado en puridad CARRERA[2] nos presenta un interesando concepto sobre el delito de cohecho, indicando: "Es un contrato que se celebra entre un particular y un funcionario; la corrupción del magistrado —dice— es la venta celebrada entre un particular y un funcionario público de un acto que pertenece al ministerio de este y que regularmente debería ser gratuito".

El concepto expuesto, nos abre las puertas al mundo del escenario delictual de los delitos de cohecho, por cuanto, se advierte la prestación de un binomio de personas

1 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2014, p. 451.

2 CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1875, p. 2445, en BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá: Temis, 1965, p. 99.

intervinientes, empero, en diferentes situaciones, esto es, "cohechante" y "cohechador", conforme se expondrá en las líneas venideras.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho pasivo propio, a nivel del tipo objetivo presenta la siguiente estructura.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, esto es, sujeto activo y pasivo, existen diversos postulados, conforme se señala en las siguientes líneas.

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, el delito de cohecho pasivo propio, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

De la misma forma, es necesario precisar, que no basta tener la condición de funcionario o servidor público, sino que además, dicho agente cualificado, opere en razón del cargo o función pública encomendada, en términos similares RODRÍGUEZ VÁSQUEZ y otros, indican:

> [E]l 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)[3].

De la misma manera, SALINAS SICCHA, manifiesta que si el funcionario o servidor público no tiene competencia para realizar el acto funcional y sólo interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, aquel no será imputado por el delito de cohecho pasivo propio, sino por el delito de tráfico de influencias[4].

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución "administración pública", por lo tanto, el legislador registró deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el funcionario público al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (solicitar, recibir, condicionar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o

3 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio; David TORRES PACHAS; Ana NAVAS BUSTAMANTE, y Yvana NOVOA CURICH, *Compendio jurisprudencial sistematizado: prevención de la corrupción y justicia penal*, en GUIMARAY MORI, Erick (coord.), Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, 2014, pp. 47-48.

4 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 466.

protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

Sin embargo, a pesar de ello, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el sujeto activo a efecto de obtener la representación específica, sea decir, si el funcionario, resulta ser Juez, entonces el agraviado será el Estado, representado por la Procuraduría del Poder Judicial, en términos similares, SALINAS SICCHA, indica que:

> [C]uando el directamente perjudicado es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo, excluyéndose al Estado. Este es el sentido de la ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998 cuando sostiene que conforme a lo establecido por esta suprema sala en numerosas ejecutorias, tratándose de Delitos contra la Administración pública en perjuicio de los gobiernos locales regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, toda vez que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación[5].

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a los elementos referentes a la conducta, se tiene los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explica en las líneas venideras.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo propio, tiene diversos medios corruptores, siendo, *donativo, promesa*, cualquier otra *ventaja* o *beneficio*, en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito no existe, por lo tanto, la identificación de los mismos, deviene en determinante para configurar el tipo penal aludido.

De la misma forma, es necesario precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva lo siguiente:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta

5 *Ibid.*, p. 467.

> de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[6].

2.1.1. Del donativo

Según la RAE, indica que la palabra donativo, proviene del latin *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

El profesor ABANTO VÁSQUEZ, sostiene:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[7].

Por otro lado, ROJAS VARGAS, precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues la dicha característica permitirá "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"[8].

Siendo así, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

2.1.2. De la promesa

La RAE, indica, que proviene del latín, *promissa,* es decir, se trataría de la Expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades.

Respecto a la "promesa", SALINAS SICCHA, señala que:

> [S]e traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa[9].

En ese sentido, prometer, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo futuro, dicha promesa deberá tener connotación

---

6 RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública,* Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 81.

7 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano,* 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 433.

8 ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* Lima: Nomos y Theis, 2016, p. 292.

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 464.

tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

El legislador, viene utilizando una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula *cualquier otra ventaja o beneficio*, haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor SALINAS SICCHA, indica de manera didáctica la temática, indicando que la cláusula aludida debe entenderse como:

> [U]n mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.[10].

2.2. De los supuestos típicos

El delito analizado, presenta diversos supuestos típicos, los mismos que aparecen agrupados en tres categorías, conforme indica Rodríguez, "el delito de cohecho pasivo propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del CP, 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

10 *Loc. cit.*

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"[11].

2.2.1. De la primera modalidad delictual

La primera modalidad delictiva, contiene tres supuestos típicos, a decir del profesor SALINAS SICCHA, quien identifica que en el referido primer párrafo se tipifican como hechos punibles tres supuestos: **1)** cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones; **2)** cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligación; y **3)** cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales[12].

2.2.1.1. El sujeto cualificado "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones

La modalidad delictiva expuesta aparece determinada por los verbos rectores *aceptar* y *recibir*, los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) y a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional violando las obligaciones encomendadas al sujeto cualificado.

La RAE, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre,* lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el funcionario o servidor público, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor[13], por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad.

11 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *et al., Compendio jurisprudencial sistematizado: prevención de la corrupción y justicia penal.*, ob. cit., pp. 49-50.
12 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 453.
13 *Ibid.*, p. 517.

Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo *recibir,* en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre,* es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían, por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, contraviniendo sus obligaciones funcionariales, subsecuentemente, en este extremo, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto en violación de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad.

Asimismo, la técnica legislativa exige en el agente delictual una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

De la misma forma, la tratativa delictual, operará en la medida que el funcionario o servidor público, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones funcionariales, las cuales podrían ser infringidas por el agente delictual, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionariales, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica legislativa se decanta por un delito de peligro abstracto.[14]

2.2.1.2. El sujeto cualificado "acepta" o "recibe donativo", promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones

El supuesto analizado, contiene los mismos verbos rectores que el anterior supuesto, esto es, *aceptar y recibir,* por lo tanto, nos remitimos a su contenido. De la misma forma, el pacto venal aparece vinculado a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), asimismo, la conducta delictual, esto es, realizar el acto funcional funcionara en la medida que el agente delictual viole sus obligaciones encomendadas.

La diferencia, con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, el legislador, advierte el supuesto en el cual, el agente delictual deja de cumplir sus funciones, con la finalidad de infringir sus obligaciones funcionariales encomendadas, todo ello, producto del pacto venal asumido por el funcionario o servidor público *intraneus*

14 En términos similares, respecto al delito de peligro abstracto, PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública,* 2.ª ed., Lima: Jurídica Portocarrero, 1997, p. 208, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de derecho penal parte especial,* vol. II, Lima: Legales, 2016, p. 765.

y el tercero *extraneus*; en ese sentido, el verbo *omitir*, desde una óptica fenomenológica, implica un no hacer, es decir la ausencia de un comportamiento locomotor.

De la misma manera, la técnica legislativa aparece redactada en tiempo futuro, por cuanto, el funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" omitir un acto en violación de sus obligaciones funcionariales, tratándose en este extremo, de un delito de peligro abstracto.

2.2.1.3. El sujeto cualificado "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones normales

El supuesto analizado, aparece marcado por el verbo rector *aceptar,* proveniente del latín "*acceptāre*", lo cual significa, *recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*, en ese sentido, el profesor SALINAS SICCHA, manifiesta que el verbo "aceptar" debe entenderse como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo[15].

De manera ilustrativa, nuestra Corte Suprema, según el Cuarto Fundamento Jurídico del R. N. N.º 1091-2004, de fecha 22 de marzo del 2005, criterio jurisprudencial vinculante, de conformidad con el A.P. N.° 1-2005/EV-22, se sostiene lo siguiente:

> [E]l delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal, tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar" el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se 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.

Por lo tanto, el legislador ingresa una técnica legislativa considerando el tiempo pasado, por cuanto, al indicarse *a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales*, nos advierte que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada.

La figura expuesta es conocida como "cohecho subsecuentemente", es decir, el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector aceptar, respecto al *intraneus* y dar o prometer respecto al "extranues".

El supuesto expuesto es polémico y nada pacifica su aceptación, por cuanto, implicaría la punición de actos futuros los cuales no tendrían relevancia en razón que no se habría infringido el principio de imparcialidad impuesto en el funcionario o servidor público, imparcialidad que siempre estará presente en esta clase de delitos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el cual, el funcionario o servidor público, sin haber tenido contacto con el particular emite el acto funcional faltando a sus obligaciones

15 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 454 – 456.

impuestas por leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público[16], empero, con posterioridad acepta el medio corruptor propuesto por el particular.

Según lo señalado, considero que la admisión del supuesto delictual sólo será aceptado en la medida que se tenga presente el deber de probidad que a la par del principio de imparcialidad, aparece impuesto en los funcionario o servidores públicos, dicho deber de probidad opera, no solo como veremos para medir el nivel de reprochabilidad a nivel de la culpabilidad, sino que también funciona como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto, alcanzan eco jurídico penal, en la medida que, conforme indica RODRÍGUEZ PUERTA, pero con una postura crítica en lo siguiente:

> [N]o obstante, la sanción de esta clase de comportamientos no encuentra su fundamento en la conculcación del principio de imparcialidad sino en la instrumentalización de las funciones para obtener un beneficio"[17].

De manera complementaria, PEÑA CABRERA, a efecto de justificar punibilidad en el accionar de la figura del cohecho subsecuente, indica que el funcionario público lesiona el principio de legalidad, es decir,

> [E]n ese punto debe decirse lo siguiente: el influjo psíquico que motiva al autor (intraneus) actuar (sea por acción u omisión) en violación sus obligaciones funcionales, es la dádiva, la promesa o la ventaja recibida o que va a recibir; quien de plano incide en una actuación funcionarial reñida con la legalidad aplicable, lo que está lesionado fundamentalmente es el principio de legalidad y no el principio de imparcialidad que es objeto de tutela jurídica por parte del artículo 393 del CP.[18]

Ante ello, considero que, la tesis de la infracción del principio de legalidad, aparece implícita en el desvalor de la acción del sujeto cualificado, empero, el tema central de discusión, resulta en verificar la existencia o ausencia del injusto penal, por lo tanto, este encuentra presencia en la lesión del deber de probidad, conforme fue explicado líneas arriba.

2.2.2. De la segunda modalidad delictual

La segunda modalidad, en sentido contrario que el primer supuesto fáctico (determinado por el "aceptar" o "recibir" el medio corruptor para "realizar" u omitir un acto en violación de sus obligaciones, en su defecto, "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones normales), aparece determinada por el verbo activo "solicitar" y por las modalidades "directas" e

16 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 520.
17 RODRÍGUEZ PUERTA, José M, *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 282.
18 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 476.

"indirectas", tanto, para "realizar" u "omitir" un acto en violación de sus obligaciones o en sentido distinto "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones, por lo tanto, el legislador intensifica el grado penológico, por el nivel de reprochabilidad elevado.

Por otro lado, conforme se advierte la presencia de un verbo rector activo, esto es, "solicitar", en ningún momento deberá entenderse que dicha categoría delictual pertenecerá a la figura del delito de cohecho activo, por cuanto esta última figura delictual, respecto al sujeto activo, pertenece a sujetos no cualificados. En términos similares, PEÑA CABRERA citando REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica: "el hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido – que podría entenderse como una actitud "activa"– no le quita el calificativo de "pasivo" en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la recepción de los objetos materiales corruptores"[19], siendo así en las líneas venideras serán analizados los diversos supuesto delictuales.

2.2.2.1. El sujeto cualificado "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones

El supuesto aludido aparece determinado por el verbo activo "solicitar", en el sentido, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado"[20], es decir, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto- directamente- que el funcionario o servidor público, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*. El segundo supuesto – indirectamente- implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo propio, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el funcionario o servidor público, aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Con relación al medio corruptor, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), conforme fue explicado líneas arriba, la técnica legislativa opto por un medio corruptor tangible de contenido patrimonial u otro afín, incluyendo pretensiones sexuales, favores laborales, etc.

El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el funcionario o servidor público, emita un acto funcional en razón del cargo, violando o infringiendo sus obligaciones, las mismas que aparecen delimitadas

19 RÉATEGUI SÁNCHEZ, James. "El delito de cohecho". *En Derecho penal. Parte especial*, p. 491, citado por PEÑA CABRERA, ob. cit. p. 478.

20 Enlace: http://dle.rae.es/?id=YI2EH8k

por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el agente delictual cumpla con sus funciones conforme a las normas establecidas, estaremos en la modalidad del cohecho pasivo impropio, siendo, la fundamental diferencia en estas dos figuras delictuales.

Por otro lado, surge la interrogante ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el funcionario o servidor público, en violación de sus obligaciones? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el funcionario o servidor público, de manera personal comunica, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el funcionario o servidor público, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[21], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La afirmación expuesta, sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, respecto al verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, bastando, la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición "para", presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

2.2.2.2. El sujeto cualificado "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones

Con relación a la modalidad expuesta, el funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) para infringir sus obligaciones funcionariales en razón del cargo, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el funcionario o servidor público, no realiza el acto funcionarial, se desatiende de sus obligaciones impuestas por la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente).

21 MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Comentarios al código penal*, t. IV, cit., pp. 3109-3110., citado por PEÑA CABRERA, ob. cit. p. 478. El autor aludido indica, que en el caso que el tercero acepte la solicitud, deberá responder por su propio delito. En ese sentido, podemos advertir, que la tesis del acto unilateral, alcanza consistencia.

En ese sentido, la omisión del acto funcional, ligado al medio corruptor y la infracción a la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público, en términos similares ABANTO VÁSQUEZ[22], indica que el delito se consuma con la mera solicitud del funcionario, por lo tanto, resultara más que suficiente, para efectos probatorios, evidenciar que el sujeto cualificado, solicito, directa o indirectamente, el medio corruptor, para dar por sentado el perfeccionamiento del tipo objetivo.

Asimismo, en este extremo, se advierte con meridiana claridad, la existencia de un acto funcional futuro, prometido por el funcionario o servidor público, por cuanto la preposición "para", determina dicho tiempo, dotándole de una característica peculiar propia de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se deja manifiesta la política criminal de adelantamiento de la barrera de punibilidad por la intensidad del injusto penal y el alto nivel de reprochabilidad en el menosprecio de la función público por parte del sujeto cualificado.

Por otro lado, se tiene que el tenor legislativo, también opta por un escenario "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, para dejar de hacer el acto funcional al cual se encuentra obligado, violación de sus obligaciones, en ese sentido, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

2.2.2.3. El sujeto cualificado "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones

El supuesto materia de análisis, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba, proviene del latín *sollicitāre,* es decir, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones.

Con relación al pedido directo, se advierte la participación personal del funcionario o servidor público en el trato venal con el particular, situación que no advierte dificultad alguna, por la sencillez de su redacción. Sin embargo, el nivel de complejidad aparece evidente en el supuesto "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado que opera

22 ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 452.

en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, dicho pedido, es como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones, es decir, nos encontramos ante la figura del "cohecho subsecuente", en ese sentido, conforme fue explicado líneas arriba, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

Respecto al "cohecho subsecuente", se tiene que dicho accionar aparece en la medida que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, solicita el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, dicha situación implica que el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector solicitar, respecto al *intraneus* y dar respecto al "extranues", debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo genérico.

Siendo así, considero que el injusto penal, en este extremo, alcanza perfeccionamiento en la medida que se tenga presente el deber de probidad que vincula a los funcionario o servidores públicos, dicho deber de probidad, funciona no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad, sino también opera como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto, alcanzan eco jurídico penal, en la medida que el funcionario o servidor público conculque dicho deber.

2.2.3. De la tercera modalidad delictual

La tercera modalidad contiene dos supuestos delictuales, la misma que está vinculada a un accionar condicionante desplegado pro el agente delictual, esto es, el funcionario o servidor público, condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la "entrega" de donativo o ventaja y por otro lado condiciona dicha conducta delictual a la promesa del medio corruptor, conforme se analizara en las líneas siguientes.

2.2.3.1. El sujeto cualificado condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la "entrega" de donativo o ventaja.

El supuesto delictual, delimita la conducta del agente público, a dos verbos, "condicionar" y "entregar", en ese sentido, la RAE, respecto al verbo "condicionar", implica hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "entregar", la citada academia, refiere que proviene del latín *integrāre*, situación que implica "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo"; siendo así, el funcionario o servidor público, hace depender su actividad funcional del medio corruptor (donativo o ventaja), solicitado al particular, imponiéndole condicionante de afectación, es decir, en el supuesto que

el particular cumpla con la entrega del medio corruptor, entonces habilitará - en un tiempo venidero- el acto funcional a su favor, caso contrario, en el supuesto que el particular no acceda a tal pretensión venal, entonces sufrirá las consecuencias con el acto funcional emitido en su perjuicio.

Siendo así, el supuesto aludido, aparece influenciado por un escenario futuro de la emisión de la conducta venal, empero, los verbos condicionantes operan, para efectos configurativos, en tiempo presente, en ese sentido, en este extremo nos encontramos en un delito de peligro abstracto.

2.2.3.2. El sujeto cualificado condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la "promesa" de donativo o ventaja

El supuesto delictual, delimita la conducta del agente público, a dos verbos, "condicionar" y "prometer", en ese sentido, la RAE, conforme fue mencionado líneas arriba, respecto al verbo "condicionar", implica "hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "prometer", la citada academia, refiere que proviene del latín *promittĕre,* lo cual significa, "obligarse a hacer, decir o dar algo".

En ese sentido, y con un trato diferenciado del supuesto anterior, *el* delito "aparece condicionado" a la existencia de una promesa de entregar el medio corruptor, producto del acto funcional emitido por el sujeto cualificado en razón del cargo encomendado, en ese sentido, la técnica legislativa, registra un escenario futuro, empero la fase consumativa es instantánea en la medida que se advierta la presencia de los dos verbos rectores, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho pasivo propio, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, en los tres supuestos delictivos de la primera modalidad delictiva, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar" y "recibir", resultan ser de comisión instantánea, por lo tanto es irrelevante para su consumación, si el agente delictivo viola o falta al cumplimiento de sus obligaciones, de la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa afín a un delito de peligro abstracto, adelantando el legislador la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

De la misma forma, respecto a la segunda modalidad delictiva, el verbo rector señalado, esto es, "solicitar", advierte un escenario de comisión instantánea, por lo tanto es innecesario, para efectos consumativos, violar o faltar al cumplimiento de sus obligaciones, asimismo, en este extremo, el delito es de peligro abstracto, toda vez que el legislador utiliza como técnica legislativa un escenario "ex ante" a la lesión al bien jurídico, por cuanto recurre a la preposición "para", advirtiéndose un escenario de adelantamiento de la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de cautelar

los intereses protegidos por el sistema penal, esto es, la correcta funcionalidad de la administración pública.

En términos similares, la tercera modalidad delictiva, el verbo rector "condicionar", resulta ser de comisión instantánea, resultando irrelevante, para efectos consumativos, si el agente delictivo recibió el donativo o ventaja de contenido tangible o se logró concretar la promesa de la entrega del medio corruptor, esto es, el donativo o ventaja, situación que, en términos similares que los anteriores supuestos típicos, responde a un adelantamiento de la barrera de punibilidad a efectos de proteger el bien jurídico tutelado, todo ello, por cuestiones de política criminal.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho pasivo propio, en primer plano, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", asimismo, respecto a las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", el legislador de manera expresa señala una modalidad omisiva, para violar o faltar al cumplimiento de sus obligaciones, lo cual advierte una figura de omisión propia, por cuanto, por técnica de tecnificación, dicha categoría delictual aparece expresamente delimitada, existiendo los requisitos de dicha figura, siendo: a) situación típica, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal, b) No realización de la conducta ordenada, por cuanto, en este extremo, el agente delictual omite su accionar; c) Capacidad para realizar la acción ordenada, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo", a emitir un acto funcional.

Respecto a la tercera modalidad, esto es, con relación al verbo "condicionar", la forma omisiva no aparece determinada expresamente, no siendo posible su invocación a título de omisión propia; por otro lado, la omisión impropia no podría invocarse en el delito de cohecho pasivo propio, por cuanto, si bien existe un deber de actuar impuesto en el supuesto de hecho para con el sujeto cualificado por lo tanto, advirtiendo una posición de garante, conforme indicó VON LIZT "[...] sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo"[23], y también es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[24], empero, dicha figura, omisión impropia, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado sea un delito determinado por el baremo "espacio y tiempo", es decir, se trate de un delito de resultado, situación

23 VON LIZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, t. II, 20.ª ed. (Trad. Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldana), Madrid: Reus, 1917, p. 304., citadod por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Eddili, 2002, p. 251.

24 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho penal- Parte general", 4.ª ed., Valencia: Valencia, 2000, pp. 274-275., citado por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. ob. cit., p. 252.

que no opera en el presente caso, por tratase de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

3. Elementos concomitantes

En este apartado serán analizados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Existen diversas postura, respecto al objeto de protección con respecto al bien jurídico, por un lado, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica que el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias[25]; asimismo, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, sostiene lo siguiente:

> [E]l bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales"[26]. Por otro lado, ROJAS VARGAS, afirma que "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[27].

Por otro lado, SALINAS SICCHA, complementado las versiones expuestas, indica, "[...] Tutelar los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos"[28]

Asimismo, el sistema jurisprudencial, mediante sentencia referencial, plasmada en el Exp., N.° 00063-2011-1-1826-JR-PE-01[29], indica lo siguiente: "El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales".

En ese sentido, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[30], por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución

25 ABANTO VASQUEZ, *Los delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 422.
26 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Julio et al., Compendio jurisprudencial sistematizado: prevención de la corrupción y justicia pena,* ob. cit., p. 47.
27 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 289-290.
28 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*, 4.ª. ed., ob. cit., p. 528.
29 PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Expediente N.° 00063-2011-1-1826-JR-PE-01,* Lima: 15 de junio del 2010, f. j. n.° 9.
30 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.

"administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

3.2. Relación causal e Imputación objetiva.

Con relación a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por lo tanto no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos espacio -tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[31].

IV. TIPO SUBJETIVO

No existe duda alguna, que el delito de cohecho pasivo propio, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP.

En términos similares, SALINAS SICCHA, indica que:

> [T]odas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 393 del "Corpus iuris" penale son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público[32].

De esta manera, el citado autor considera que no es posible la comisión de cohecho pasivo propio mediante dolo eventual pues desde el primer momento el agente sabe y conoce que acepta, recibe, solicita o condiciona su actuar a la entrega de donativo, promesa o cualquier otro ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto al que está obligado quebrantando sus deberes u obligaciones funcionales[33].

Asimismo, ROJAS VARGAS, sostiene lo siguiente:

> [E]n 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[34].

31 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.
32 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 467.
33 *Ibid.,* p. 568.
34 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 304.

V. *ITER CRIMINIS*

El Iter criminal, conocido como camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme es conocido, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

Cierto sector de la doctrina, admite la forma tentada en algunos supuestos, así tenemos, las afirmaciones de ROJAS VARGAS, quien indica, "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 sub modalidades es muy discutible"[35].

Sin embargo, en sentido contrario, SALINAS SICCHA, afirma que:

> [A]l ser todos los supuestos delictivos analizados de mera o simple actividad, es imposible que alguna conducta se quede en el grado de tentativa. No caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución. En caso el funcionario sea sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción del donativo o promesa, pero no cabe tentativa: o lo acepta, y entonces el delito se consuma, o no, en ese caso solo hay cohecho activo consumado, el del particular[36].

Nuestro sistema jurisprudencial, viene indicando la inexistencia del delito tentado en la figura del cohecho pasivo propio, así tenemos, el R. N. N.° 1406-2007 Callao, del 7 de marzo del 2008, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el cual se señala lo siguiente:

> [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. [Si] bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que, todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].[37]

35 *Ibid.*, p. 306.
36 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 472.
37 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1406-2007 Callao*, Lima: 7 de marzo del 2008, f. j. n.° 5 y 6.

En ese sentido, conforme aparece sostenido líneas arriba, el delito de cohecho pasivo propio, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores, es decir la conducta delictual aparece determinada por un accionar instantáneo, siendo así, en ningún de los tres supuestos delictivos del art. 393 del CP, resulta admisible el delito tentado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Considerando al delito de analizado, como delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, resultando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

Respecto a la tercera modalidad, esto es, aquella que aparece relacionada con el verbo "condicionar", el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto activo imponga el accionar condicionante para con el particular interesado en la venta del función pública, dicho condicionamiento, estará vinculada a la emisión del acto funcional, producto del cual el agente delictual obtendrá la promesa del donativo o ventaja, de la misma forma, por cuanto el delito es de mera actividad, deviene en irrelevante si el particular entrega el medio corruptor.

De la misma forma, en este supuesto las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberán ser entendidas, para los fines consumativos, bajo el escenario de un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de cohecho pasivo propio, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, al incursionar en cualquier verbo rector de los tres supuesto delictivos, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil

naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones o en su defecto imponga condicionamiento al particular para el cumplimiento de la labor funcional, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

De la misma forma es prudente indicar, que en la dimensión de estos delitos de infracción de deber el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[38]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[39]

4. Agotamiento

El delito de cohecho pasivo propio, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, respecto a los dos primeros supuestos delictivos, determinados por los verbos rectores, "aceptar", "recibir" y "solicitar", la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor; de la misma forma, se advierte supuesto agotado, con relación a la tercera modalidad delictiva, en la medida que después que el agente delictual imponga el condicionamiento para el cumplimiento de la función pública emite el acto funcional en razón del cargo.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado, exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

38 CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima: Ara, 2010, pp. 73-74.

39 En términos similares, conforme se viene indicando en capítulos anteriores, respecto a la autoría, Silvina BACIGALUPO, quien indica: "*El segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de un deber extra penal, en lo que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo*". Véase, BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 172. Por otro lado y de manera complementaria, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, considerando el peso de la institución positiva, advierte que tal institución, contiene tanto deberes positivos y negativos, por lo tanto, entendemos que la infracción del deber especial y la lesión a la institución, no solo dan por sentado la autoría, sino que, además, fundamentan el injusto penal, así tenemos: "[...] Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues – a diferencia de las expectativas negativas del neminen laedere- un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa – pero no al contrario-".Véase. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. Javier. "*Delitos de infracción de deber*", Citado por ROBLES PLANAS *et al, La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal*, Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 294.

1. Formas de autoría

Es conocido que nuestro sistema penal, regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa,* en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata, dominio* de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el título formal de funcionario o servidor público, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales.

Siendo así, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo, a manera de ilustración, por ejemplo, en el caso que el alcalde provincial o distrital, sin intervenir en razón de su cargo en los procesos de contratación pública, solicita sumas dinerarias al particular con la finalidad de otorgarle, al consorcio que representa el citado particular, la buena pro de la citada contratación pública vinculada al rubro de obras, a primera vista, en la medida que se asuma la existencia de un concurso real de delitos, entre el delito de colusión simple o agravada y cohecho pasivo propio, pareciera que no existiría dicho deber específico en el alcalde, por cuanto, su deber aparentemente sería genérico, toda vez que dicho deber específico en "razón del cargo", radica en los miembros del comité especial; empero, analizando con detenimiento, el alcalde también porta el deber específico funcionarial, por cuanto, en condición de titular de la entidad edil, constituye pliegos presupuestarios para la administración presupuestaria y financiera, conforme señala el art. 51 de la Ley N.º 27972—Ley Orgánica de Municipalidades—, por lo tanto, de conformidad con el art. 7 del Reglamento de la Ley N.º 30225[40]—Ley de Contrataciones Estado—, se establece: "El Titular de la Entidad es responsable de supervisar y efectuar el seguimiento al proceso de planificación, formulación, aprobación y ejecución oportuna del Plan Anual de Contrataciones", en ese sentido, se entiende por Plan Anual de Contrataciones (PAC) al instrumento de gestión para planificar, ejecutar y evaluar las contrataciones, el cual se articula con el Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional de la Entidad[41], siendo así, el alcalde, al tener un deber de vigilancia o supervisión de manera directa sobre la ejecución del PAC que él mismo aprobó, a pesar de no haber participado en el otorgamiento de la buena pro u otra etapa del proceso de contratación pública, su accionar

40 Publicada el 19 de marzo del 2017.

41 ALVAREZ PEDROZA, Alejandro y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando, *Comentarios al reglamento y ley de contrataciones del Estado*, vol. I, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 101.

tendrá contenido penal respecto a las cualquiera de las dos primeras modalidades que regula la forma omisiva y no así respecto a la tercera modalidad condicionante.

En ese sentido, el alcalde, perfecciona el tipo penal a título de autor directo, con el sólo hecho de incurrir en alguno de los verbos rectores demandados por el tipo penal, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", propios de los dos primeros supuestos delictivos, los cuales tendrán que estar vinculados al medio corruptor el mismo que es traslado, de manera directa o indirecta al particular, en ese sentido, el tipo penal alcanza su perfeccionamiento en la forma omisiva propia, por el deber de vigilancia o supervisión impuesto, como titular de la entidad. En ese mismo hilo conductor, el particular, en este caso, empresario responsable del consorcio, en la medida que haya incurrido en los verbos rectores de "ofrecer", "dar" o "prometer", verbos rectores propios del delito de cohecho activo genérico, deberá responder por dicha ilicitud, según el caso concreto fijado por los verbos aludidos.

Respecto a la *autoría mediata*, también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en el cual, el autor solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de cohecho pasivo propio, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más funcionarios o servidores públicos, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

En delito de cohecho pasivo propio; tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto a la obtención de los medios corruptores para violar o faltar a sus obligaciones funcionales en razón del cargo encomendado, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la

penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al funcionario o servidor público, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores de los tres supuestos típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado.

VII. PENALIDAD

El delito de cohecho pasivo propio, tiene tres niveles penológicos, el primero determinado al supuesto en el cual, 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 o los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta o trescientos sesenta y cinco días-multa.

El segundo nivel, demanda una mayor intensidad del reproche pena, es decir, el tipo penal exige que 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, en ese sentido será reprimido con pena privativa de libertad o menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Finalmente, el tercer nivel, aparece como la parte máxima del reproche penológico, por cuanto se exige que el funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, ante ello, el legislador indica que, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO II
SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 393-A CP)

El delito de cohecho pasivo propio, aparece registrado en el art. 393-A del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 393-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 consecuencias de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36 y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. (Modificado por el D. Leg. N° 1243, del 22.10.16.)

II. ANTECEDENTES

El antecedente más próximo aparece determinado por la Ley N.° 29703, del 10 de junio del 2011, siendo incorporado al CP, mediante el art. 2 de la citada Ley aludida, posteriormente, mediante Ley N.° 30111 del 26 de noviembre del 2013, sufrió algunas modificaciones, conforme aparece actualmente, para finalmente, mediante D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016, sufrió otra modificación respecto al nivel penológico, encontrándose actualmente conforme se advierte en la descripción precedente, en ese sentido, no se advierte otro antecedentes en el sistema nacional sobre dicha figura delictiva.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de soborno internacional pasivo, a nivel del tipo objetivo, presenta la siguiente estructura.

1. Elementos referentes a los sujetos

Con relación a los sujetos, esto es, sujeto activo y pasivo, existen diversos postulados, conforme serán explicados en los apartados venideros.

1.1. Sujeto activo

Con relación al sujeto activo, el delito de soborno internacional pasivo, según la tesis de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, toda vez que, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, por lo tanto, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente o paralelo.

La doctrina nacional, respecto a la temática, asume una tesis similar, así tenemos que para SALINA SICCHA:

> [E]l delito de cohecho pasivo internacional es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público de un Estado extranjero o tiene la condición de funcionario de un organismo internacional público que se entiende tiene negocios de carácter económico o pretende tenerlos en el Perú. Los particulares internacionales están excluidos de ser autores de este delito, pero claro, pueden fácilmente ser cómplices del indicado delito si se advierte que han colaborado o apoyado en la comisión del delito realizado por el sujeto obligado[1].

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, siempre será el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese sentido, conforme viene siendo mencionado en otros apartados, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada.

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a los elementos referentes a la conducta, se tiene los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explicará

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo propio, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio", en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito no existe, por lo tanto, la identificación de los mismos, resulta ser fundamental para configurar el tipo penal aludido. Asimismo, es necesario precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva lo siguiente:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 550-551.

gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[2].

2.1.1. Del donativo

Según la RAE, conforme fue indicado líneas arriba[3], indica que la palabra donativo, proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". Según SALINAS SICCHA, el "donativo", es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario internacional, no siendo debido legalmente [...] la calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular)"[4].

Por otro lado, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, sostiene lo siguiente:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[5].

En sentido similar, ROJAS VARGAS, precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues la dicha característica permitirá:

> [E]stablecer 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[6].

Siendo así, conforme explicamos en el apartado anterior, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

2.1.2. De la promesa

La RAE, según fue detallado en el apartado anterior[7], indica, que proviene del latín, *promissa,* situación que implica, expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades.

Respecto a la "promesa", SALINAS SICCHA, señala que:

---

2 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.
3 Véase el análisis de la configuración del delito de cohecho pasivo propio.
4 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública.* 4.ª ed., ob. cit., p. 549.
5 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.
6 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* ob. cit., p. 292.
7 Véase el delito de cohecho pasivo propio.

> [S]e traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa[8].

En ese sentido, prometer, conforme aparece indicado en el capítulo anterior, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo venidero, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, habría optado por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

La técnica legislativa, utilizada en el delito de soborno internacional pasivo, resulta ser abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula "cualquier otra ventaja o beneficio", haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor SALINAS SICCHA, indica de manera didáctica la temática, indicando que la cláusula aludida debe entenderse como:

> [U]n mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.[9].

Respecto al tema de favores sexuales, como medio corruptor, la doctrina extranjera, también viene aceptándola como parte del tipo penal, así tenemos a CASAS BARQUERO, quien indica:

> [...] si la sórdida avidez de dinero es el motivo más frecuente de corrupción, también puede ésta realizarse para gozar de los favores de una dama, para obtener un puesto o una distinción, para satisfacer un deseo de venganza u otra finalidad legítima: todo puede caber en el concepto amplísimo de utilidad, y no vemos motivo por el cual ha de excluirse una pretensión erótica ilícita[10].

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 549.
9 *Loc. cit.*
10 CASAS BARQUERO, Enrique, "El cohecho". *El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial*, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Jurídica Bolivariana, 1996, pp. 186-187.

2.1.4. Obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas internacionales

El supuesto analizado, advierte la finalidad del agente delictual, la misma que aparece expresada en una plataforma de actividades económicas internacionales, es decir el agente internacional cualificado, emite cualquiera de los medios corruptores o verbos rectores que le anteceden, con una finalidad predeterminada, esto es, obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en ese sentido, en este extremo se advierte una modalidad de tendencia interna, que transciende el mero comportamiento de alcanzar con los medios corruptores.

Por otro lado, es perfectamente posible la admisión en dicho escenario de entes ideales o personas jurídicas usadas con tal fin delictual, conforme indica SALINAS SICCHA lo siguiente:

> [O] también las modalidades de soborno internacional tienen por finalidad que se mantenga el negocio internacional que se viene desarrollando con la persona natural o jurídica a la que acepta o de la que recibe o solicita la ventaja no debida. O en el peor de los casos, tiene por finalidad, obtener o retener otra ventaja indebida como puede ser una colocación laboral, un nuevo contrato internacional, etc. Todo ello claro está en el contexto de la realización de actividades económicas internacionales.[11]

2.2. De los supuestos típicos

El delito analizado, presenta diversos supuestos típicos, los mismos que aparecen agrupados en tres categorías, siendo: a) El funcionario o servidor público internacional que "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, b) El funcionario o servidor público internacional que "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, c) El funcionario o servidor público internacional que "acepta", donativo, promesa o cualquier otra ventaja a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

2.2.1. El funcionario o servidor público internacional que "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones

El supuesto delictual manifiesto, aparece determinado por tres verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) y a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional violando las obligaciones encomendadas al sujeto cualificado internacional.

---

11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 550.

La RAE, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el funcionario o servidor público internacional, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor para realizar un acto en violación de sus deberes[12], por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendrían contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad.

Respecto al verbo rector "recibir", en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual internacional, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, contraviniendo sus obligaciones funcionariales, subsecuentemente, en este extremo, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario para su configuración que el agente delictivo emita un acto funcional en violación de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad.

Con relación al verbo rector "solicitar", la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre,* el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público internacional, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), con la finalidad de entablar el pacto venal con el particular, *extraneus*, dicho pedido, configura el tipo penal inmediatamente, resultando indiferente si la entrega del medio corruptor se logró concretar, por cuanto, el verbo rector contiene un contenido activo y de comisión instantánea, estructura afín a los delitos de mera actividad. Asimismo, el pedido ilegal tiene que estar orientado a la violación de las obligaciones funcionariales del sujeto cualificado internacional, caso contrario, no se podría cerrar el círculo consumativo.

De la misma forma, las tres modalidades delictuales, determinadas por los verbos "aceptar", "recibir" y "solicitar", además de estar conectadas con los medios corruptores y

12 *Ibid.*, pp. 544-545.

la violación de las obligaciones funcionariales del sujeto cualificado internacional, tiene un nexo conductual con una modalidad ejecutiva, esto es, pueden ser cometidas de manera "directa" o "indirectamente". Respecto al primer supuesto –"directamente"– se tiene que el funcionario o servidor público internacional, por sí mismo, solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*. El segundo supuesto —indirectamente— implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública y pretendiendo concretar el pacto venal, por lo tanto, al considerarse al delito de soborno internacional pasivo, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, "directa" e "indirectamente", por cuanto, el funcionario o servidor público internacional, aparece dotado de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

El pedido realizado por el agente cualificado internacional, "directa" o "indirectamente", por mandato legal, implica que el funcionario o servidor público, emita un acto funcional en razón del cargo, violando o infringiendo sus obligaciones, las mismas que aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el particular acepte el pacto venal, ofreciendo, otorgando o prometiendo el medio corruptor, deberá responder, paralelamente como autor del delito de cohecho activo transnacional, previsto en el art. 397-A del CP.

En ese mismo contexto explicativo, tal e igual que en el delito de cohecho pasivo propio, respecto al extremo de solicitar el medio corruptor indirectamente por parte del sujeto cualificado, también en el delito de soborno internacional pasivo, surge la interrogante, ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el funcionario o servidor público, en violación de sus obligaciones? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el funcionario o servidor público internacional, de manera personal comunica, vía solicitud directa y personal, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el funcionario o servidor público internacional, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[13], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

13 MARTÍNEZ ARRIETA, A, ob. cit. p. 478

La afirmación expuesta, sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, bastando, la emisión de la pretensión del medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición "para", presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal, dicho tercero, en la medida que no tenga conocimiento de la tratativa ilegal entablada entre el funcionario o servidor público internacional y el particular, no tendría responsabilidad penal, encontrándonos ante un supuesto de autoría mediata, por supuestos de error o coacción por parte del hombre de atrás; empero, si el intermediario tiene conocimiento del escenario ilegal, entonces, deberá responder como participe, esto es, cómplice – primario o secundario- según el caso concreto.

Asimismo, la técnica legislativa exige en el agente delictual internacional una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

De la misma forma, la tratativa delictual, operará en la medida que el funcionario o servidor público internacional, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones funcionariales, las cuales podrían ser infringidas por el agente delictual, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el funcionario o servidor público internacional, "acepta", "recibe" o "solicita" donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionariales, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica legislativa se decanta por un delito de peligro abstracto[14].

2.2.2. El funcionario o servidor público internacional que "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones

El presupuesto delictivo analizado, implica que el funcionario o servidor público internacional, "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente el medio corruptor, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) para infringir sus obligaciones funcionariales en razón del cargo, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual internacional, es decir, el funcionario o servidor público internacional, no realiza el acto funcionarial, se desatiende de sus obligaciones

14 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública,* 2.ª ed., Lima: Jurídica Portocarrero, 1997, p. 208, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. ob. cit., p. 765.

impuestas por la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente).

En ese sentido, los verbos rectores resultan ser los mismos que el anterior supuesto, remitiéndonos a su contenido, empero, la diferencia radica en el escenario omisivo, por cuanto, en ese sentido, la omisión del acto funcional, ligado al medio corruptor y la infracción a la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público.

Asimismo, en este extremo, se advierte con meridiana claridad, la existencia de un acto funcional futuro, prometido por el funcionario o servidor público, por cuanto la preposición "para", determina dicho tiempo, dotándole de una característica peculiar propia de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se deja manifiesta la política criminal de adelantamiento de la barrera de punibilidad por la intensidad del injusto penal y el alto nivel de reprochabilidad en el menosprecio de la función público por parte del sujeto cualificado.

Por otro lado, el tenor legislativo, también opta por un escenario "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado internacional, que opera en razón del cargo, "acepta", "recibe" o "solicita" directa o indirectamente, el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, para dejar de hacer el acto funcional al cual se encuentra obligado, violación de sus obligaciones, en ese sentido, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

2.2.3. El funcionario o servidor público internacional que "acepta", donativo, promesa o cualquier otra ventaja a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales

El supuesto analizado, aparece marcado por el verbo rector "aceptar", conforme aparece explicado líneas arriba, proveniente del latín *acceptāre*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", es decir, el funcionario o servidor público internacional "acepta", donativo, promesa o cualquier otra ventaja a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

En el apartado que nos concita atención, podemos advertir que el funcionario o servidor público internacional, ya falto o transgredió sus obligaciones normales, por lo tanto nos encontramos ante un supuesto de "cohecho subsecuente", el cual implica que el injusto penal aparece en la medida que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, acepta el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, dicha situación implica que el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público internacional y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto

funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "aceptar", respecto al *intraneus* y respecto al "extranues" en cualquiera de los verbos rectores del art. 397-A, esto es, "ofrecer", "otorga" o "prometer", debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo transnacional.

Siendo así, considero que el injusto penal, en este extremo, alcanza perfeccionamiento en la medida que se tenga presente el deber de probidad que vincula a los funcionario o servidores públicos internacionales, dicho deber de probidad, funciona no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad, sino también opera como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público internacional frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto, alcanzan eco jurídico penal, en la medida que el funcionario o servidor público conculque dicho deber.

2.3. Clase de delito

El delito de soborno internacional pasivo, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", resultan ser de comisión instantánea, siendo irrelevante para su consumación, si el agente delictivo viola o falta al cumplimiento de sus obligaciones, de la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa afín a un delito de peligro abstracto, adelantando el legislador la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

2.4. Forma de ejecución

El delito de soborno internacional pasivo, en un primer momento, aparece como tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores configurativos, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", los mismos que aparecen ligados a una conducta, fenomenológicamente, de un "hacer", por cuanto, por mandato legislativo se exige "realizar" el acto funcional ilegal por parte del sujeto activo internacional.

Por otro lado, el mismo tipo penal, por voluntad del legislador de manera textual señala una modalidad omisiva, para violar o faltar a sus obligaciones, lo cual advierte una figura de omisión propia, por cuanto, por técnica de tecnificación, dicha categoría delictual aparece expresamente delimitada, existiendo los requisitos de dicha figura, siendo: a) situación típica, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal, b) No realización de la conducta ordenada, por cuanto, en este extremo, el agente delictual omite su accionar; c) Capacidad para realizar la acción ordenada, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo", a emitir un acto funcional.

En sentido contrario, respecto a la forma de omisión impropia, dicha modalidad no podría invocarse en el delito de soborno internacional pasivo, por cuanto, si bien existe un deber de actuar impuesto en el supuesto de hecho para con el sujeto cualificado por lo tanto, advirtiendo una posición de garante, conforme indicó VON LIZT "[...] sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo"[15], y también es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[16], empero, dicha figura, omisión impropia, sólo opera en la medida que el tipo penal pertenezca a la categoría de los delitos de resultado, situación que no opera en el presente caso, por tratase de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

3. Elementos concomitantes

En este rubro serán analizados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Conforme indica SALINAS SICCHA:

> [E]s el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, el bien jurídico específico viene a ser los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones públicas con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública, en el desenvolvimiento de las funciones y servicios. Las decisiones de los agentes públicos deben tomarse sin interferencias[17].

Ante ello, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[18], por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público, en este caso, de naturaleza internacional, quien opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

3.2. Relación causal e Imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar",

15 VON LIZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 20.ª ed., Trad. Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña, Lima: Reus, 1917, p. 304, citado por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel, ob. cit., p. 251.

16 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2000, pp. 274-275, citado por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis, *Manuel de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 252.

17 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 550.

18 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.

"recibir" y "solicitar", verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por lo tanto no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos espacio -tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[19].

IV. TIPO SUBJETIVO

No existe duda alguna, que el delito de soborno internacional pasivo, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El Iter criminal, identificado como camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sustentando en diversos apartados señalados líneas arriba, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

Conforme se viene sostenido líneas arriba, el delito de soborno internacional pasivo, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores, los mismos que determinan su forma de ejecución, es decir, comisión instantánea, siendo así, no es admisible el delito tentado, por cuanto, la tentativa opera en los delitos de resultado por la posibilita que habilita el baremo espacio temporal, situación inexistente en los delitos de comisión instantánea.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde la concepción de los delitos de dominio, el delito de soborno internacional pasivo, respecto a los sujetos, resulta ser un delito especial propio. El perfeccionamiento del tipo penal depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir,

19 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015. Recuperado de < http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A2.pdf>.

"aceptar", "recibir" y "solicitar", por lo tanto, dicho accionar alcanza perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual incurra en dichos verbos rectores, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificatoria del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, resultando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

En términos similares, las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberán ser entendidas —para los fines consumativos— bajo el escenario de un hacer o dejar de hacer, por cuanto, la concepción de dominio aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico y/o naturalistico.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de soborno internacional pasivo no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto conforme se viene explicando en otros apartados. El supuesto de hecho contiene la institución "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad; el sujeto cualificado, al incursionar en cualquier verbo rector "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, se advierte perfeccionamiento del ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

Por otro lado, tenemos que en la dimensión de estos delitos de infracción de deber, el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer, no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[20]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[21]

4. Agotamiento

El delito de soborno internacional pasivo aparece agotado desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir"

20 CARO JOHN, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, ob. cit., pp. 73-74.

21 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber*, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo *et al.*, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 294.

y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo internacional, viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito materia de comentario demanda analizar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas o clase de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda académica asumida, es decir, como delitos de domino o delitos de infracción de deber; respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la "coautoría", codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores, empero respecto a la segunda modalidad, esto es, delitos de infracción de deber, la autoría aparecerá determinada por la lesión a la institución que contienen el deber especial o positivo.

En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el título formal de funcionario o servidor público internacional, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en las normas extrapenales.

Siendo así, respecto al delito analizado, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado de naturaleza internacional, domine la acción delictiva por sí solo, respecto a la *autoría mediata*, también es posible, respecto al supuesto en los cuales el autor actúa "indirectamente", es decir a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de soborno internacional pasivo, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Respecto a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más funcionarios o servidores públicos internacionales, quienes operan en razón del cargo, sujetos que

deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, es posible únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

En delito de soborno internacional pasivo, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de "complicidad (primaria y secundaria)", esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto a la obtención de los medios corruptores para violar o faltar a sus obligaciones funcionales en razón del cargo encomendado, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al funcionario o servidor público, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado, conforme venimos sosteniendo.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, sanciona la conducta del funcionario o servidor público internacional público, en la medida 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 consecuencias de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, en ese sentido, la pena a imponerse será, pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1,2 y 8 del art. 36 del CP y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

CAPÍTULO III
COHECHO PASIVO IMPROPIO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 394 CP)

El delito de cohecho pasivo impropio aparece registrado en el art. 394 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 394.**
> El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta 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. (Modificado por Ley Nº 30111, del 26.11.13.)

II. ANTECEDENTES

El art. 350 del CP de 1924, resulta ser el antecedentes más próximo a la figura delictual analizada, empero, el CP derogado únicamente hacía alusión al verbo aceptar"[1], sin embargo la actual figura presenta una técnica legislativa más amplia, cubriendo supuestos activos específicos, conforme serán analizados en las líneas venideras.

II. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho pasivo impropio presenta una densa dimensión de verbos rectores, elementos normativos y descriptivos, conforme serán explicados en las líneas siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro, nos encontramos a todos los sujetos vinculados directamente con el hecho delictual, es decir, fundamentalmente, el sujeto activo y pasivo, conforme serán analizados en las líneas venideras.

---

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 553.

1.1. Sujeto activo

Según la dinámica clasificatoria de los delitos, determinada por las tiendas académicas, la naturaleza de los sujetos dependerá de la fuerza filosófica de dicha línea doctrinal, siendo así, desde la óptica de los delitos de dominio, con relación a los sujetos, el delito de cohecho pasivo impropio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Asimismo, es necesario precisar, que no basta tener la condición de funcionario o servidor público, sino que además, dicho agente cualificado, opere en razón del cargo o función pública encomendada, en términos similares, LEÓN DE VISANI indica:

> [L]a única particularidad asignada en este artículo al sujeto es que ha de ser un funcionario público, y que las retribuciones y otra utilidad han de ser por él recibidas o prometidas "por razón de sus funciones" y no a título particular[2].

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución "administración pública", por lo tanto, el legislador registró deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el funcionario público al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

Con relación al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

En términos similares, SALINAS SICCHA, indica: "el sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo impropio es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto nivel genérico como específico"[3].

A lo señalado, se le tiene que agregar, que para efectos de representación y sustento de la reparación civil, se deberá personificar y emplazar a la institución pública vinculada al hecho lesivo, que usualmente, recae en las procuradurías, por ejemplo, Poder Judicial,

2 LEÓN DE VISANI, Eunice, "Admisión de dádivas y corrupción", en AA. VV., *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de Derecho penal especial*, Bogotá; Caracas; Panamá; Quito: Bolivariana, 1996, p. 88.

3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 566.

Municipalidades, Gobiernos Regionales, ministerio de Transporte, etc., quiénes harán valer los derechos en defensa del Estado.

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a los elementos referentes a la conducta, se tiene los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explica en las líneas venideras.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo impropio, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito deviene en inexistente, por lo tanto, la identificación de los mismos, resultan ser determinantes para configurar el tipo penal aludido.

Por otro lado, es pertinente precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva que:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[4].

2.1.1. Del donativo

Según la RAE, conforme aparece explicado precedentemente[5], indica que la palabra donativo, proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

De manera complementaria, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, sostiene:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[6].

Siendo así podemos concluir que la "dádiva", puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

---

4 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.
5 Véase a detalle el análisis del delito de cohecho pasivo propio.
6 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.

2.1.2. De la promesa

La RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior[7], indica, que proviene del latín, *promissa,* situación que implica "expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

En ese sentido "prometer" implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

En este supuesto se advierte una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor SEBASTIÁN SOLER indica algo de sumo interés y apropiado para la temática, dicho autor precisa lo siguiente:

> [P]ara determinar la existencia de un beneficio suele apelarse a criterios objetivos y subjetivos, el último de los cuales tiene, por cierto, mayor amplitud, pues de acuerdo con él se puede prescindir de considerar la naturaleza del don y su monto, para comprender todo aquello que el sujeto se representa como algo codiciable[8].

En ese sentido, la ventaja o beneficio indebido, al responder a una técnica legislativa abierta, operará como medio corruptor, en la medida que tenga naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales o personales, forman parte de dicho conglomerado de beneficios.

2.2. De los supuestos típicos

El delito analizado, presenta dos supuestos típicos con sus respectivas variantes; respecto al primer supuesto, tenemos: a) El funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación; b) El funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional.

---

7 Véase el delito de cohecho pasivo propio.

8 SOLER, "Cohecho", en AA. VV., *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial,* ob. cit., p. 161.

Con relación al segundo supuesto delictual, advertimos el verbo "solicitar", el mismo que se enlaza con los medios corruptores, entre ello tenemos: a) El funcionario o servidor público, 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; b) El funcionario o servidor público, solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida, como consecuencia de haber realizado su obligación funcional.

2.2.1. Del primer supuesto típico

El primer supuesto delictual del delito de cohecho pasivo impropio, aparece determinado por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", los cuales encuentran enlace con los medios corruptores y las modalidades típicas de "realizar" un acto propio del cargo funcionarial o como consecuencia del ya realizado, conforme se analizara en las siguientes líneas.

2.2.1.1. El funcionario o servidor público "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para "realizar" un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación

El presupuesto delictivo mencionado aparece determinado por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", los mismos que están conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) todo ello con la finalidad que el sujeto cualificado emita el acto funcional sin faltar a sus obligaciones funcionariales.

La RAE indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el funcionario o servidor público, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor[9], por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional en cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad[10].

9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 555.

10 En términos similares, aparece el análisis del delito de cohecho pasivo propio, con la única diferencia que en dicho tipo penal, el agente cualificado viola o falta a sus obligaciones funcionariales encomendadas, situación que no opera en el presente caso, por cuanto, el sujeto activo cumple el acto funcional conforme a sus atribuciones.

Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre,* es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, cumpliendo sus obligaciones funcionariales, subsecuentemente, en este extremo, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto en cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad.

Asimismo, la técnica legislativa exige en el agente delictual una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo. De la misma forma, la tratativa delictual operará en la medida que el funcionario o servidor público, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones funcionariales, las cuales podrían ser infringidas por el agente delictual, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto en cumplimiento de sus obligaciones funcionariales, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica legislativa se decanta por un delito de peligro abstracto[11].

2.2.1.2. El funcionario o servidor público "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como "consecuencia" de haber ya realizado su obligación funcional

El supuesto analizado, aparece marcado por los verbos rectores "aceptar"[12] y "recibir", los cuales fueron desarrollados en el apartado anterior, remitiéndonos a su contenido,

11 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública,* 2.ª ed., Lima: Jurídica Portocarrero, 1997, p. 208, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. ob. cit., p. 765.

12 De manera ilustrativa, nuestra Corte Suprema, según el cuarto fundamento jurídico del Recurso de Nulidad N.º 1091-2004, del 22 de marzo del 2005, criterio jurisprudencial vinculante, de conformidad con el Acuerdo Plenario 1-2005/EV-22, indica: "El delito de corrupción de funcionarios previsto en el art. 393 del CP, tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar" el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se 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".

de la misma forma, el legislador ingresa una técnica legislativa considerando el tiempo pretérito o pasado, por cuanto, al indicarse "como consecuencia del ya realizado", dicha situación nos advierte que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada.

El presupuesto materia de análisis es conocido como "cohecho subsecuentemente", es decir, el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por los verbos rectores "aceptar" o "recibir", respecto al *intraneus* y "dar" respecto al "extranues".

El supuesto aludido es polémico y nada pacifica su aceptación, por cuanto implicaría la punición de actos futuros los cuales no tendrían relevancia en razón que no se habría infringido el principio de imparcialidad impuesto en el funcionario o servidor público, imparcialidad que siempre estará presente en esta clase de delitos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el cual, el funcionario o servidor público, sin haber tenido contacto con el particular emite el acto funcional cumpliendo sus obligaciones funcionariales según las normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público[13], empero, con posterioridad, acepta o recibe el medio corruptor propuesto por el particular.

Ante ello, somos de la opinión, conforme fue analizado anteriormente[14], que la admisión del supuesto delictual sólo será aceptado en la medida que se tenga presente el deber de probidad que a la par del principio de imparcialidad, aparece impuesto en los funcionario o servidores públicos, dicho deber de probidad opera, no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad a nivel de la culpabilidad, sino que también funciona como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto alcanzan eco jurídico penal en la medida que, conforme indica RODRÍGUEZ PUERTA, pero con una postura crítica, "no obstante, la sanción de esta clase de comportamientos no encuentra su fundamento en la conculcación del principio de imparcialidad sino en la instrumentalización de las funciones para obtener un beneficio"[15].

2.2.2. Del segundo supuesto típico

El segundo supuesto típico, aparece fijado por el verbo rector "solicitar", es decir, el agente cualificado, pide directa o indirectamente el medio corruptor para realizar un acto propio de su cargo, sin faltar a sus obligaciones o producto de las ya realizadas, a continuación serán expuestos dichos supuestos delictuales

13 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed., ob. cit., p. 520.
14 Respecto al delito de cohecho pasivo propio.
15 RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 282

2.2.2.1. El funcionario o servidor público, "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

El presupuesto señalado aparece determinado por el verbo activo "solicitar", siendo así, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado"[16], es decir, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto- directamente- que el funcionario o servidor público, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*.

El segundo supuesto —indirectamente— implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo impropio un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa o indirecta, por cuanto el funcionario o servidor público, aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Con relación al medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida), conforme fue explicado líneas arriba, la técnica legislativa opto por un medio corruptor tangible de contenido patrimonial u otro afín, incluyendo pretensiones sexuales, favores laborales, etc.

El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el funcionario o servidor público, emita un acto funcional en razón del cargo, cumpliendo sus obligaciones funcionariales, las mismas que aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el agente delictual infrinja sus funciones conforme a las normas establecidas, estaremos en la modalidad del cohecho pasivo propio, siendo, la fundamental diferencia en estas dos figuras delictuales.

Por otro lado, aparece la interrogante conforme también fue propuesta respecto al delito de cohecho pasivo propio ¿es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el funcionario o servidor público, en cumplimiento de sus obligaciones? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el funcionario o servidor público, de manera personal comunica, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el funcionario o servidor público, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto

16 De la misma forma, véase el análisis del delito de cohecho pasivo propio.

delictual unilateral[17], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

En ese sentido, conforme lo hemos venido sosteniendo, la afirmación expuesta sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, respecto al verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, bastando, la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición "para", presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

2.2.2.2. El funcionario o servidor público "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida, como "consecuencia" de haber realizado su obligación funcional

El supuesto materia de análisis, en términos similares que el anterior supuesto, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba, proviene del latín *sollicitāre,* es decir," pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber cumplido sus obligaciones conforme a los estándares legales.

Con relación al pedido directo, se advierte la participación personal del funcionario o servidor público en el trato venal con el particular, situación que no advierte dificultad alguna, por la sencillez y claridad de su redacción. Sin embargo, el nivel de complejidad aparece evidente en el supuesto de "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, dicho pedido, es como consecuencia de haber cumplido sus obligaciones, es decir, nos encontramos ante la figura del "cohecho subsecuente", en ese sentido, conforme fue explicado líneas arriba, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

Con relación al "cohecho subsecuente", se tiene que dicho accionar aparece en la medida que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado,

17 MARTÍNEZ ARRIETA, A, *Comentarios al Código Penal,* t. 4, ob. cit., pp. 3109-3110, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit. p. 478. El autor aludido indica, que en el caso que el tercero acepte la solicitud, deberá responder por su propio delito. En ese sentido, podemos advertir que la tesis del acto unilateral alcanza consistencia.

empero, producto de ello, solicita el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, dicha situación implica que el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "solicitar", respecto al *intraneus* y "dar" respecto al *extraneus*, debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo genérico.

Por lo tanto, considero que el injusto penal, en este extremo, alcanza perfeccionamiento en la medida que se tenga presente el deber de probidad que vincula a los funcionario o servidores públicos, dicho deber de probidad, funciona no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad, sino también opera como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto, alcanzan eco jurídico penal, en la medida que el funcionario o servidor público conculque o infrinja dicho deber.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho pasivo impropio, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto en los dos supuestos delictivos, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar" "recibir" y "solicitar", resultan ser de comisión instantánea, resultando irrelevante para su consumación, si el agente delictivo cumplió sus obligaciones conforme a los dispositivos legales vigentes, de la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa afín a un delito de peligro abstracto, adelantando el legislador la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho pasivo propio, en primer plano, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar"; por lo tanto, respecto a la modalidad omisiva, es decir, omisión propia, deviene en inexistente, toda vez que el legislador no señaló de manera expresa dicha modalidad, situación necesaria en dicha figura delictual.

Por otro lado, la omisión impropia no podría invocarse en el delito de cohecho pasivo Impropio, por cuanto, si bien existe un deber de actuar impuesto en el supuesto de hecho para con el sujeto cualificado por lo tanto, advirtiendo una posición de garante, conforme indicó VON LIZT "[...] solo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo"[18], y también es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su

18 VON LIZT, Franz, *Tratado de derecho penal,* p. 304, citado por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Lima: EDDILI, 2002, p. 251.

señalamiento expreso[19], empero, dicha figura, omisión impropia, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado sea un delito de resultado, situación que no opera en el presente caso, por tratase de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

3. Elementos concomitantes

En este apartado serán analizados el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Existen diversas posturas sobre el tema, por ejemplo, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, manifiesta que:

> [E]l bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. Mientras que respecto al bien jurídico específico, en la doctrina se han planteado hasta tres posiciones: 1. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos; 2. Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias; 3. Tutelar los actos de oficio, de lo compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos[20].

En ese sentido, conforme fue explicado en otro apartado, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[21], por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el *principio de imparcialidad* el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto

19 En términos similares, MUÑOZ CONDE indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general,* 4.ª ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2000, pp. 274-275, en BRAMONT- ARIAS TORRES, ob. cit., p. 252.

20 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio *et a., Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal,* ob. cit., pp. 52-53.

21 BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir* ob. cit., p. 161.

es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad. Por lo tanto no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos "espacio-tiempo", inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, aunque reconocemos que no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[22].

IV. TIPO SUBJETIVO

Sin lugar a dudas, el delito de cohecho pasivo impropio es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP. En términos similares, SALINAS SICCHA, sostiene:

> [D]e la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 394º del CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público[23].

V. *ITER CRIMINIS*

El *ITER CRIMINIS*, esto es, el camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

Conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el delito de cohecho pasivo impropio, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores determinada por la comisión instantánea, siendo así, el delito de cohecho pasivo impropio, no admite el delito tentado.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

La concepción de los delitos de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fe-

22 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.
23 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 566.

nomenológico, en ese sentido, el delito de cohecho pasivo impropio, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir,"aceptar", "recibir" y "solicitar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo cumpla sus obligaciones, también resulta innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible. En términos similares, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, indica:

> [E]ste delito se perfecciona por el mero acuerdo o pacto, basta que el agente acepte la promesa o reciba el don o presente, esto es, no se exige que el contenido del acuerdo se ejecute, es decir, que se haga o no alguna cosa en la administración pública[24].

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

Conforme lo hemos venido explicando en otros apartados, no siendo la excepción para el delito de cohecho pasivo impropio, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, al incursionar en cualquier verbo rector de los supuesto delictivos, esto es, "aceptar", "recibir", y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo cumpla sus obligaciones funcionariales, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

De la misma forma es prudente indicar, que en la dimensión de estos delitos de infracción de deber el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por "un hacer" o "dejar de hacer" no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[25]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[26]

---

24 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal,* ob. cit., p. 38.

25 CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal,* Lima: Editores, 2010, pp. 73-74.

26 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber,* citado por ROBLES PLANAS, Ricardo et al., *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad,* Montevideo Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 294.

4. Agotamiento

El delito de cohecho pasivo impropio, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, cumple sus obligaciones conforme a ley, reglamentos o directivas que determinan su accionar, todo ello producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de cohecho pasivo impropio, demanda analizar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Nuestro sistema penal, regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la tienda dogmática asumida, es decir, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

Por lo tanto, sólo será autor, el sujeto que ostente el título formal de funcionario o servidor público, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales.

Siendo así, no existe problema alguno respecto a la admisión de la *autoría directa,* en la medida que el sujeto cualificado domine la acción delictiva por sí solo. Respecto a la *autoría mediata*, también es posible, sobre el verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en el cual, el autor solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la medida que el tercero, actué en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero, la situación cambiaría en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de cohecho pasivo impropio, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría,* es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más funcionarios o servidores públicos, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto, todo ello, en cumplimento de sus deberes funcionariales.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber,* es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

Conforme venimos sosteniendo en los diversos tipos penales de naturaleza cualificada, en este caso, el delito de cohecho pasivo impropio, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado en la medida que aparezca vinculado a los medios corruptores propios del pacto venal, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la *instigación,* también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario o servidor público a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores de los dos supuestos típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado.

VII. PENALIDAD

El delito analizado, tiene dos niveles penológicos, el primero, en la medida que el funcionario o servidor público, habiendo aceptado o recibido donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, el legislador impone una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El segundo nivel penológico es más intenso, es decir, se requiere que el funcionario o servidor público que, habiendo solicitado, 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, entonces, el legislador, indica que dicho sujeto cualificado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO IV
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 395 CP)

El delito de cohecho pasivo propio aparece registrado en el artículo 395 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 395

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa. (Modificado según Ley N.° 28355, del 06.10.04.)

II. ANTECEDENTES

El antecedente más cercano del delito de cohecho pasivo específico, aparece registrado en el art. 351 del CP derogado de 1924, por otro lado, el delito aludido mantiene una serie de modificaciones durante la existencia en el CP de 1991, en un primer momento, esto es, el 10 de mayo de 1992, se registró la primera modificación, según el D. Leg. N.° 25489, posteriormente, según la Ley N.° 26572, del 5 de enero del 1996, aparece una segunda modificación. Se advierte una tercera modificación, mediante Ley N.° 26643, de fecha 26 de junio del 1996. Finalmente, la Ley N.° 28355, de fecha 6 de octubre del 2004, se modificó por última vez el art. 395, quedando con el contenido ya citado.[1]

III. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho pasivo específico, a nivel de su dimensión objetiva del tipo penal, presenta una variopinta estructura, conforme se detallará en las líneas siguientes.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 572.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro se analizará los sujetos intervinientes en el hecho punible, tanto al sujeto activo y pasivo, según serán detallados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, el delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el agente delictivo (magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores) y la institución "administración pública", por lo tanto, el legislador registró deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el funcionario público al incursionar en cualquiera de los verbos rectores ("acepta", "recibe" y "solicita") y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

Respecto al término "magistrado", la RAE indica que su procedencia surge del latín *magistrātus*, el mismo que significaría "miembro de la carrera judicial con categoría superior a la del juez", asimismo, respecto al termino aludido, la doctrina, nos presenta un rico escenario conceptual sobre la temática, así tenemos, respecto al vocablo "magistrado", ROJAS VARGAS manifiesta que dicho vocablo tiene dos acepciones:

> [U]na 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[2].

Ante ello, no existe duda, respecto a considerar como magistrados a los jueces de los diversos niveles, empero, ante el dilema si el fiscal resulta ser magistrado, SALINAS SICCHA, refiere que el fiscal, "es aquel funcionario de todos los niveles que pertenece al Ministerio Público. Incluso alcanza a los fiscales del fuero privativo militar"[3], por lo tanto, de manera

2 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 316.
3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 580.

complementaria, se deberá tener en cuenta la norma específica, es decir, el art. 2 de la Ley N.º 30843[4], Ley de la Carrera Fiscal, se fija el perfil del fiscal, indicándose textualmente:

> "El perfil del fiscal está constituido por el conjunto de capacidades y cualidades personales y profesionales que aseguran que, en el ejercicio de sus funciones, los fiscales respondan idóneamente a los roles constitucionales de defensa de la legalidad, de los intereses públicos tutelados por el derecho, de representación de la sociedad en juicio y de investigación del delito".

Por otro lado, se tiene que el CNM resulta ser el órgano constitucional habilitado para nombrar y designar a los magistrados, entre ellos, jueces y fiscales, así tenemos el art. 150, que señala: "El CNM se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular", por lo tanto, no existe duda alguna, que los fiscales de los diversos niveles, tienen el estatus de magistrados, subsecuentemente, por tal razón, son nombrados como titulares bajo el procedimiento preestablecido por el CNM.

Asimismo, existen niveles en el cargo de los magistrados, es decir, a nivel de fiscales, el art. 3 de la Ley de la Carrera Fiscal, señala, "[...] La carrera fiscal se organiza en los siguientes niveles: 1. *Cuarto nivel*, que comprende a los fiscales supremos. 2. *Tercer nivel*, que comprende a los fiscales superiores o fiscales adjuntos supremos. 3. *Segundo nivel*, que comprende a los fiscales provinciales o fiscales adjuntos superiores. 4. *Primer nivel*, que comprende a los fiscales adjuntos provinciales [...]".

De la misma forma, el art. 3 de la Ley N.º 29277[5], señala que, "la carrera judicial se organiza en los siguientes niveles: 1. Juez de Paz Letrados. 2. Jueces Especializados o Mixtos. 3. Jueces Superiores, y 4. Jueces Supremos"; de manera complementaria, se deberá considerar los jueces de paz no letrados, quienes también pertenecen al ejercicio de la administración de justicia, empero provienen de elección popular, así lo declara la Carta Magna, en el art. 152, indicando "los jueces de paz provienen de elección popular". Respecto a la terminología "árbitro", la RAE, indica que proviene del latín *arb ĭter,-tri,* es decir,"dicho de una persona: Que puede hacer o decidir algo por sí sola sindependencia de otrapersona que, como autoridad reconocida o designada por las partes, resuelve un conflicto o concilia intereses."; por lo tanto, los "árbitros", sólo pueden ser sujetos activos aquellos que son designados o nombrados oficialmente, en ese sentido, según SALINAS SICCHA:

> [L]os árbitros son personas designadas o nombradas oficialmente para solucionar un determinado problema. Estos pueden ser: a) De derecho, se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto; y b) de conciencia, se valen de su sabiduría y los usos vigentes[6].

De manera complementaria, ROJAS VARGAS, indica, "No pudiendo ser imputados los designados por las partes"[7]. Con relación al "perito", la RAE, indica que proviene del latín *perītus, por lo tanto se trata de* "experto o entendido en algo", por lo tanto,

4 Publicada, el 27 de mayo del 2016.
5 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Ley N.º 29277: Ley de la Carrera Judicial*, Lima: 4 de noviembre del 2008.
6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 580-581.
7 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 317.

en términos de SALINAS SICCHA, se trataría de aquel "que domina una ciencia o arte y es llamado a colaborar con la administración o con la justicia para ilustrar al juez, fiscal o autoridad administrativa. Solo comprende a los peritos oficiales"[8].

Por otro lado, el tipo penal hace referencia a los *miembros del tribunal administrativo*, es decir, se "hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal [...]. Cabe señalar que la norma penal emplea el término "miembro" para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios, se refiere, por ejemplo, a los miembros del Tribunal del Indecopi, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Aduanas, etc."[9]

Finalmente, la norma estipula la cláusula, *cualquier otro análogo a los anteriores,* es decir se trata de una cláusula abierta, la misma que "abarca a cualquier otro funcionario o servidor público encargado por ley de administrar justicia jurisdiccional o administrativa. Entrarían aquí los miembros del JNE, los miembros del CNM, comisiones especiales del Congreso, autoridades de las comunidades campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc."[10].

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

A pesar de ello, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el sujeto activo a efecto de obtener la representación específica, es decir, si el funcionario, resulta ser Juez, entonces el agraviado será el Estado, representado por la Procuraduría del Poder Judicial.

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictual, presenta diversos supuestos, incluyendo medios corruptores, verbos rectores, y elementos descriptivos, conforme será explicado en las líneas siguientes.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo específico, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio", en ese sentido, en la medida que no exista cualquiera de los citados medios, el delito deviene en inexistente, encontrándonos en un supuesto de atipicidad absoluta.

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 580.
9 *Loc. cit.*
10 *Ibid.*, p. 581.

Es necesario precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva lo siguiente:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[11].

2.1.1. Del donativo

La RAE, indica que la palabra donativo, proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

Asimismo, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, sostiene:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[12].

Por otro lado, ROJAS VARGAS, precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues la dicha característica permitirá:

> [E]stablecer 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[13].

De la manera complementaria, SALINAS SICCHA indica que:

> [L]a calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular)[14].

Siendo así, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

---

11 RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*, Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 81.

12 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 433.

13 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* Lima: Nomos & Theis, 2016, p. 292.

14 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 577.

2.1.2. De la promesa

La RAE, indica, que proviene del latín, *promissa,* situación que implica " expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

Respecto a la "promesa", SALINAS SICCHA, señala que:

> [S]e traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa[15].

En ese sentido, prometer, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en el devenir del tiempo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, se decantó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

El legislador, en sentido semejante que las demás figuras típicas de los delitos de corrupción de funcionarios, viene utilizando una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula "cualquier otra ventaja o beneficio", haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor SALINAS SICCHA, indica de manera didáctica la temática, indicando que la cláusula aludida debe entenderse como:

> [U]n mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.[16]

2.2. De los supuestos típicos

El delito de cohecho pasivo específico, presenta una pluralidad de supuestos, los cuales, pueden ser condensados en dos estamentos. El primer supuesto, referido al hecho que, el sujeto cualificado acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto

15 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 578
16 *Loc. cit.*

sometido a su conocimiento; asimismo, el segundo supuesto, vinculado al hecho que, el sujeto cualificado "solicita" directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento. A continuación serán analizados cada uno de los supuestos aludidos.

2.2.1. Del primer supuesto típico

El primer supuesto típico aparece determinado por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", dichos verbos están ligados al medio corruptor, todo ello, en la medida que el agente delictual, con pleno conocimiento, de influir o decidir en un asunto sometido a su competencia.

2.2.1.1. El sujeto cualificado "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia

La RAE, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor.

La aceptación del medio corruptor, implica, que el sujeto cualificado, teniendo pleno conocimiento del pacto venal entablado con el particular, es decir, a sabiendas, ejerce influencia en asuntos sometidos a su conocimiento o competencia, por lo tanto, el tipo penal, restringe el accionar punitivo, exigiendo que el sujeto cualificado tenga competencia funcionarial sobre el asunto que es producto del pacto venal, caso contrario, la figura delictual sería inexistente, pudiéndose reconducir el hecho al delito de tráfico de influencias u otro afín, según cada caso concreto. Por ejemplo, el fiscal, responsable de una carpeta fiscal, dispone que el asistente administrativo, responsable del acto de notificación de una disposición de no formalización de investigación preparatoria, altere la fecha de notificación cursada a la parte denunciante, con la única finalidad de evitar el recurso de elevación de actuados por extemporaneidad del plazo, buscando favorecer al denunciado con quien incurrió en el pacto venal.

De la misma forma, la aceptación del medio corruptor, conlleva al sujeto cualificado, a decidir irregular o ilegalmente, la pretensión que tiene que resolver en razón del cargo encomendado, por cuanto, no solo tiene conocimiento sino que además es competente funcionarialmente. Por ejemplo, el perito oficial grafotécnico, producto de haber entablado el pacto venal con el imputado, siendo una de las partes vinculadas al conflicto de intereses, emite pronunciamiento pericial, negando que la firma impresa en el documento cuestionado corresponda al imputado.

Los supuestos expuestos, nos permiten afirmar que el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logró concretarse, asimismo deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional materia de su competencia, por cuanto, el verbo rector aludido, "aceptar", tiene una connotación instantánea, por lo tanto, la técnica legislativa asumida, si bien nos advierte una finalidad, al indicarse "con el fin", empero, dicha finalidad aparece redactada en escenarios de "posibilidades" propias del nivel subjetivo del agente delictual, es decir, alberga un tiempo futuro, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad.

Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, con la finalidad de influir o decidir asuntos sometidos a su conocimiento o competencia funcionarial, en ese sentido y en términos similares que el supuesto anterior, se tiene que la técnica legislativa asumida regula un escenario de posibilidades inminentes en la emisión del acto funcional, es decir, se advierte una finalidad en el agente delictual, al indicarse "con el fin", empero, dicha finalidad aparece redactada en escenarios de "posibilidades" propias del nivel subjetivo del agente delictual, es decir, alberga un tiempo futuro, a pesar de ello, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por la naturaleza del verbo rector así como según los lineamientos de política criminal.

2.2.2. Del segundo supuesto típico

El segundo supuesto típico, aparece direccionado por el verbo "solicitar", esto es, el agente delictual cualificado, directa o indirectamente, pide el medio corruptor al particular con la finalidad de influir o decidir en asuntos sometidos a su conocimiento.

2.2.2.1. El sujeto cualificado "solicita" directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento

Respecto al verbo activo "solicitar", la RAE indica que proviene del latín *sollicitāre*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el sujeto cualificado, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto- directamente- que el sujeto cualificado, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*.

El segundo supuesto –indirectamente– implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo específico, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el funcionario o servidor público, aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Con relación al medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), conforme fue explicado líneas arriba, la técnica legislativa opto por un medio corruptor tangible de contenido patrimonial u otro afín, incluyendo pretensiones sexuales, favores laborales, etc.

El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el funcionario o servidor público, emita un acto funcional en razón del cargo, cuyas obligaciones aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc.

Por otro lado, surge la interrogante, ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el sujeto cualificado para que este último influya o decida sobre asuntos de su conocimiento o competencia? Ante ello, conforme venimos sosteniendo en capítulos anteriores, respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el sujeto cualificado, de manera personal, comunica el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el sujeto cualificado, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[17], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La afirmación expuesta, sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, respecto al verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, bastando, la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

17 MARTÍNEZ ARRIETA, A, *Comentarios al Código Penal*, t. 4, pp. 3109 y 3110, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit. p. 478.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", resultan ser de comisión instantánea, resultando irrelevante para su consumación, si el agente delictivo favoreció al particular con su decisión funcionarial, toda vez que la finalidad corruptora pertenecería a la esfera subjetiva, siendo que a nivel del tipo objetivo, la técnica legislativa pertenece al delito de peligro abstracto.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho pasivo específico, sin lugar a dudas, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", sin embargo, respecto a las formas omisivas, no sería posible su aplicación, por cuanto, respecto a la omisión propia, no se advierte expresamente en el tipo penal la técnica legislativa aludida, requisito necesario para ser admitida como tal. De la misma forma, respecto a la omisión impropia, tampoco sería posible su admisión, por cuanto, si bien la omisión no exige encontrarse expresamente señalada en el tipo penal, empero, dicha figura operara en la medida que el delito, respecto a la conducta, corresponda a un delito de resultado, situación que no es afín al delito de cohecho pasivo específico, por cuanto, conforme se viene sosteniendo, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

3. Elementos concomitantes

3.1. Bien jurídico

Según ROJAS VARGAS, respecto al bien jurídico específico, refiere que:

> [S]e pretende proteger por un lado, los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos y, por otro, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias. Se busca con ello preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en el ámbito jurisdiccional y administrativo[18].

En ese sentido, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[19], por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el *principio de imparcialidad* el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

18 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., Lima: Grijley, 2002, p. 501.
19 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por lo tanto no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos espacio -tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[20].

IV. TIPO SUBJETIVO

No exista duda, que el tipo penal resulta ser un delito de comisión dolosa, aún más cuando la técnica legislativa, viene utilizando la terminología "a sabiendas", situación que en cierta forma resulta innecesaria, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo, en los delitos de comisión dolosa, es inferido, y no así la culpa, la misma que es expresa. Por lo tanto, el tipo penal analizado, nunca podrá cometerse por imprudencia, exigiéndose conocimiento y voluntad en el agente delictivo.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme es conocido y venimos sosteniendo en supuestos anteriores, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

El delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores esto es, comisión instantánea, siendo así, en ningún de los supuestos delictivos del art. 395 del CP, resulta admisible el delito tentado.

20 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

El delito de cohecho pasivo específico, desde la naturaleza de los sujetos, conforme fue explicado líneas arribar, resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", por lo tanto dicho supuesto delictivo, alcanza perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme se viene afirmando, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, resultando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de cohecho pasivo específico, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

De la misma forma es prudente indicar, que en la dimensión de estos delitos de infracción de deber el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[21]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[22]

21 CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima: Ara, 2010, pp. 73-74.

22 BACIGALUPO, Silvina, "Autoría y participación en delitos de infracción de deber", ob. cit., p. 172, en: ROBLES PLANAS, Ricardo, PEÑARANDA RAMOS. Enrique, RUEDA MARTIN. María Ángeles, JAVIER RIGGI. Eduardo, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 294.

4. Agotamiento

El delito de cohecho pasivo específico, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible).

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado, demanda desarrollar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Nuestro sistema penal, regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, ya sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber, respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, es necesario precisar, que sólo será autor, el sujeto que ostente el título formal de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, además, dicho sujeto cualificado, deberá operar en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales.

Siendo así, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo, respecto a la *autoría mediata*, también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en los cuales el autor solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de cohecho pasivo específico, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más sujetos cualificados, esto es, magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, quienes operan en razón del cargo,

sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

En delito de cohecho pasivo específico; tanto desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado quien despliega conducta funcional ligada a los medios corruptores y al pacto venal, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al sujeto cualificado, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores fijados en los tres supuestos típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado.

VII. PENALIDAD

La figura delictual analizada, contiene dos niveles penológicos, el primero, aparece evidenciado en la medida que 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, en tal sentido, el legislador, precisa una prognosis de pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La segunda dimensión penológica es de mayor reproche, por lo tanto, el marco punitivo aparece incrementado, es decir, se tiene que en la medida que 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, entonces, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incs. 1y 2 del art. 36 del CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

CAPÍTULO V
COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 395-A CP)

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial aparece registrado en el art. 395-A del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 395-A**
> El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.
> El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.
> El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. (Artículo incorporado por el Art. 3º del D. Leg. N.º 1351, del 07.01.07.)

II. ANTECEDENTES

El antecedente directo del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, aparece registrado en el D. Leg. N.º 1351, publicado en el diario oficial, *El Peruano*, el 7 de enero del 2017. La incorporación del delito citado, responde al paquete de medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo frente al fenómeno delictual, es decir, mediante Ley N.° 30506, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.", el Congreso de la República, delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, por el término de noventa (90) días calendario.

En ese sentido, el literal "a" del inc. 2 del art. 2 de la Ley N.° 30506, establece la facultad de legislar a efectos de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes; por lo tanto, por mandato del Poder Ejecutivo, se creó por primera vez la figura del delictual denominada delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, a nivel del tipo objetivo, presenta determinados componentes, esto es, elementos de referentes a los sujetos, elementos referentes a la conducta y elementos concomitantes, los mismos que serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

La figura delictual, presente diversos sujetos intervinientes en el escenario delictual, conforme se estable en los términos siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito de delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, exige un sujeto cualificado, es decir, miembro de la PNP, por lo tanto, desde una perspectiva de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, por lo tanto, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Asimismo, es necesario precisar que, no resulta ser suficiente, para efectos configurativos, la condición de miembro de la PNP, sino que además se requiere que dicho efectivo policial opere en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función policial, es decir, opere en razón del cargo específico encomendado, caso contrario, el hecho no calzaría en el tipo penal analizado.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el miembro de la PNP y la institución "administración pública", por lo tanto, la redacción típica registró deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, "el miembro de la PNP al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir, solicitar, condicionar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado", por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

Finalmente, el tipo penal hace alusión a los miembros de la PNP, por lo tanto, a efecto de configurar correctamente la conducta delictual en razón del cargo, se deberá tener presente que las actividades funcionales aparecen precisadas en el art. 2[1] del D.

1 Artículo 2. Funciones
Son Funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana; 2) Mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público;3) Promover e implementar mecanismos de coordinación y articulación en favor de la seguridad ciudadana;4) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado;5) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones;6)

Leg. N.° 1267 y su respectivo reglamento, aprobado por D.S. N.° 026-2017-IN[2], de la misma forma, para el derecho penal, los miembros de la Policía Nacional, resultan ser funcionarios o servidores públicos, conforme señala expresamente el inc. 5 del art. 425 del CP, debiéndosele dar el estatus de tal, para la configuración respectiva.

1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, es el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada.

De la misma forma, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el sujeto activo, con la finalidad de obtener la representación específica, es decir, la Policía Nacional del Perú, a través de su Procuraduría.

Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley.7) Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales;8) Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente;9) Practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivados de la función policial;10) Realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del Fiscal, en concordancia con el Código Procesal penal y las leyes de la materia;11) Investigar la desaparición y trata de personas;12) Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia;13) Vigilar y controlar las fronteras, así como prestar apoyo a la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio;14) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial; y de manera subsidiaria las normas de transporte en la red vial nacional. 15) Garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones;16) Participar subsidiariamente, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en la seguridad de los establecimientos penitenciarios y en seguridad externa del traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad vigente;17) Participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;18) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes;19) Garantizar la seguridad y protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales; así como la de los turistas y sus bienes;20) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país;21) Identificar a las personas con fines policiales;22) Participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales; y,23) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.

2 Publicado en el diario oficial, *El Peruano*, el 15 de octubre del 2017.

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictual alberga diversos supuestos, así tenemos, los medios corruptores, los verbos típicos, los elementos descriptivos y normativos, los cuales serán analizados a continuación.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tiene diversos medios corruptores, en términos similares que los demás delitos de corrupción funcionarial, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio", en ese sentido, en el supuesto que no se advierta los citados medios, el delito no existe, por lo tanto, la identificación de los mismos, deviene en determinante para configurar el tipo penal aludido.

Es necesario precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva que:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[3]

En términos similares, conforme fue explicado en capítulos anteriores, la prestación de servicios sexuales, también constituye medio corruptor, por cuanto, la naturaleza tangible de la prestación, habilita al sujeto cualificado a la venta de la función pública.

2.1.1. Del donativo

Conforme, ha sido explicado en capítulos anteriores, la RAE, indica que la palabra donativo, proviene del latin *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

El profesor ABANTO VÁSQUEZ, señala lo siguiente:

> [E]s sinónimo *de* "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[4].

Por otro lado, ROJAS VARGAS, precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues la dicha característica permitirá:

> [E]stablecer 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, aprovechan-

3 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.
4 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 433.

> do 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[5].

Siendo así, podemos concluir, conforme venimos afirmando en secciones anteriores, se entiende por dádiva, cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

2.1.2. De la promesa

Siguiendo los lineamiento de la RAE, conforme fue explicado en otros apartados, el termino promesa proviene del latín, *promissa, es decir, se trataría de una* "expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

Respecto a la "promesa", SALINAS SICCHA señala que:

> [S]e traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa[6].

En ese sentido, consideramos, conforme aparece expuesto en otros apartados, que el prometer, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo venidero, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que la redacción típica optó por criterios de política criminal, adelantando la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

La técnica de tipificación utilizada en el delito analizado, resulta ser abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula *cualquier otra ventaja o beneficio,* haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, la redacción típica, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor SALINAS SICCHA, al comentar las diversas formas delictuales de los delitos de corrupción de funcionarios, indica de manera didáctica la temática, indicando que la cláusula aludida debe entenderse como:

---

5 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* Lima: Nomos & Theis, 2016, p. 292.

6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 464.

> [U]n mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.[7]

2.2. De los supuestos típicos

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, contiene tres supuestos típicos, el primero, determinado por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", en ese sentido se advierte las siguientes modalidades típicas: a) El miembro de la PNP, "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, b) El miembro de la PNP, "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial; c) El miembro de la PNP, "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones derivadas de la función policial.

El segundo supuesto típico, determinado por el verbo rector "solicitar", dicho supuesto típico, advierte las siguientes modalidades delictuales: a) El miembro de la PNP, "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial; b) El miembro de la PNP, "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, c) El miembro de la PNP ,"solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones derivadas de la función policial.

El tercer supuesto típico, aparece vinculado al verbo "condicionar", asimismo, advierte las siguientes modalidades delictuales: a) El miembro de la PNP, condiciona su conducta funcional a la "entrega" del donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, b) El miembro de la PNP, condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la "promesa" de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio.

2.2.1. De la primera modalidad delictual

La primera modalidad delictiva, aparece determinada, por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", los mismos que aparecen conectados con los medios corruptores, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), en las líneas siguientes serán analizados cada uno de los supuestos delictuales.

7 *Loc. cit.*

2.2.1.1. El miembro de la Policía Nacional "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

La verbos rectores "aceptar" y "recibir" determinan la modalidad delictiva, los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), de la misma manera, dicha conexión alcanza a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la PNP.

La RAE, conforme fue explicado en otras figuras delictuales[8], indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre,* lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el miembro de la Policía Nacional, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor[9].

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad.

Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, conforme fue explicado en otros apartados, proviene del latín *recipĕre*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, contraviniendo sus obligaciones funcionariales propias de la función policial.

En ese sentido, subsecuentemente, en el extremo expuesto, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto en violación de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad.

8 Véase, el capítulo respecto al delito de cohecho pasivo propio.
9 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública.* 4.ª ed., Lima: Grijley, 2016, p. 517

De la misma forma, la redacción típica, exige en el miembro de la PNP, una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

Asimismo, la tratativa delictual, operará en la medida que el miembro de la PNP, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la PNP, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado.

De manera complementaria, el tipo penal analizado, precisa las cláusulas, "para sí" o "para otro", en ese sentido, respecto al rubro "para sí", no existe problema alguno de interpretación, por cuanto el medio corruptor, es aceptado o recibido por el agente policial para sí mismo, es decir en beneficio propio, sin embargo, respecto a la modalidad "para otro", se advierte una técnica de redacción relativamente compleja, por cuanto, pretendo entender que dicha técnica no resulta ser casual o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso.

Por lo tanto, el tercero destinatario del medio corruptor, en la medida que actué con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por lo tanto, deviene en pertinente los criterios jurisprudenciales fijados en la Cas. N.° 841-2015- Ayacucho, en la cual se indica:

> [...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus.[10]

Finalmente los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica de tipificación se decanta por un delito de peligro abstracto.

2.2.1.2. El miembro de la Policía Nacional "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

El supuesto materia de análisis, contiene los mismos verbos rectores que el anterior supuesto, esto es, "aceptar" y "recibir", por lo tanto, nos remitimos a su contenido, de la misma forma, el pacto venal aparece vinculado a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), asimismo, la conducta delictual, esto es,

10 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.° 841-2015 Ayacucho*, Lima: 24 de mayo del 2016, f. j. n.° 28.

realizar el acto funcional funcionara en la medida que el miembro de la Policía Nacional viole sus obligaciones encomendadas derivadas de la función policial.

La diferencia, con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, la redacción típica, advierte el supuesto en el cual, el agente delictual deja de cumplir sus funciones, con la finalidad de infringir sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, todo ello, producto del pacto venal asumido por el miembro de la Policía Nacional *intraneus* y el tercero *extraneus*; en ese sentido, el verbo "omitir", desde una óptica fenomenológica, implica un "no hacer", es decir la ausencia de un comportamiento locomotor.

De la misma manera, la redacción típica aparece en tiempo futuro, por cuanto, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" omitir un acto en violación de sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, tratándose en este extremo, de un delito de peligro abstracto. En términos similares que el supuesto anterior, el tipo penal analizado, precisa en este extremo, las cláusulas, "para sí" o "para otro", en ese sentido, respecto al rubro "para sí", no existe problema alguno de interpretación, toda vez que el agente policial, obtiene el medio corruptor para sí mismo, es decir en beneficio propio, sin embargo, respecto a la modalidad "para otro", se advierte una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, en la cual el tercero que es destinatario del medio corruptor aparecerá ligado a dicho accionar delictuoso, conforme viene indicando la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho, en los términos expuestos precedentemente.

2.2.1.3. El miembro de la Policía Nacional "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones derivadas de la función policial

El supuesto aludido, aparece marcado por el verbo rector "aceptar", proveniente del latín *acceptāre*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el profesor SALINAS SICCHA, manifiesta que el verbo "aceptar" debe entenderse como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo[11].

De manera ilustrativa, nuestra Corte Suprema, al analizar el delito de cohecho pasivo propio, figura similar a la presente, con relación al verbo rector "aceptar", en el Cuarto Fundamento Jurídico del R. N. N.° 1091-2004, de fecha 22 de marzo del 2005, criterio jurisprudencial vinculante, de conformidad con el A.P. 1-2005/EV-22, indica:

> [E]l delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal, tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar" el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se 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".

11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 454-456.

Por lo tanto, conforme se advierte con meridiana claridad, la redacción típica, considera el tiempo pasado, respecto al cumplimiento de las obligaciones de la función policial, por cuanto, al indicarse "a consecuencia de haber faltado a ellas", nos advierte que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, la misma que deriva de la función policial.

La figura expuesta, respecto a los delitos de cohecho propio e impropio, situación afín a la presente figura delictual, es conocida como "cohecho subsecuentemente", es decir, el pacto venal entablado entre el miembro de la PNP y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "aceptar", respecto al *intraneus* y dar o prometer respecto al "extranues, quien deberá responder por el delito de cohecho activo genérico.

Conforme fue explicado en otros capítulos, respecto a los delitos de cohecho pasivo propio, el supuesto expuesto es polémico y nada pacifica su aceptación, por cuanto, implicaría la punición de actos futuros los cuales no tendrían relevancia en razón que no se habría infringido el principio de imparcialidad impuesto en el miembro de la Policía Nacional, quien en puridad resulta ser un funcionario o servidor público.

Siendo así, el criterio de imparcialidad, siempre estará presente en esta clase de delitos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el cual, el funcionario o servidor público, en este caso miembro de la PNP, sin haber tenido contacto con el particular emite el acto funcional faltando a sus obligaciones impuestas por leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan la función policial, empero, con posterioridad a dichas funciones en razón del cargo policial, acepta el medio corruptor propuesto por el particular.

Ante lo señalado, considero que la admisión del supuesto delictual sólo será aceptado en la medida que se tenga presente el deber de probidad que a la par del principio de imparcialidad, aparece impuesto en los funcionario o servidores públicos y en este caso, también para los miembros de la PN, por cuanto, para el derecho penal tienen el estatus de funcionarios o servidores públicos, dicho deber de probidad opera, no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad a nivel de la culpabilidad, sino que también funciona como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, el deber aludido aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al agente policial frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, la redacción típica de punir dicho supuesto, alcanza relevancia jurídico penal, en la medida que, conforme indica RODRÍGUEZ PUERTA al analizar las figuras de cohechos pasivos propios, pero con una postura crítica, "no obstante, la sanción de esta clase de comportamientos no encuentra su fundamento en la conculcación del principio de imparcialidad sino en la instrumentalización de las funciones para obtener un beneficio".[12]

12 RODRÍGUEZ PUERTA, José M, *El delito de cohecho. Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios*, Pamplona: Aranzadl, 1999, p. 282.

2.2.2. De la segunda modalidad delictual

La segunda modalidad, aparece determinado por el verbo activo "solicitar" y por las modalidades "directas" e "indirectas", tanto, para "realizar" u "omitir" un acto en violación de sus obligaciones o en sentido distinto "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones, por lo tanto, la redacción típica intensifica el grado penológico, por el nivel de reprochabilidad elevado.

2.2.2.1. El miembro de la Policía Nacional, "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

El supuesto analizado aparece determinado por el verbo activo "solicitar", conforme aparece explicado en capítulos anteriores, respecto al delito de cohecho pasivo propio, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor "(donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio)", dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto- directamente- que el miembro de la Policía Nacional, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*.

El segundo supuesto —indirectamente— implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública derivada del ejercicio policial, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el miembro de la PNP, aparece dotado de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Con relación al medio corruptor, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), conforme fue explicado líneas arriba, la redacción típica optó por un medio corruptor tangible de contenido patrimonial u otro afín, incluyendo pretensiones sexuales, favores laborales, etc.

El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el miembro de la PNP, emita un acto funcional en razón del cargo, esto es derivado de la función policial, violando o infringiendo sus obligaciones, las mismas que aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el miembro de la PNP cumpla con sus funciones conforme a las normas establecidas, estaremos en la modalidad del cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, siendo, la fundamental diferencia en estas dos figuras delictuales.

Por otro lado, surge la interrogante, conforme también se advirtió en el delito de cohecho pasivo propio, siendo: ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el miembro de la PNP, en violación de sus obligaciones deri-

vadas de la función policial? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el miembro de la PNP, de manera persona comunica, vía solicitud personal, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el miembro de la PNP, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[13], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La afirmación expuesta, conforme también fue explicado en capítulos anteriores[14], sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, respecto al verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, siendo suficiente, la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición "para", presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

2.2.2.2. El miembro de la Policía Nacional "solicita", directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

Respecto al supuesto típico analizado, se tiene que el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) para infringir sus obligaciones funcionariales en razón del cargo, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el miembro de la Policía Nacional, no emite acto o conducta funcional alguna, se desatiende de sus obligaciones impuestas por la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente).

En ese sentido, la omisión del acto funcional policial, ligado al medio corruptor y la infracción a la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al

13 MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Comentarios al Código Penal*, t. 4, ob. cit., pp. 3109 y 3110 citado por PEÑA CABRERA, ob. cit. p. 478. El autor aludido indica, que en el caso que el tercero acepte la solicitud, deberá responder por su propio delito. En ese sentido, podemos advertir, que la tesis del acto unilateral, alcanza consistencia.

14 Véase el capítulo respecto al delito de cohecho pasivo propio.

pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público, en términos similares ABANTO VÁSQUEZ[15] al comentar los delitos de cohechos pasivos, indica que el delito se consuma con la mera solicitud del funcionario, por lo tanto, resultara más que suficiente, para efectos probatorios, evidenciar que el sujeto cualificado, solicito, directa o indirectamente, el medio corruptor, para dar por sentado el perfeccionamiento del tipo objetivo.

Asimismo, en este extremo, se advierte con meridiana claridad y en términos similares respecto al delito de cohecho pasivo propio, la existencia de un acto funcional futuro, prometido por el agente policial, por cuanto, la preposición "para", determina dicho tiempo, dotándole de una característica peculiar propia de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se deja manifiesta la política criminal de adelantamiento de la barrera de punibilidad por la intensidad del injusto penal y el alto nivel de reprochabilidad en el menosprecio de la función público por parte del sujeto cualificado.

Por otro lado y de manera similar en el supuesto comentado líneas arriba, se advierte un escenario "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado, esto es, miembro de la PNP, que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, para dejar de hacer el acto funcional policial al cual se encuentra obligado, violación de sus obligaciones, en ese sentido, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

2.2.2.3. El miembro de la Policía Nacional "solicita", directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" de haber faltado a sus obligaciones derivadas de la función policial

El supuesto aludido, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba, proviene del latín *sollicitāre*, es decir," pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, agente policial, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones.

Con relación al pedido directo, se advierte la participación personal del agente policial en el trato venal con el particular, situación que no advierte dificultad alguna, por la sencillez de su redacción, empero, el nivel de complejidad aparece evidente en el supuesto "interpósita persona", es decir, el agente policial que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, dicho pedido aparece como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones, es decir, nos encontramos ante la figura del "cohecho subsecuente", en ese sentido, conforme fue explicado líneas arriba, considero que también es perfectamente posible dotar

15 ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 452.

de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

Respecto al "cohecho subsecuente", se tiene que dicho accionar aparece en la medida que el agente policial emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, solicita el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública, esto es, función policial encomendada, dicha situación implica que el pacto venal entablado entre el agente policial y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector solicitar, respecto al *intraneus* y ofrecer, dar o prometer respecto al "extranues", debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo en el ámbito de la función policial.

Siendo así, considero, conforme venimos sosteniendo reiteradamente en los delitos materia de comentario, que el injusto penal, en este extremo, alcanza perfeccionamiento en la medida que se tenga presente el deber de probidad que vincula a los funcionario o servidores públicos, en este caso, agente policial, dicho deber de probidad, funciona no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad, sino también opera como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, dicho deber aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al funcionario o servidor público frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, las razones del legislador de punir dicho supuesto, alcanzan eco jurídico penal, en la medida que el agente policial conculque dicho deber.

2.2.3. De la tercera modalidad delictual

La tercera modalidad contiene dos supuestos típicos, la misma que está vinculada a un accionar condicionante desplegado pro el agente policial, siendo este último quien condiciona su conducta funcional policial, a la "entrega" de donativo o ventaja y por otro lado condiciona dicha conducta delictual a la promesa del medio corruptor, conforme se analizara en las líneas siguientes.

2.2.3.1. El miembro de la Policía Nacional condiciona su conducta funcional a la "entrega" del donativo o cualquier otra ventaja o beneficio

El supuesto analizado, delimita la conducta del agente policial, a dos verbos, "condicionar" y "entregar", en ese sentido, conforme se viene indicando líneas arriba[16], la RAE, respecto al verbo "condicionar", implica "hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "entregar", la citada academia, refiere que proviene del latín *integrāre*, situación que implica "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo"; siendo así, el agente policial, hace depender su actividad funcional policial del medio corruptor (donativo o ventaja), solicitado al particular, imponiéndole condicionante

16 Véase el análisis del delito de cohecho pasivo propio.

de afectación, es decir, en el supuesto que el particular cumpla con la entrega del medio corruptor, entonces habilitará - en un tiempo venidero- el acto funcional a su favor, caso contrario, en el supuesto que el particular no acceda a tal pretensión venal, entonces sufrirá las consecuencias con el acto funcional emitido en su perjuicio.

Siendo así, este supuesto similar a los demás delitos de cohecho pasivo propio e impropio, aparece influenciado por un escenario futuro de la emisión de la conducta venal, empero, los verbos condicionantes operan, para efectos configurativos, en tiempo presente, en ese sentido, en este extremo nos encontramos en un delito de peligro abstracto.

2.2.3.2. El miembro de la Policía Nacional condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la "promesa" de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio

El supuesto analizado, delimita la conducta del agente policial, a dos verbos, "condicionar" y "prometer", siendo así, la RAE, conforme fue mencionado líneas arriba, respecto al verbo "condicionar", implica "hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "prometer", la citada academia, refiere que proviene del latín *promitt ĕre*, lo cual significa, "obligarse a hacer, decir o dar algo".

Es necesario precisar que, a diferencia del supuesto anterior, el delito aparece condicionado a la existencia de una promesa de entregar el medio corruptor, producto del acto funcional emitido por el agente policial en razón del cargo encomendado, en ese sentido, la redacción típica, registra un escenario futuro, empero la fase consumativa es instantánea en la medida que se advierta la presencia de los dos verbos rectores, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, y en términos similares los delitos de cohecho pasivo propio e impropio, por cuanto, en los tres supuestos delictivos de la primera modalidad delictiva, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar" y "recibir", resultan ser de comisión instantánea, resultando irrelevante para su consumación, si el miembro de la PNP, viola o falta al cumplimiento de sus obligaciones, de la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, redacción típica afín a un delito de peligro abstracto, habiéndose adelantado la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

De la misma forma, respecto a la segunda modalidad delictiva, el verbo rector señalado, esto es, "solicitar", advierte un escenario de comisión instantánea, por lo tanto es innecesario, para efectos consumativos, violar o faltar al cumplimiento de sus obligaciones, asimismo, en este extremo, el delito es de peligro abstracto, toda vez que la técnica de redacción, utiliza un escenario "ex ante" a la lesión al bien jurídico, es decir, recurre a la

preposición "para", advirtiéndose un escenario de adelantamiento de la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de cautelar los intereses protegidos por el sistema penal, esto es, la correcta funcionalidad de la administración pública.

En términos similares, la tercera modalidad delictiva, el verbo rector "condicionar", resulta ser de comisión instantánea, siendo irrelevante, para efectos consumativos, si el agente delictivo recibió el donativo o ventaja de contenido tangible o se logró concretar la promesa de la entrega del medio corruptor, esto es, el donativo o ventaja, situación que, en términos similares que los anteriores supuestos típicos, responde a un adelantamiento de la barrera de punibilidad a efectos de proteger el bien jurídico tutelado, todo ello, por cuestiones de política criminal.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, en primer plano, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", asimismo, respecto a las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", la técnica de redacción, de manera expresa señala una modalidad omisiva, para violar o faltar al cumplimiento de sus obligaciones, lo cual advierte una figura de "omisión propia", por cuanto, por técnica de tecnificación, dicha categoría delictual aparece expresamente delimitada, existiendo los requisitos de dicha figura, siendo: a) situación típica, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal, b) No realización de la conducta ordenada, por cuanto, en este extremo, el agente delictual policial omite su accionar; c) Capacidad para realizar la acción ordenada, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo", a emitir un acto funcional policial.

Respecto a la tercera modalidad, esto es, con relación al verbo "condicionar", la forma omisiva no aparece determinada expresamente, no siendo posible su invocación a título de omisión propia; por otro lado, la omisión impropia no podría invocarse en el delito analizado, por cuanto, si bien existe un deber de actuar impuesto en el supuesto de hecho para con el agente policial, por lo tanto, advirtiendo una posición de garante, empero, dicha figura, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado se trate de un delito de resultado, situación que no aplica en el presente caso, por tratase de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

3. Elementos concomitantes

En este apartado serán analizados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad de la redacción típica aparece dirigida a la protección del

interés público[17], por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la PNP, conforme señala el inc. 3 del art. 4 del D. Leg. N.º 1267, al señalarse: "el personal policial tiene las siguientes obligaciones: [...] Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética."

En ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado, agente policial, y el particular, defraudan el principio de imparcialidad y deber de probidad, lesionando la institución "administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por lo tanto, no sería posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, toda vez que existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[18].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme es conocido y se viene sosteniendo en apartados anteriores, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

17 BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.
18 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.

2. Tentativa

Las reglas de la dogmática penal, nos indican que la tentativa no es admisible en los delitos de mera actividad, por la inexistencia del baremo "espacio- tiempo", por lo tanto, su admisión es pertinente en los delitos de resultado, situación que no es afín al delito analizado, por cuanto se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

De manera complementaria, nuestro sistema jurisprudencial, viene indicando la inexistencia del delito tentado en la figura del cohecho pasivo propio, situación similar al delito materia de análisis, así tenemos, el R. N. N.° 1406-2007 Callao, en el cual se señala:

> [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. [Si] bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que, todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].[19]

Por lo tanto, podemos concluir que no es posible la admisión del delito tentado en la figura delictual materia de análisis.

3. Consumación

En el apartado siguiente, se tendrá presente las categorías de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

En el entendido, que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial. Resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente policial incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera activa, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, resultando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

19 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 1406-2007 Callao,* Lima: 7 de marzo del 2008, f. j. n.° 5 y 6.

Respecto a la tercera modalidad, esto es, aquella que aparece relacionada con el verbo "condicionar", el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto activo, esto es, agente policial, imponga el accionar condicionante para con el particular interesado en la venta del función pública, dicho condicionamiento, estará vinculada a la emisión del acto funcional policial, producto del cual el agente policial, obtendrá la promesa del donativo o ventaja, de la misma forma, por cuanto el delito es de mera actividad, deviene en irrelevante si el particular entrega el medio corruptor.

Finalmente, en este supuesto, las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberán ser entendidas, para los fines consumativos, bajo el escenario de "un hacer" o "dejar de hacer", por cuanto, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico, conforme se viene detallando en los diversos capítulos del presente estudio.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, tan igual que el delito de cohecho pasivo propio, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, agente policial, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores de los tres supuesto delictivos, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente policial viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones o en su defecto imponga condicionamiento al particular para el cumplimiento de la labor funcional, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

De la misma forma es prudente indicar, conforme se viene sosteniendo reiteradamente, en la dimensión de los delitos de infracción de deber, el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[20]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[21]

20 CARO JOHN, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, ob. cit., pp 73 y 74.

21 BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 172. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. Javier, *Delitos de infracción de deber*, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, PEÑARANDA RAMOS; Enrique, RUEDA MARTIN, María Ángeles y JAVIER RIGGI, Eduardo, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 294.

4. Agotamiento

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", obtiene el medio corruptor (dadiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, respecto a los dos primeros supuestos delictivos, determinados por los verbos rectores, "aceptar", "recibir" y "solicitar", la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor; de la misma forma, se advierte supuesto agotado, con relación a la tercera modalidad delictiva, en la medida que después que el agente delictual imponga el condicionamiento para el cumplimiento de la función pública emite el acto funcional en razón del cargo.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL.

El delito analizado, presenta diversas formas de intervención delictual, conforme serán analizadas en los apartados venideros.

1. Formas de autoría

Nuestro sistema penal, alberga diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, es decir, ya sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber. Respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el título formal de miembro de la PNP, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el agente policial, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en las normas extrapenales, siendo así, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa,* en la medida que el agente policial domine por sí mismo, el curso causal del pacto venal.

Respecto a la *autoría mediata,* también es posible, respecto al verbo rector *"solicitar"*, esto es, en el supuesto en los cuales el agente policial solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título

de cómplice primario del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría,* es posible en la medida que el acto funcional, vinculado al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más agentes policiales, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; tanto desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado que aparece ligado a los medios corruptores y pacto venal, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, la redacción típica se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al supuesto delictual "para otro", fijado en el primer supuesto típico, el mismo que aparece ligado a los verbos rectores "aceptar" o "recibir", se advierte que en este extremo nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, en dicha figura delictiva se advierte que los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ejemplo de ello, los delitos de colusión y peculado por apropiación para otro. De la misma manera, la intervención "para otro", su accionar tiene que encontrarse expresamente descrita en el tipo penal, según señala la Cas. N.° 841-2015- Ayacucho.[22]

Ante ello, el nivel de intervención del sujeto determinado con la cláusula "para otro", corresponde a cualquiera de las modalidades de la participación delictual, según el caso concreto, es decir, podrá ser cómplice, en la medida que, habiendo desplegado actos contributivos a favor del plan delictual del agente policial o en su defecto, será instiga-

22 Fundamento jurídico vigésimo octavo, en cual se indica: "[...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus"

dor[23] en las circunstancias que haya determinado al miembro de la PNP, debiéndose precisar que ambas figuras delictivas, complicidad e instigación, operaran únicamente en el extremo que, el tercero a quien se le impone la cláusula "para otro", tenga conocimiento del plan corruptor ejecutado por el agente policial, específicamente, en el primer supuesto condicionado por los verbos rectores "aceptar" o "recibir".

Finalmente los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica de tipificación se decanta por un delito de peligro abstracto.

Respecto a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al agente policial, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores de los tres supuestos típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado.

VII. PENALIDAD

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tiene tres niveles penológicos, el primero, en la medida que el miembro de la PNP acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, entonces, ante tal accionar delictual, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP.

El segundo nivel penológico, funciona en la medida que el miembro de la PNP, habiendo solicitado, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, entonces, será castigado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP.

Finalmente, un tercer nivel penológico y de mayor intensidad que los anteriores, respecto al reproche, aparece en la medida que el miembro de la PNP que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP.

23 El términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica: "Puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho". Véase CASTILLO ALVA, José, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 560.

CAPÍTULO VI
COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 395-B CP)

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial aparece registrado en el art. 395-B del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 395-A**
> El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.
> El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.
> El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. (Artículo incorporado por el Art. 3º del D. Leg. N.º 1351, del 07.01.07.)

II. ANTECEDENTES

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, tan igual que la figura delictual prevista en el artículo 395-B, tiene como antecedente directo el D. Leg. N.º 1351, publicado en el diario oficial, *El Peruano*, el 7 de enero del 2017, por lo tanto, la incorporación del delito citado, responde al paquete de medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo frente al fenómeno delictual, es decir, mediante Ley N.° 30506, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.", el Congreso de la República, delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, por el término de noventa (90) días calendario.

Siendo así, se advierte que de conformidad con el literal "a" del inc. 2 del art. 2 de la Ley N.° 30506, establece la facultad de legislar a efectos de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes; por lo

tanto, por mandato del Poder Ejecutivo, se creó por primera vez la figura del delictual denominada delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, presenta diversos componentes, tanto a los sujetos, conducta y los elementos concomitantes que serán analizados y confrontados en las líneas siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, se registran todos los sujetos vinculados directamente con el hecho delictual, es decir, de manera concreta, el sujeto activo y pasivo, conforme serán analizados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

Desde la óptica de los delitos de dominio, con relación a los sujetos, el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, miembro de la PNP, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Asimismo, es necesario precisar, que no basta tener la condición de personal policial, sino que además, dicho agente cualificado, tiene que obrar en razón de la función policial encomendada, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente, por ejemplo, el efectivo policial acepta o solicita la dádiva en circunstancia que no se encuentra de servicio. Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el miembro de la PNP y la institución "administración pública", por lo tanto, la redacción típica contiene deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el efectivo policial al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

1.2. Sujeto pasivo

No existe duda alguna, que el sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, aparece como el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

A lo señalado, se le tiene que agregar, que para efectos de representación y sustento de la reparación civil, se deberá personificar y emplazar a la institución pública vinculada al hecho lesivo, que usualmente, recae en las procuradurías, en este caso, correspondería a la procuraduría de la PNP.

2. Elementos referentes a la conducta

En este rubro, tenemos los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explica en las líneas venideras.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función pública, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito deviene en inexistente, por lo tanto, la identificación de los mismos, resultan ser determinantes para configurar el tipo penal aludido.

Por otro lado, conforme venimos indicando en otros capítulos[1], es pertinente precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva que:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[2].

Por lo tanto, en este extremo, las pretensiones sexuales, también pertenecen a la categoría de los medios corruptores, por la misma naturaleza tangible, no existiendo problema alguno, si nos encontramos ante dicho supuesto fáctico para arribar a la configuración respectiva.

2.1.1. Del donativo

Según la RAE, conforme aparece explicado precedentemente[3], indica que la palabra donativo, proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

De manera complementaria, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica que:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[4].

1 Véase la temática respecto al delito de cohecho pasivo impropio.
2 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.
3 Véase a detalle el análisis del delito de cohecho pasivo propio e impropio.
4 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.

Siendo así, podemos concluir, que la "dádiva", puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, esto es, agente policial, quien opera en razón del cargo.

2.1.2. De la promesa

La RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior, indica, que proviene del latín, *promissa,* situación que implica "expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo.

Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

En ese sentido, "prometer", implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el miembro de la PNP compromete la función policial encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que la técnica típica, optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

El supuesto aludido, contiene una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el agente policial al comprometer la función pública, es decir, dicha redacción típica, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

En ese sentido, la ventaja o beneficio indebido, al responder a una técnica típica abierta, operará como medio corruptor, en la medida que tenga naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales o personales, forman parte de dicho conglomerado de beneficios.

2.2. De los supuestos típicos

El delito analizado, presenta dos supuestos típicos con sus respectivas variantes; respecto al primer supuesto, tenemos: a) El miembro de la PNP "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para "realizar" un acto propio de la función policial sin faltar a su obligación; b) El miembro de la PNP "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para "omitir" un acto propio de la función policial sin faltar a su obligación; c) El miembro de la PNP, "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" del acto policial ya realizado u omitido.

Con relación al segundo supuesto delictual, advertimos el verbo "solicitar", el mismo que se enlaza con los medios corruptores, entre ello tenemos: a) El miembro de

la PNP "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para "realizar" un acto propio de la función policial; b) El miembro de la PNP, "solicita", directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para "omitir" un acto propio de la función policial c) El miembro de la PNP, "solicita" donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida como consecuencia del acto policial ya realizado u omitido.

2.2.1. De la primera modalidad delictual

La primera modalidad delictiva, aparece determinada, por los verbos rectores "aceptar" y "recibir", los mismos que están conectados con los medios corruptores, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), por lo tanto, en las líneas siguientes serán analizados cada uno de los supuestos delictuales.

2.2.1.1. El miembro de la Policía Nacional "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para "realizar" un acto propio de la función policial sin faltar a su obligación

La verbos rectores "aceptar" y "recibir" determinan la modalidad delictiva, los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores "(donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio)", de la misma manera, dicha conexión alcanza a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional policial sin faltar a su obligación.

La RAE, conforme fue explicado en otras figuras delictuales, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptāre,* lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el miembro de la PNP, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor[5].

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional en cumplimiento de sus funciones, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto, según se viene indicando en otros capítulos, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendrían contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad.

Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, conforme fue explicado en otros apartados, proviene del latín *recipĕre*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública.* 4.ª ed., Lima: Grijley, 2016, p. 517.

envían", por lo tanto, el agente policial, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto conforme a sus obligaciones funcionariales propias de la función policial, es decir, el agente policial no falta a sus obligaciones.

En ese sentido, subsecuentemente, en el extremo expuesto, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto sin faltar a sus obligaciones, por cuanto, se trata de un delito de mera actividad.

De la misma forma, la redacción típica, exige en el miembro de la PNP, una conducta activa sin faltar a sus obligaciones policiales, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

Asimismo, la tratativa delictual, operará, conforme se advierte en otras modalidades típicas, en la medida que el miembro de la PNP, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la PNP, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente, los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" realizar un acto funcional sin faltar a sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica de tipificación se decanta por un delito de peligro abstracto.

2.2.1.2. El miembro de la Policía Nacional "acepta" o "recibe" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para "omitir" un acto propio de la función policial sin faltar a su obligación

El supuesto materia de análisis, contiene los mismos verbos rectores que el anterior supuesto, esto es, "aceptar" y "recibir", por lo tanto, nos remitimos a su contenido, de la misma forma, el pacto venal aparece vinculado a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), asimismo, la conducta delictual, esto es, realizar el acto funcional funcionara en la medida que el miembro de la PNP cumpla su función policial, sin faltar a su obligación funcional.

En ese sentido, la diferencia, con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, la redacción típica, advierte el supuesto en el cual, el agente policial deja de cumplir sus funciones, sin infringir sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, todo ello, producto del pacto venal asumido por el miembro de la

Policía Nacional *intraneus* y el tercero *extraneus*; en ese sentido, el verbo "omitir", desde una óptica fenomenológica, implica un "no hacer", es decir la ausencia de un comportamiento locomotor.

De la misma manera, la redacción típica aparece en tiempo futuro, por cuanto, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" omitir un acto propio de las obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, tratándose en este extremo, de un delito de peligro abstracto.

2.2.1.3. El miembro de la Policía Nacional "acepta" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio "a consecuencia" del acto policial ya realizado u omitido

El supuesto aludido, aparece marcado por el verbo rector "aceptar", proveniente del latín acceptāre, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el profesor SALINAS SICCHA, al comentar los diversos delitos de corrupción de funcionarios, manifiesta que el verbo aceptar debe entenderse como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo[6].

De manera ilustrativa y complementaria, nuestra Corte Suprema, al analizar el delito de cohecho pasivo propio, nos muestra una definición con relación al verbo rector "aceptar", por lo tanto, en el cuarto fundamento furídico del R. N. N.º 1091-2004, de fecha 22 de marzo del 2005, criterio jurisprudencial vinculante, de conformidad con el A.P 1-2005/EV-22, indica:

> [E]l delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal, tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar" el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se 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

Siendo así, para el presente estudio, se deberá rescatar la definición que realiza la Corte Suprema del verbo "aceptar", con relación al medio corruptor el mismo que aparece enlazado con la descripción "a consecuencia del acto policial ya realizado u omitido" y no así respecto al acto en violación de sus obligaciones, por cuanto dicho supuesto corresponde al delito de cohecho pasivo propio, por lo tanto, conforme se advierte con meridiana claridad, la redacción típica aparece en tiempo pasado, respecto al cumplimiento de las obligaciones de la función policial, siendo así, nos advierte que el agente delictivo, esto es, agente policial, emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función policial encomendada.

La figura expuesta, es conocida como "cohecho subsecuentemente", es decir, el pacto venal entablado entre el miembro de la Policía Nacional y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del

6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 454 -456.

cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "aceptar", respecto al *intraneus* y dar o prometer respecto al "extranues", quien deberá responder por el delito de cohecho activo genérico.

Conforme fue explicado en otros capítulos, respecto a los delitos de cohecho pasivo impropio, el supuesto aludido es polémico y nada pacifica su aceptación, por cuanto, implicaría la punición de actos futuros los cuales no tendrían relevancia en razón que no se habría infringido el principio de imparcialidad impuesto en el miembro de la PNP, quien en puridad resulta ser un funcionario o servidor público.

Siendo así, el criterio de imparcialidad, siempre estará presente en esta clase de delitos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el cual, el funcionario o servidor público, en este caso miembro de la PNP, sin haber tenido contacto con el particular emite el acto funcional faltando a sus obligaciones impuestas por leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan la función policial, empero, con posterioridad a dichas funciones en razón del cargo policial, acepta el medio corruptor propuesto por el particular.

Según lo señalado, conforme venimos sosteniendo en diversos capítulos, la admisión del supuesto delictual sólo será aceptado en la medida que se tenga presente el deber de probidad que a la par del principio de imparcialidad, aparece impuesto en los funcionario o servidores públicos y en este caso, también para los miembros de la PNP, por cuanto, para el derecho penal tienen el estatus de funcionarios o servidores públicos, dicho deber de probidad opera, no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad a nivel de la culpabilidad, sino que también funciona como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, el deber aludido aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al agente policial frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, la redacción típica de punir dicho supuesto, alcanza relevancia jurídico penal, en la medida que, conforme indica RODRÍGUEZ PUERTA al analizar las figuras de cohechos pasivos propios, pero con una postura crítica, "no obstante, la sanción de esta clase de comportamientos no encuentra su fundamento en la conculcación del principio de imparcialidad sino en la instrumentalización de las funciones para obtener un beneficio".[7]

2.2.2. De la segunda modalidad delictual

La segunda modalidad, aparece fijada por el verbo activo "solicitar" y por las modalidades "directas" e "indirectas", tanto, para "realizar" u "omitir" un acto en propio de su función policial o en sentido distinto, como consecuencia" del acto ya realizado u omitido, por lo tanto, la redacción típica intensifica el grado penológico, por el nivel de reprochabilidad elevado.

7 RODRÍGUEZ PUERTA, José M, *El delito de cohecho: Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios,* ob. cit., 1999, p. 282.

2.2.2.1. El miembro de la Policía Nacional "solicita", directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para "realizar" un acto propio de la función policial

El supuesto materia de análisis, aparece determinado por el verbo activo "solicitar", conforme aparece explicado en capítulos anteriores, respecto al delito de cohecho pasivo impropio, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre,* el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto- directamente- que el miembro de la PNP, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus.*

El segundo supuesto – indirectamente-, implica que el agente policial, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública derivada del ejercicio policial, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, toda vez que, el miembro de la PNP, aparece dotado de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Con relación al medio corruptor, (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), conforme fue explicado líneas arriba, la redacción típica optó por un medio corruptor tangible de contenido patrimonial u otro afín, incluyendo pretensiones sexuales, favores laborales, etc, remitiéndonos a los detalles consignados líneas arriba. El pedido realizado por el personal policial, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el miembro de la PNP, emita un acto funcional en razón del cargo, esto es derivado de la función policial, conforme a la función policial, dicho accionar policial, aparece delimitado por ley, reglamentos, directivas, etc.

Por otro lado, surge la interrogante, conforme también se advirtió en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, siendo: ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el miembro de la PNP, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la función policial? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el miembro de la PNP, de manera persona comunica, vía solicitud personal, el pacto venal acompañado del medio corruptor.

Situación distinta y de dimensión problemática, aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el miembro de la Policía Nacional, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, conforme venimos sosteniendo en otros capítulos afines a la temática, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha

conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[8], en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La afirmación expuesta, conforme también fue explicado en capítulos anteriores[9], sobre el acto "interpósita persona", sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por cuanto, respecto al verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, siendo suficiente, la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición "para", presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultara necesario, es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

2.2.2.2. El miembro de la Policía Nacional "solicita" directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para "omitir" un acto propio de la función policial

Con relación al supuesto típico analizado, se tiene que el miembro de la PNP, pide o solicita al particular el medio corruptor "(donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio)" para cumplir un acto propio de la función policial y en razón del cargo específico, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el miembro de la PNP, no emite acto o conducta funcional alguna, se desatiende de sus obligaciones impuestas por el propio ejercicio funcional y la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente).

En ese sentido, la omisión del acto funcional policial, ligado al medio corruptor y la infracción a la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público, en términos similares, ABANTO VÁSQUEZ[10], al comentar los delitos de cohechos pasivos, indica que el delito se consuma con la mera solicitud del funcionario, por lo tanto, resultara más que suficiente, para efectos probatorios, evidenciar

8 MARTÍNEZ ARRIETA, A. Comentarios al Código Penal, ob. cit., 4, pp. 3109-3110, citado por PEÑA CABRERA, ob. cit. p. 478. El autor aludido indica, que en el caso que el tercero acepte la solicitud, deberá responder por su propio delito. En ese sentido, podemos advertir, que la tesis del acto unilateral, alcanza consistencia.

9 Véase el capítulo respecto al delito de cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.

10 ABANTO VASQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano,* ob. cit., p. 452.

que el sujeto cualificado, solicito, directa o indirectamente, el medio corruptor, para dar por sentado el perfeccionamiento del tipo objetivo.

Asimismo, en este extremo, se advierte con meridiana claridad y en términos similares respecto al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, la existencia de un acto funcional futuro, prometido por el agente policial, por cuanto, la preposición "para", determina dicho tiempo, dotándole de una característica peculiar propia de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se deja manifiesta la política criminal de adelantamiento de la barrera de punibilidad por la intensidad del injusto penal y el alto nivel de reprochabilidad en el menosprecio de la función público por parte del agente policial.

Por otro lado y de manera similar en el supuesto comentado líneas arriba, se advierte un escenario "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado, esto es, miembro de la PNP, que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, para dejar de hacer el acto funcional policial al cual se encuentra obligado, cumpliendo sus obligaciones, en ese sentido, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral.

2.2.2.3. El miembro de la Policía Nacional "solicita" donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida como consecuencia del acto policial ya realizado u omitido

El supuesto analizado, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba y de manera reiterada, proviene del latín *sollicitāre*, es decir," pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, agente policial, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones propias de la función policial.

De la misma forma, el escenario típico nos advierte la figura del "cohecho subsecuente", en ese sentido, conforme fue explicado líneas arriba, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral, es decir, en el "cohecho subsecuente", el accionar aparece en la medida que el agente policial, habiendo emitido el acto funcional en razón del cargo policial desempeñado, solicita al tercero *extraneus*, el medio corruptor, comprometiendo la función pública, esto es, función policial encomendada.

La situación expuesta, conlleva a entender que el pacto venal entablado entre el agente policial y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo y conforme a sus atribuciones funcionariales, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "solicitar", respecto al *intraneus* y ofrecer, dar o prometer respecto al "extranues", debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo en el acto de la función policial, previsto en el art. 398-A.

Siendo así, considero, conforme venimos sosteniendo reiteradamente en los delitos materia de comentario, que el injusto penal, en este extremo, alcanza perfeccionamiento en la medida que se tenga presente el deber de probidad, dicho deber funciona, no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad, sino también opera como indicador consumativo del injusto penal, por cuanto, aparece vinculado a la institución "administración pública" y al deber de salvamento impuesto al agente policial frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, la técnica de redacción aludida, alcanza eco jurídico penal, en la medida que el agente policial conculque dicho deber.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, conforme venimos sosteniendo respecto a los delitos de cohecho pasivo propio e impropio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

Respecto a la *primera modalidad delictiva*, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar" y "recibir", resultan ser de comisión instantánea, resultando irrelevante para su consumación, si el miembro de la PNP, cumple sus obligaciones policiales sin faltar a ellas, de la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, redacción típica afín a un delito de peligro abstracto, habiéndose adelantado la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

De la misma forma, respecto a la *segunda modalidad delictiva*, el verbo rector señalado, esto es, "solicitar", advierte un escenario de comisión instantánea, por lo tanto es innecesario, para efectos consumativos, el cumplimiento normal de las obligaciones policiales, asimismo, en este extremo, el delito es de peligro abstracto, toda vez que la técnica de redacción, utiliza un escenario "ex ante" a la lesión al bien jurídico, es decir, recurre a la preposición "para", advirtiéndose un escenario de adelantamiento de la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de cautelar los intereses protegidos por el sistema penal, esto es, la correcta funcionalidad de la administración pública.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial y en términos similares el delito previsto en el art. 395-A, en primer plano, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar".

Por otro lado, la técnica de redacción, de manera expresa señala una modalidad omisiva por parte del agente policial, quien omite cumplir sus obligaciones propias de la función policial, lo cual advierte una figura de "omisión propia", por cuanto, por técnica de tecnificación, dicha categoría delictual aparece expresamente delimitada, existiendo los requisitos de dicha figura, siendo: a) situación típica, la misma que se encuentra señalada expresamente en el tipo penal, b) No realización de la conducta ordenada, por cuanto, en este extremo, el

agente delictual policial omite su accionar; c) Capacidad para realizar la acción ordenada, en este rubro se advierte que el agente delictual aparece habilitado por mandato legal, según sus funciones "en razón del cargo", a emitir un acto funcional policial, situación que no la cumple.

Respecto a la figura de omisión impropia, no podría invocarse en el delito analizado, por cuanto, si bien existe un deber de actuar impuesto en el supuesto de hecho para con el agente policial, por lo tanto, aparece una posición de garante, empero, dicha figura, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado se trate de un delito de resultado, situación que no aplica en el presente caso, por tratase de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

3. Elementos concomitantes

El delito materia de análisis, en el rubro de los criterios concomitantes, encontramos el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, según serán analizados en las líneas venideras.

3.1. Bien jurídico

Respecto al bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[11], por otro lado, de manera específica, conforme se viene sosteniendo reiteradamente en otras figuras delictivas afines al delito materia de comentario, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la PNP, conforme señala el inc. 3 del art. 4 del D. Leg. N.º 1267, al señalarse: "el personal policial tiene las siguientes obligaciones: [...] Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética."

En ese sentido, conforme fue sostenido en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado, agente policial, y el particular, defraudan el principio de imparcialidad y deber de probidad, lesionando la institución "administración pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, entre ellos el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por lo tanto, no sería posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las

11 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

inminentes posibilidades de admisión, toda vez que existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[12].

IV. TIPO SUBJETIVO

Sin lugar a dudas, el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el artículo 12 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El ***iter criminis*** o camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme es conocido y se viene sosteniendo en apartados anteriores, entre ellos el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

La tentativa, no opera en el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, por cuanto, al tratarse de un delito de comisión instantánea, deviene en inexistente el delito tentado.

3. Consumación

La consumación, responderá en la medida de las categorías de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, conforme será explicado en los apartados siguientes.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Asumiendo la tesis, que el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", por lo tanto, dicho supuesto, alcanza perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente policial incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera activa, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo cumpla sus

12 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.

funciones policiales conforme a la normatividad vigente, de la misma forma, resulta innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

Finalmente, el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, contiene modalidades que deberán ejecutarse por acción u omisión, las mismas que deberán ser entendidas, para los fines consumativos, bajo el escenario de "un hacer" o "dejar de hacer", por cuanto, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico, conforme se viene detallando en los diversos capítulos del presente estudio.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, respecto al análisis de la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, tan igual que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, agente policial, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente policial emita el acto funcional policial en cumplimiento de sus obligaciones, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

Por otro lado, conforme ha sido sustentado reiteradamente en otros apartados, en la dimensión de los delitos de infracción de deber, el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación[13]. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[14]

4. Agotamiento

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente

13 CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima. Ara Editores, 2010, pp. 73-74.

14 BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 172. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. "*Delitos de infracción de deber*", en ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; RUEDA MARTIN, María Ángeles y JAVIER RIGGI., Eduardo, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, ob. cit., p. 294.

delictual, con *posterioridad* a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible).

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito materia de comentario, presenta diversas formas de intervención delictual, conforme serán analizadas en los apartados siguientes.

1. Formas de autoría

El CP de 1991, alberga diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP vigente, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida por el agente del derecho, es decir, ya sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber. Respecto a los primeros, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata*, dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

De la misma manera, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el título formal de miembro de la PNP, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, siendo así, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el agente policial domine por sí mismo, el curso causal del pacto venal.

Respecto a la *autoría mediata*, también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en los cuales el agente policial solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero, la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría,* conforme se viene afirmando en apartados anteriores, es posible en la medida que el acto funcional policial, vinculado al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más agentes policiales, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber,* conforme se viene sosteniendo reiteradamente, es posible, únicamente, la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber

especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial; tanto desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de "complicidad (primaria y secundaria)", esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan agente policial vinculado al medio corruptor, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, la redacción típica se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al agente policial, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores típicos, los mismos que, tendrán que estar ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado.

VII. PENALIDAD

El tipo penal analizado, tiene dos nivel penológicos, el primero, referente al supuesto en el cual el miembro de la PNP que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para realizar u omitir un acto propio de su función sin faltar a su obligación o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36.

El segundo nivel penológico, contiene mayor reproche, por cual se exige que l miembro de la PNP que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida, para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, subsecuentemente será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ochos años e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP.

CAPÍTULO VII
CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 396 CP)

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, aparece registrado en el art. 396 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 396

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Artículo modificado por el art. único de la Ley N.° 30111, del 26.11.13.)

II. ANTECEDENTES

El delito materia de análisis, después de su incorporación al CP de 1991, sufrió su primera modificación fijada en el art. 1 de la Ley N.° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 6 de octubre del 2004. Por segunda vez, el 26 de noviembre del 2013, el artículo aludido, sufrió una nueva alteración, mediante el artículo único de la Ley N.° 30111, dicho dispositivo legal aparece como la última modificación.[1]

III. TIPO OBJETIVO

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, presenta una estructura típica similar a la señalada en el art. 395 del CP, por cuanto, por voluntad del legislador, utilizando una técnica de remisión, nos deriva a la estructura típica del delito de cohecho pasivo específico, con la única salvedad, que se tratarían de sujetos delictuales diferentes y con un nivel penológico distinto.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 508-509.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos intervinientes, conforme se advierte en cualquier tipo penal de la parte especial, contiene, básicamente, los sujetos activos y pasivos, los cuales serán analizados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

Conforme a la didáctica que se viene asumiendo en el presente trabajo, respecto al análisis de los tipos penales, tenemos que desde la óptica de los delitos de dominio, con relación a los sujetos, el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, resulta ser un delito especial propio, toda vez que, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente o paralelo.

En términos similares, conforme fue desarrollado en el delito de cohecho pasivo específico, no basta tener la condición cualificada, sino que, además, el sujeto actico, tiene que obrar en razón de la función jurisdiccional especifica que le habría sido encomendada en razón del cargo, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el sujeto cualificado y la "administración pública", por lo tanto, la redacción típica contiene deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber.

Respecto a lo señalado, esto es, con relación a los delitos de infracción de deber y la participación especifica en razón del cargo, aparece oportuna las afirmaciones de BACIGALUPO, quien indica que:

> [E]l deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los particulares. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo participe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión). En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber" son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien.[2]

Con relación a los sujetos especiales, el legislador impone un determinado estatus especial, esto es, secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier

2 BACIGALUPO, Enrique; *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires citado por PARMA, Carlos, *Teoría del delito 2.0*, Lima: Adrus D&L, 2017, p. 191.

otro análogo a los anteriores, por lo tanto, se deberá tener en cuenta dicha condición por cuanto, se trata de una técnica de redacción específica, en el caso, que no se pueda identificar o demostrar la misma, el tipo penal no tendría contenido penal.

1.1.1. Del secretario judicial

Según la RAE, el término "secretario", proviene del latín, *secretarius*, por lo tanto, indica la citada entidad, que se trataría de una "persona que se encarga de las labores administrativas de un organismo, institución o corporación y desempeña las funciones de extender actas, dar fe de los acuerdos y custodiar los documentos de esa entidad". Por otro lado, el término "judicial", según la entidad autorizada en el lenguaje castizo, proviene del latín *iudiciālis*, advirtiendo que "pertenece o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura".

La doctrina nacional, presenta una diversidad de conceptos, así tenemos, por un lado, SALINAS SICCHA, indica que los secretarios judiciales, "son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en los Juzgados de Paz Letrado, en los juzgados penales de primera instancia, en las Salas Superiores y Salas de la Corte Suprema. Las obligaciones y atribuciones de los secretarios judiciales se prevén en los artículos 259 y 266 del Texto único Ordenado de la LOPJ"[3]

Siendo así, podemos indicar que, "secretario judicial", son todas aquellas personas naturales, vinculadas al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrados o contratados, quienes ostentan el estatus de servidores públicos, por cuanto no tienen capacidad decisoria funcionarial, cuyas funciones aparecen delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

1.1.2. Del relator

La RAE, respecto al término "relator", indica que proviene del latín *relātor, -ōris,* por lo tanto, se trataría de una "persona que en un congreso o asamblea hace relación de los asuntos tratados, así como de las deliberaciones y acuerdos correspondientes. En los tribunales superiores, letrado cuyo oficio es hacer relación de los autos o expedientes".

La doctrina nacional, presenta opiniones al respecto, así tenemos, ROJAS VARGAS, indica lo siguiente:

> [E]s 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[4].

De la misma forma, SALINAS SICCHA precisa:

3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., 590.
4 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 323.

> [S]on aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema según lo previsto en los artículos 250 y 251 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las obligaciones de los relatores se precisan en el artículo 263 del citado TUO[5]

Por lo tanto, "relator" resulta ser cualquier persona natural vinculada al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, quien ostenta el estatus de servidor público, toda vez que no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen manifiestas en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema, las mismas que se encuentran delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

1.1.3. Del especialista

La RAE, indica que el término "especialista", se trataría de una "persona que cultiva o practica una rama determinada de un arte o una ciencia", en términos ilustrativos, ROJAS VARGAS, indica:

> [E]s 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[6].

Según lo expuesto, "especialista", resulta ser cualquier persona natural, vinculada al Poder Judicial, es decir, se trataría de un especialista judicial, quien, mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, ostenta el estatus de servidor público, por cuanto, no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen determinadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

1.1.4. Del auxiliar jurisdiccional

La RAE, indica que el término "auxiliar", proviene del latín *auxiliāris*, por lo tanto, se trataría de un "[...] funcionario técnico o administrativo de categoría subalterna". Asimismo, en lo que atañe al "auxiliar jurisdiccional", SALINAS SICCHA, refiere que:

> [S]i bien todos los cargos anteriores, según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también reciben la denominación general de auxiliares jurisdiccionales, con esta etiqueta el legislador ha pretendido englobar a todos los demás servidores del Poder Judicial que, de una u otra manera, tienen contacto con la tramitación de un proceso, ya sea de carácter jurisdiccional o administrativo. Aquí entran los asistentes administrativos, los asistentes de juez, los que cumplen la labor de notificadores, los que cumplen la labor en las Odecmas o en la OCMA, etc.[7]

1.1.5. De la terminología "cualquier otro análogo a los anteriores"

El legislador, al utilizar la redacción "cualquier otro análogo a los anteriores", advierte el uso de una técnica legislativa abierta, al utilizar la terminología "otro análo-

5 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 590.
6 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 323.
7 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 591.

go", empero, dicho estatus especial deberá encontrarse circunscrito de manera símil, a las condiciones, cargos labores o funciones de secretario judicial, relator, especialista y auxiliar jurisdiccional, por lo tanto, en este rubro, también pueden ser considerados, el personal laboral adherido a otras instituciones vinculadas a la administración de justicia, por ejemplo, el personal administrativo del Ministerio Publico, esto es, asistentes administrativos y asistentes en función fiscal.

En términos similares y complementarios, SALINAS SICCHA, indica, respecto a la temática expuesta que:

> [C]ualquier otro servidor que cumple parecidas obligaciones o atribuciones a los anteriores se constituye en sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica. Aquí, por ejemplo, se subsume a los asistentes de función fiscal o asistentes administrativos que trabajan en los despachos fiscales de todos los niveles del Ministerio Público[8].

1.2. Sujeto pasivo

Conforme fue manifestado, respecto al análisis del delito de cohecho pasivo específico, el sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, cuyos intereses serán representados por las procuradurías especialidades del Poder Judicial y del Ministerio Público, según el caso concreto.

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a los elementos vinculados a la conducta, esto es, los verbos rectores, verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", de la misma forma los medios corruptores, "donativo", "promesa" o "cualquier otra ventaja o beneficio", la clase de delito y las formas de ejecución, asimismo el bien jurídico tutelado y los criterios de imputación objetiva, por tratarse del mismo contenido vinculado al delito de cohecho pasivo específico, por cuanto el legislador, por técnica de remisión, nos adhiere al contenido del art. 395 del CP, por lo tanto, nos remitimos a lo desarrollado en el capítulo respectivo, debiendo el lector considerar su lectura.

IV. TIPO SUBJETIVO

Sin lugar a dudas, el tipo penal resulta ser, delito de comisión dolosa, no admitiéndose la forma culposa o imprudente, es decir, se exige que el autor tenga conocimiento y voluntad del hecho punible, en términos similares, ROJAS VARGAS, indica: "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"[9].

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal materia de comentario, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

---

8 *Loc. cit.*

9 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 325.

1. Actos preparatorios

Conforme, aparece indicando en el delito de cohecho pasivo específico, los actos preparatorios, no operan en el caso específico, por no tener, creación legal de manera expresa, toda vez que las reglas de tipificación, señalan que los actos preparatorios tienen que ser expresos para tener contenido penal.

2. Tentativa

La tentativa, tan igual que en el delito de cohecho pasivo específico, no opera en el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, por cuanto, al tratarse de un delito de comisión instantánea, deviene en inexistente el delito tentado.

3. Consumación

El escenario consumativo, tiene que ser analizado según la tesis que asuma el agente del derecho, es decir, si se trata de un delito de dominio o delito de infracción de deber, conforme será explicada en las líneas siguientes.

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

En la medida que el agente del derecho, asuma la tesis del delito de dominio, entonces el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, resulta ser un delito especial propio, por lo tanto, el perfeccionamiento del tipo penal, dependerá del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", subsecuentemente, el tipo penal se consuma en la medida que el agente delictual incurra en cualquiera de los verbos citados, siendo así, deviene en irrelevante, para los fines consumativos, que el agente delictivo, esto es, secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, resultando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, no solo es un delito especial propio, con relación a la naturaleza de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, tan igual conforme aparece motivado en el delito de cohecho pasivo específico, el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la

conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, siendo estas formas, criterios pos- consumativos.

Por otro lado, en este extremo, resulta irrelevante, analizar la conducta delictual respecto al hacer y dejar de hacer, es decir, por acción u omisión, por cuanto en la dimensión de los delitos de infracción de deber, dicha categoría ontológica resulta inaplicable por cuanto la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva.[10]

4. Agotamiento

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), situación que deberá ser escatimada según el caudal probatorio obtenido en cada caso concreto.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, exige diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

El CP peruano, tres formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del mismo cuerpo legal, las mismas que deberá ser interpretadas y aplicadas según la postura académica asumida por el agente del derecho, sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber.

Respecto a los delitos de dominio, se entenderá la existencia de la *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

Por lo tanto, desde una concepción ontológica, será "autor directo", el sujeto que ostente el título formal de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, asimismo, dicho sujeto cualificado, deberá actuar en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario, la figura deviene en inexistente. Siendo así,

10 BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, ob. cit., p. 172. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber* citado por ROBLES PLANAS, Ricardo *et al, La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, ob. cit., p. 294.

es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo durante el desarrollo del curso causal.

Respecto a la *autoría mediata,* también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en los cuales el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar bajo las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría,* es posible su admisión, en la medida que el acto funcional, vinculado al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más secretarios judiciales, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales o cualquier otro análogo a los anteriores, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto.

Por otro lado, desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo, conforme viene siendo mencionado reiteradamente.

2. Formas de participación

En delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), por lo tanto, será participe el sujeto que coopera o coadyuva con el plan concreto del autor, siendo este último quien despliega conducta funcional en razón del cargo, las mismas que aparece ligada a los medios corruptores y al pacto venal, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine o ejerza influencia en el sujeto cualificado, esto es, en los secretarios judiciales, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales o cualquier otro análogo a los anteriores, quienes emitirán el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores fijados por el tipo penal. Dicha afirmación, encuentra sustento, desde la óptica de la unidad del título de imputación, en la cual los intervinientes forman parte de un solo acontecer delictual.

VII. PENALIDAD

El legislador impone un solo nivel penológico en el tipo penal materia de análisis, es decir, se indique que en el medida que nos encontremos en el caso del art. 395 del CP, el agente delictual, esto 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 incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

CAPÍTULO VIII
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 397 CP)

El delito de cohecho activo genérico aparece registrado en el art. 397 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 397

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.(Artículo modificado por el Art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22.10.16.)

II. ANTECEDENTES

El delito de cohecho activo genérico mantiene como antecedente próximo el art. 353 del CP de 1924, por otro, en el CP del 1991, la figura delictual materia de comentario, inicialmente estuvo designado con el art. 399 del acotado cuerpo legal, sin embargo, mediante Ley N.° 28355, de fecha 6 de octubre del 200, el legislador optó por mudar su ubicación hacia el actual artículo, esto es, el art. 397 del CP, posteriormente, mediante Ley N.° 30111, de fecha 26 de noviembre del 2013, sufrió modificación; finalmente mediante D. Leg. N.° 1243, de fecha 22 de octubre del 2016, el citado artículo sufrió la última modificatoria, en los términos señalados líneas arriba.[1]

III. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho activo genérico presenta diversos elementos vinculados a los sujetos, a la conducta y los elementos concomitantes que serán analizados y en las líneas venideras.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 594.

1. Elementos referentes a los sujetos

1.1. Sujeto activo

El tipo penal analizado, desde la categoría de los delitos de dominio, resulta ser un delito común, por cuanto, la redacción típica aparece determinada por el pronombre impersonal "el que", además de ello, sobre el sujeto activo, no existe ninguna cualificación especial que restringa el radio de autores, subsecuentemente, el tipo penal puede ser cometido por cualquier persona con capacidad de reprochabilidad jurídico penal.

Asimismo, el delito de cohecho activo genérico, puede ser cometido por un funcionario o servidor público, en la medida que no opere, específicamente, en razón del cargo funcionarial. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ refiere que:

> [E]l sujeto activo de este ilícito al tratarse de un delito común, puede ser cualquier persona, incluyendo a otro funcionario o servidor público que no posea las facultades específicas para realizar el acto funcionarial[2].

Respecto a una concepción normativa del tipo penal, el delito de cohecho activo genérico, respecto a la conducta, no resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto sobre el sujeto activo, no existe institución alguna que lo vincule con el bien jurídico y le imponga deberes especiales de protección o salvamento.

1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser El Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en situación similar, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

De manera complementaria, REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica "Como en todos los delitos de corrupción el sujeto pasivo lo será el Estado y de manera concreta la entidad a la que pertenece el funcionario público[3].

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se deberá analizar los medios corruptores, supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explica en los apartados venideros.

---

2 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista, 2014, p. 460.

3 *Ibid.*, p. 461.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho activo genérico, tiene diversos medios corruptores, similares a las diversas modalidades de corrupción de funcionarios, dichos medios corruptores resultan ser, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio", por lo tanto, en el caso que el supuesto de hecho materia de imputación, no contenga el citado medio corruptor, el supuesto fáctico atribuido deviene en inexistente.

Asimismo, en términos similares respecto a los diversos delitos de corrupción de funcionarios que fueron analizados en otros capítulos[4], es pertinente precisar que, los medios corruptores, resultan ser de naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva lo siguiente:

> [C]ualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[5].

2.1.1. Del donativo

La RAE, respecto al término "donativo", proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". De la misma forma, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, señala lo siguiente:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[6].

Siendo así, podemos concluir, conforme aparece registrado en otros capítulos afines a los delitos de corrupción funcionarial, la "dádiva", puede ser cualquier regalo u obsequio de naturaleza tangible y valor patrimonial, esto es, bien mueble o inmueble, ofrecido, entregado o prometido por el sujeto no cualificado a favor del funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, para que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o en su defecto para que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

2.1.2. La promesa

La RAE, conforme viene siendo indicado en otros tipos penales, indica, que proviene del latín, *promissa,* situación que implica "expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo.

Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

---

4 Véase la temática respecto al delito de cohecho pasivo impropio y otros afines.

5 RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.

6 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.

En ese sentido, "prometer", implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo futuro, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, razón por la cual, el sujeto no cualificado promete al funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, para que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o con la finalidad que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

El supuesto aludido, alberga una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula *cualquier otra ventaja o beneficio indebido*, haciendo alusión a cualquier accionar de naturaleza tangible, mediante el cual, el sujeto activo no cualificado ofrece, da o promete al funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, para que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o con la finalidad que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

De la misma forma, es necesario precisar, que el medio corruptor, tiene que tener naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales, personales o de cualquier tipo, forman parte de dicho conglomerado de beneficios.

2.2. De los supuestos típicos

El delito de cohecho activo genérico, presenta dos supuestos típicos, el primer supuesto, contiene las siguientes variables: a) El sujeto no cualificado, "ofrece", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones; b) El sujeto no cualificado, "otorga", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones; c) El sujeto "promete", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones; d) El sujeto no cualificado, "ofrece", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones; e) El sujeto no cualificado, "otorga", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones; f) El sujeto no cualificado, "promete", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones.

Respecto al segundo supuesto, presenta las siguientes variables: a) El sujeto no cualificado, "ofrece", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones; b) El sujeto no cualificado, "otorga", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones; c) El sujeto no cualificado, "promete", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones; d) El sujeto no cualificado, "ofrece", promesa, ventaja o beneficio, para que

el funcionario o servidor público, "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones; e) El sujeto no cualificado, "otorga", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones; f) El sujeto no cualificado, "promete", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

2.2.1. Del primer supuesto típico

2.2.1.1. El sujeto no cualificado "ofrece" promesa, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

El supuesto aludido aparece determinado por el verbo activo "ofrecer", en ese sentido, según la RAE, el citado verbo proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", en ese sentido, el sujeto no cualificado inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor público, con la finalidad que dicho sujeto cualificado realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones.

En ese sentido, de la redacción típica, se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo no cualificado inicia o gesta el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, acceda a tal finalidad corruptora, emitiendo una conducta reprochable, por cuanto, incumplirá sus obligaciones funcionariales en razón del cargo encomendado, siendo así, el verbo "ofrecer", al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo genérico, como delito de mera actividad.

De la misma forma, la incursión en el supuesto de hecho del verbo "ofrecer", advierte que la técnica legislativa, adelantó la barrera de punibilidad, por lo tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito de peligro abstracto, es decir, se advierte una técnica legislativa "ex ante" a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador utilizó la preposición "para", por lo tanto, resulta irrelevante que el sujeto no cualificado cumpla con entregar el medio corruptor, asimismo, deviene en innecesario que el funcionario o servidor público, viole o infrinja sus obligaciones producto del ofrecimiento o entrega del medio corruptor.

2.2.1.2. El sujeto no cualificado "da" donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

Conforme se advierte de la descripción típica del art. 397 del CP, el supuesto analizado aparece fijado por el verbo rector "dar", por lo tanto, según la RAE, el citado verbo proviene del latín *dare,* es decir "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio", en ese contexto, se tiene que el sujeto no cualificado,

entrega el medio corruptor (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor para que realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones.

Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el sujeto no cualificado entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma manera, considerando la técnica legislativa, la misma que recurre a la preposición "para", el tipo penal, resulta ser delito de peligro abstracto, es decir, no se requiere para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando sus obligaciones, asimismo, el criterio "ex ante" utilizado por el legislador, propia de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, bastará la sola entrega del medio corruptor, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento, siendo innecesario que el funcionario o servidor público reciba el medio corruptor.

2.2.1.3. El sujeto "promete" donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público "realice" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

El tipo penal de cohecho activo genérico, en este extremo, registra el verbo "prometer", en ese sentido, considerando los lineamientos de la RAE, proviene del latín *promittĕre,* es decir "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, de la redacción del tipo penal, se tiene que el sujeto no cualificado, promete al funcionario o servidor la entrega del medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) con la finalidad que el sujeto cualificado, realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones funcionariales.

En ese sentido, el verbo "prometer", resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo no cualificado, emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado, para que el tipo penal alcance consumación, por lo tanto, el delito resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

Finalmente, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", por lo tanto, el tipo penal, resulta ser delito de peligro abstracto, es decir, para efectos consumativos, no se requiere que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando o infringiendo sus obligaciones, por lo tanto, en términos similares que los verbos anteriores, el criterio "ex ante", utilizado por el legislador, responde a un lineamiento de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, siendo innecesario que el sujeto no cualificado cumpla la promesa y subsecuentemente, es irrelevante que el funcionario o servidor público reciba el medio corruptor producto del cumplimiento del pacto venal.

2.2.1.4. El sujeto no cualificado "ofrece" donativo, promesa ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

El extremo expuesto, respecto al verbo rector "ofrecer", su significado opera en los mismos términos señalado líneas arriba, es decir, proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", por lo tanto, el sujeto no cualificado inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor público, con la finalidad que dicho sujeto cualificado omita un acto propio de la función, violando sus obligaciones.

De la misma forma, se trata de un delito de mera actividad, por la naturaleza instantánea del verbo rector, y delito de peligro abstracto, por los criterios políticos criminales utilizados por el legislador, quien recurre a la preposición "para", adelantando la barrera la punibilidad, con fines de protección al bien jurídico.

La situación alcanza trato diferenciado, respecto a las figuras expuestas, con relación al verbo "omitir", cuyo significado, según la RAE, proviene del latín *omittĕre, esto es,* "abstenerse de hacer algo", por lo tanto, desde una perspectiva ontológica, el sujeto activo no cualificado, al ofrecer el medio corruptor, busca que el funcionario o servidor público, deje de cumplir sus funciones, propias del cargo encomendado, contraviniendo sus obligaciones funcionariales.

El ejemplo referencial, afín al caso expuesto, el conductor de un vehículo motorizado, quien, de manera descuidada, continua la marcha sin respetar la luz roja del semáforo, por lo tanto, al ser intervenido por personal policial de tránsito, ofrece suma de dinero con la finalidad que el efectivo policial no imponga la papeleta por infracción de tránsito y subsecuentemente infrinja o viole sus obligaciones funcionariales. En dicho supuesto, a pesar que el efectivo policial no reciba la suma dineraria y subsecuentemente imponga la papeleta, el delito penal de cohecho activo genérico aparece perfeccionado, por cuanto, se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

2.2.1.5. El sujeto no cualificado, "da", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

Conforme aparece señalado anteriormente, el verbo rector "dar", proviene del latín *dare, es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio*", por lo tanto, el sujeto no cualificado, otorga el medio corruptor, con la finalidad que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

Por lo tanto, en este extremo, el sujeto cualificado, entrega el medio corruptor, al funcionario o servidor público, buscando que el sujeto cualificado viole sus obligaciones, omitiendo el acto funcional, siendo así, al tratarse el tipo penal de un delito de mera

actividad, el perfeccionamiento aparece evidenciado, con la sola entrega del medio corruptor, siendo irrelevante, si el funcionario o servidor público recibe el medio corruptor.

Por otro lado, en este extremo, el tipo penal señala que el funcionario o servidor público, omita el acto funcional, dicha omisión, desde una perspectiva "naturalistica", aparece determinada por un dejar de hacer, situación que genera la violación o infracción de las obligaciones funcionariales, asimismo, la técnica legislativa persiste en la preposición "para", por lo tanto, el tipo penal, en este extremo, también resulta ser un delito de peligro abstracto, por tratarse de un diseño de política criminal que busca adelantar la barrera de punibilidad y evitar la lesión efectiva al bien jurídico.

2.2.1.6. El sujeto no cualificado, "promete", donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "omita" un acto propio de la función, violando sus obligaciones

El extremo aludido, nos remite al verbo "prometer", conforme se indicó, proviene del latín *promittĕre, es decir, "obligarse a hacer, decir o dar algo", situación que nos conlleva a decir que* el sujeto no cualificado, promete el medio corruptor, con la finalidad que el funcionario o servidor público, omita un acto funcional, propio del cargo encomendado, violando sus obligaciones.

De la misma forma, que los supuesto anteriores, el delito de cohecho activo genérico, respecto al verbo "prometer", resulta ser un delito de mera actividad, por la inmediatez de la conducta, consumándose el tipo penal con la sola propuesta prometedora del sujeto no cualificado, propuesta que deberá ser idónea y dirigida al funcionario o servidor público, asimismo, deviene en irrelevante la aceptación o perfeccionamiento del pacto venal por parte del sujeto cualificado. Por otro lado, el tipo penal conteniendo la preposición "para", advirtiendo que la naturaleza del tipo penal, en este extremo, resulta ser de peligro abstracto, por el criterio "ex ante" utilizado por el legislador a efecto de proteger el bien jurídico, evidenciándose adelantamiento de la barrera de punibilidad por criterios de política criminal.

2.2.2. Del segundo supuesto típico

El segundo supuesto delictual determina la conducta del sujeto no cualificado, vinculándola con los mismos verbos rectores del primer supuesto, esto es, "ofrecer", "dar" y "prometer", los cuales se logran integrar con los medios corruptores (promesa, ventaja o beneficio), todo ello, con la finalidad que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, conforme se explicara en los supuestos venideros.

2.2.2.1. El sujeto no cualificado "ofrece" promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones

El verbo "ofrecer" resulta ser el elemento rector del supuesto típico materia de análisis, por lo tanto, conforme fue explicado líneas arriba, la RAE, indica que dicho verbo

proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", por lo tanto, la conducta prohibida, aparece enlazada con los medios corruptores (promesa, ventaja o beneficio), los mismos que son ofertados, según la peculiaridad de cada caso específico, por el sujeto no cualificado a favor del funcionario o servidor público con la finalidad que realice actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

De la misma forma, tenemos que el verbo "ofrecer", resulta ser un verbo de naturaleza activa y de ejecución inmediata, por lo tanto, el delito de cohecho activo genérico, aparece como un delito de mera actividad. Asimismo, el supuesto aludido contiene la preposición "para", lo que advierte que se trataría de un delito de peligro abstracto, por cuanto, el legislador, por criterios de política crimina con la finalidad de poner a buen recaudo el bien jurídico tutelado, adelanto la barrera de punibilidad, resultando irrelevante, para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público acepte el medio corruptor e incurra en el pacto venal, bastando que el agente delictivo, sujeto no cualificado, ofrezca el pacto venal.

Por otro lado, el pacto venal, busca que el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, realice actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones funcionariales encomendadas, es decir, debería cumplir sus funciones conforme a la normativa que regula sus actividades. El cumplimiento de dichas funciones, resultan innecesarias para la consumación del tipo penal, por cuanto, al tratarse de un delito de mera actividad, basta con el ofrecimiento del medio corruptor dispuesto por el sujeto no cualificado, subsecuentemente el cumplimiento de los actos funciones conforme a la normativa, aparecen como actos pos-consumativos.

2.2.2.2. El sujeto no cualificado, "dar", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones

El verbo "dar", aparece como elemento rector de la conducta delictual, en ese sentido conforme aparece advertido líneas arriba, la RAE, informa que proviene del latín *dare,* es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio", siendo así, dicho accionar aparece vinculado a los medios corruptores (promesa, ventaja o beneficio), los cuales son entregados, según cada caso concreto, por el sujeto no cualificado a favor del funcionario o servidor público, con la finalidad que realice actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

Asimismo, el supuesto típico citado, advierte que el delito materia de análisis, resulta ser un delito de mera actividad, por la naturaleza activa del verbo rector, "dar", por lo tanto, será suficiente para efectos consumativos, que el sujeto no cualificado entregue el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, siendo irrelevante que este último acepte el pacto venal con fines de cumplimiento normal de las actividades funcionariales, por cuanto, el tipo penal no resulta ser un delito de encuentro sino un delito vinculado a la clasificación de los delitos unipersonales.

Por otro lado, el supuesto analizado, advierte que el delito de cohecho activo genérico, resulta ser un delito de peligro abstracto, por la misma técnica legislativa utilizada en la redacción, es decir, se usa la preposición "para", advirtiéndose con meridiana claridad, el adelantamiento de la barrera de punición, por cuanto, por criterios de política criminal, se busca proteger el bien jurídico, por lo tanto, deviene en innecesario, para fines consumativos, la realización del acto funcional por parte del sujeto cualificado, sin que falte a sus obligaciones funcionariales, siendo este último, en el caso de haberse cumplido, una figura agotada del delito materia de análisis.

2.2.2.3. El sujeto no cualificado, "promete", promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, "realice" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones

El verbo "prometer", conforme aparece indicando líneas arriba, siguiendo las ilustraciones de la RAE, proviene del latín *promittĕre,* es decir, "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, de la redacción del tipo penal, ante ello, el sujeto no cualificado, promete al funcionario o servidor entregar del medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) con la finalidad que el sujeto cualificado, realice actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

De la misma forma, que los supuestos anteriores, el escenario aludido, nos advierte que se trataría de un delito de mera actividad, por la inmediatez de la naturaleza del verbo rector, asimismo, resulta ser un delito de peligro abstracto por finalidad política criminal para proteger el bien jurídico, habiéndose utilizado la proposición "para" con tal fin. La existencia del pacto venal, es decir, aceptación por parte del sujeto cualificado para que emita un acto funcional conforme a sus atribuciones, deviene en irrelevante, tratándose de actos pos-consumativos la emisión de actos funcionales producto del pacto venal.

2.2.2.4. El sujeto no cualificado "ofrece" promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones

El verbo "ofrecer", conforme indica la RAE, proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", por lo tanto, el sujeto no cualificado apertura o estimula el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor público, con la finalidad que "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones.

En ese contexto, el verbo "omitir", aparece como elemento diferenciador respecto a los tres primeros supuestos analizados, es decir, el funcionario o servidor público, desde una perspectiva ontológica, deja de hacer actos funcionales propios del cargo funcional, producto de haber concretado el plan corruptor, dicha omisión aparece conforme a derecho, obteniendo producto de ello cualquiera de los medios corruptores.

En términos similares que los supuestos anteriores, en este extremo, el delito de cohecho activo genérico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto,

por la naturaleza del verbo rector que delimita la conducta prohibida y por fines de política criminal, habiéndose adelantado la barrera de punibilidad con fines de protección del bien jurídico.

2.2.2.5. El sujeto no cualificado "da" promesa, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público "omita" actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones

El verbo rector "dar", según la voz autorizada en el habla hispana, proviene del latín *dare,* es decir, "ofrecer materia para algo, conferir, proveer en alguien un empleo u oficio", siendo así, el sujeto no cualificado, otorga el medio corruptor, a favor del funcionario o servidor público, con la finalidad que omita un acto propio de la función, sin violar sus obligaciones.

De la misma manera, el verbo rector, resulta ser de comisión instantánea, permitiéndonos afirmar que se trata de un delito de mera actividad, asimismo, el legislador adelanto la barrera de punibilidad con fines de protección del interés tutelado, situación que nos permite afirmar que el delito aparece como tipo penal de peligro abstracto, por lo tanto la concreción del pacto venal, entre el sujeto no cualificado y el funcionario o servidor público, así como la emisión del acto funcional conforme a derecho, aparecen como indicadores propios de la etapa agotada.

2.2.2.6. El sujeto no cualificado "promete" promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público "omita" actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones

El verbo "prometer", conforme se indicó líneas arriba, proviene del latín *promittĕ re,* es decir, "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, el sujeto no cualificado, promete el medio corruptor, con la finalidad que el funcionario o servidor público, omita un acto funcional sin faltar a sus obligaciones.

En términos similares que los anteriores presupuestos, el delito materia de análisis, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la inmediatez del verbo rector, subsecuentemente, resulta innecesario para fines consumativos, que la promesa se logré concretar, todo ello fluye, con claridad de las intenciones del legislador, quien recurre a la técnica de redacción anticipada, utilizando, la preposición "para". En el caso, que se concrete el pacto venal y el sujeto cualificado emita el acto funcional conforme a sus funciones, resultarían ser actos agotados.

2.3. Clase de delito

El delito de cohecho activo genérico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme se viene indicando líneas arriba, por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", resultan ser de comisión instantánea, por lo tanto, respecto al *primer supuesto,* es irrelevante, para efectos consumativos, si el agente funcionarial, realiza u omite actos funcionales en violación

directa de sus obligaciones. De la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa coherente a los delitos de peligro abstracto, subsecuentemente, se puede advertir con meridiana claridad la intensión del legislador de adelantar la barrera de punibilidad, todo ello, por fines de política criminal con la finalidad de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Respecto a la *segunda modalidad delictiva*, la cual aparece fijada por la modalidad en la cual el funcionario o servidor público realiza u omite actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, en términos similares que la primera modalidad, el tipo penal analizado, resulta ser, un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por lo mismos motivos señalados líneas arriba.

2.4. Forma de ejecución

El delito de cohecho activo genérico, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", subsecuentemente, no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, es decir, no es posible que el delito aludido pueda ejecutarse por omisión propia, por cuanto, el tipo penal no registra expresamente dicha modalidad, situación necesaria para su admisión, en este extremo, es necesario precisar que, si bien el tipo penal regula expresamente la forma omisa, como aparece en el delito de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, empero dicha forma delictual aparece consagrada para el funcionario o servidor público, quien no resulta ser autor en el delito de cohecho activo genérico.

Por otro lado, la omisión impropia, no podría invocarse en el delito de cohecho activo genérico, por cuanto, si bien es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[7], empero, dicha figura, omisión impropia, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado pertenezca a un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio y tiempo", situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

3. Elementos concomitantes

El delito analizado, contiene diversos supuestos que forman parte del tipo objetivo además de los supuestos analizados líneas arriba, entre ellos, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, conforme serán analizados a continuación.

7 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 274-275, en BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel, ob. cit., p. 252.

3.1. Bien jurídico

Existen diversas posturas que pretenden fundamentar el bien jurídico aludido, así tenemos, la tesis de ROJAS VARGAS, quien indica:

> [E]l bien jurídico que es objeto de tutela común es el correcto funcionamiento de la administración pública, así como el prestigio y la imparcialidad de la misma. Sin embargo, el objeto específico de tutela en el cohecho activo radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la administración pública[8].

Por otro lado, REÁTEGUI SÁNCHEZ, afirma lo siguiente:

> [L]o que se protege, en realidad, a través del delito de cohecho activo, es que el funcionario o servidor público, en todo momento, realice su labor (ya sea de gestión o de decisión), dentro del ámbito de sus funciones específicas, con la total tranquilidad que el caso amerita, teniendo como finalidad el deber de objetividad, si se trata de actos de investigación, o el deber de imparcialidad, si se trata de un acto de decisión funcionarial. Que no existan agentes o elementos externos de carácter ilícito (como por ejemplo donativos, promesas, ventajas o beneficios) que perjudiquen o afecten seriamente la actividad de la Administración Pública, en cualquiera de sus sectores[9].

Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[10], por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección, resulta ser la "actividad funcionarial vinculada a la administración pública" mediante la cual el funcionario o servidor pública despliega sus labores. Dicha afirmación, aparece ligada al bien jurídico general, pretendiéndose de esta manera garantizar el normal y correcto desarrollo de la administración pública y la protección de los deberes funcionariales[11].

3.2. Relación causal e Imputación objetiva

Respecto a los criterios de imputación objetiva, conforme aparece indicado en diversos apartados, dicha institución, aparece de conformidad con la naturaleza del delito, es decir, en la medida que el delito mantenga el binomio "espacio-tiempo", baremo propio de los delitos de resultado.

La institución jurídica aludida, es ajena al delito de cohecho activo genérico, por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores, "ofrecer" "dar" y "prometer", el citado delito, según la conducta, resulta ser delito de mera actividad, por lo tanto, los criterios de imputación objetiva, resultan ser ajenos por la carencia del baremo espacio-temporal, sin embargo, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto, cierto sector de la dogmática jurídico penal, viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[12].

---

8 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 534.

9 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública,* ob. cit., p. 453.

10 BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

11 En términos similares, respecto a la protección de los deberes funcionariales, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 605.

12 Véase. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015.

IV. TIPO SUBJETIVO

Sin lugar a duda, el delito de cohecho activo genérico, resulta ser de comisión dolosa, exigiéndose en el agente delictual, conocimiento y voluntad, por lo tanto, la forma culposa es inexistente, por la misma redacción típica, además de ello, la culpa será invocada en la medida que aparezca expresamente señalada en el tipo penal, según el art. 12 del CP, situación inexistente en la figura analizada. En términos similares, se vienen pronunciando los autores RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, y otros, quienes indican. "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"[13].

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene diversas etapas las cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, pertenecen a la fase externa del camino delictual, de la misma forma tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que, por mandato del legislador aparezcan típicamente señalados, sin embargo, dicho supuesto no obra en el delito de cohecho activo genérico.

2. Tentativa

La tentativa opera en la medida que el tipo penal pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal", empero, dicho supuesto deviene en inexistente, por cuanto, conforme se viene sosteniendo, el delito de cohecho activo genérico, resulta ser un delito de mera actividad.

3. Consumación

Existen diversos pronunciamientos provenientes del sector doctrinan, ROJAS VARGAS indica:

> [E]s 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[14].

En ese contexto, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ refiere que:

> [L]a consumación de esta modalidad de cohecho activo plantea de tal modo la existencia de la bilateralidad del delito. No obstante, dicha bilateralidad no aparecerá si el sujeto público rechaza y desestima

13 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal,* ob. cit., p. 61.

14 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 330.

> el ofrecimiento, lo cual no implica que nos situemos en un ámbito de tentativa del agente, por cuanto en esta modalidad de cohecho activo el tipo es de simple actividad [...], es decir, la negativa del sujeto público no impide que el delito se halle consumado. [...] El delito se consuma, en la modalidad de ofrecer, con la simple actividad de ofrecimiento [...] sin que la no aceptación del funcionario sea de interés para destipificar [sic] el hecho; en cambio, la aceptación del sujeto público activará el concurso con delito de cohecho pasivo específico. En el supuesto de dar, ya se dijo que la consumación requiere de un acto material de entrega por parte del sujeto indeterminado o abogado y de recepción del sujeto público. En el supuesto de la promesa realizada, estamos ante un delito de simple actividad, que supone la concurrencia de dos voluntades: la de prometer y aceptar la promesa, es decir, un pacto de mutuas complacencias[15].

Siendo así, el delito de cohecho activo genérico, pertenece a la categoría de los delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, quien deberá emitir el acto funcional, en razón del cargo, violando o cumpliendo sus obligaciones, según el caso concreto.

Por lo tanto, respecto al verbo "ofrecer", deviene en irrelevante, el cumplimiento del ofrecimiento del medio corruptor e innecesario la emisión del acto funcional, activo u omisivo, en cumplimiento o en violación de las obligaciones funcionariales por parte del funcionario o servidor público. De la misma forma, respecto al verbo "dar", resulta innecesario que el funcionario o servidor público acepte la entrega del medio corruptor por parte del agente delictual, por cuanto, resulta suficiente la manifestación de la conducta delictual inmersa en el verbo "dar", subsecuentemente, la emisión del acto funcional, en razón del cargo, sea por cumplimiento o violación de las obligaciones funcionariales resultan ser actos pos-consumativos. Asimismo, respecto al verbo "prometer", el tipo penal alcanza escenario consumativo, con la emisión de la promesa idónea, descartándose las bromas por cuanto deviene en ineficaces para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico e inidóneas para quebrantar el deber funcional, por lo tanto, no se requiere la concreción de la promesa así como tampoco el cumplimiento o violación de las obligaciones funcionales, propias del funcionario o servidor público, por lo tanto, dichos supuestos constituirían actos de agotamiento en la medida que aparezcan manifiestos según cada caso concreto.

Finalmente, para efectos consumativos, el tipo penal no requiere la concreción del pacto venal, es decir, que el funcionario o servidor público, acepte el medio corruptor propuesto por el agente delictual, por cuanto, el delito de cohecho activo genérico no resulta ser un delito de participación necesaria, esto es, delito de encuentro, en el cual se necesita el acuerdo de voluntades de los sujetos intervinientes, sino, por el contrario, el tipo penal de cohecho activo genérico, resulta ser un delito autónomo y unilateral, por

15 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 61.

lo tanto, será suficiente con la conducta del agente delictual, en la medida que aparezca subsumida en cualquiera de los verbos rectores, "ofrecer" "dar" y "prometer".

Resulta pertinente precisar que, si bien el delito analizado no es delito de encuentro, empero, sí tendría correspondencia con los delitos de cohecho pasivo propio o impropio, previstos en los arts. 393 y 394 del CP, por lo tanto, en el supuesto que el funcionario o servidor público, ingrese al pacto venal, aceptando los medios corruptores propuestos por el agente delictual no cualificado, dichos funcionarios o servidores públicos, deberán responder por el ilícito penal correspondiente, según el caso concreto.

4. Agotamiento

El delito de cohecho activo genérico, alcance forma agotada, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el funcionario o servidor público, ya sea en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", asimismo, la figura agotada surge en la medida que el funcionario o servidor público, por acción u omisión, cumpla el acto funcional conforme o en contra de sus obligaciones funcionariales en razón del cargo específico encomendado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de cohecho activo genérico, exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las diversas formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, por lo tanto, existiría *autoría directa,* en la medida que el sujeto no cualificado domine la acción delictual, *autoría mediata,* respecto al dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* en la medida que existe pluralidad de intervinientes con codominio funcional del hecho.

El delito de cohecho activo genérico, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la *autoría directa*, es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto no cualificado, quien, dominando el curso causal delictual, por sí mismo, "ofrece" "entrega" o "promete" el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, con la finalidad que este último, mediante forma activa u omisiva, violente o cumpla sus obligaciones fijadas por mandato legal.

Respecto a la *autoría mediata*, no resulta posible su admisión en el delito de cohecho activo genérico, por cuanto, al ser considerado dicho ilícito como delito de mera actividad, el alto nivel personalísimo, impuesto por la técnica legislativa en la redacción de los verbos rectores, nos advierte la ejecución directa del autor, diluyendo la posibilidad de instrumentalizar a un tercero.

Con relación a la *coautoría,* de la misma forma que el supuesto anterior, no sería posible por el criterio personalísimo impuesto por los verbos rectores, propio de un delito de mera actividad.

2. Formas de participación

La participación delictual, aparece fijada en los arts. 24 y 25 del CP, esto es, instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la "complicidad", será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, determinada por los verbos rectores, según el caso concreto.

Asimismo, será "instigador", el sujeto que determina al autor directo, creando o gestando la idea criminal en él, todo ello, con la finalidad que el sujeto no cualificado, autor directo, "ofrezca", "entregue" o "prometa" el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, a efecto que, mediante conducta activa u omisiva, viole o cumpla sus obligaciones funcionariales.

Finalmente, conforme se viene sosteniendo, la participación delictual (complicidad e instigación) deberá ser analizada, según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa y cuantitativamente.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, presenta dos nivel penológicos, el primero, referido al supuesto que el autor, 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, ante ello, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El segundo nivel penológico, aparece en la medida que el agente delictual, 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, subsecuentemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO IX
COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 397-A CP)

El delito de cohecho activo transnacional aparece registrado en el art. 397 –A del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 397-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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.(Artículo modificado por el Art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22.10.16.)

II. ANTECEDENTES

El tipo penal analizado, por primera vez, aparece regulado en la Ley N.° 29316 del 14 enero del 2009, ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, posteriormente, mediante Ley N.° 30111, del 26 de noviembre del 2013, la figura delictiva aludida, sufre su primera modificación, para luego, mediante D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016, el delito de cohecho activo transnacional, nuevamente fue modificado, presentando la estructura típica antes mencionada.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho activo transnacional, a nivel del tipo objetivo, presenta la siguiente estructura.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos intervinientes en el delito analizado, esto es, sujeto activo y pasivo, existen diversos postulados, los mismos que serán explicados a continuación

1.1. Sujeto activo

El delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de dominio, es decir, respecto a los sujetos, en este caso, sujeto activo, se trata de un delito común, por cuanto, sobre el agente delictual no existe ninguna condición especial que restringa el radio de acción de los intervinientes, de la misma forma, no se advierte institución alguna o deber especial impuesto, asimismo, la técnica de redacción aparece determina con el pronombre impersonal "el que", situación referencial para identificar a los delitos comunes.

En términos similares, SALINAS SICCHA, indica:

> [E]l delito de soborno activo internacional es un delito común. Puede ser perfeccionado por cualquier persona, incluso por quien tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. En suma, no se exige que el agente tenga alguna calidad o cualidad especial[1].

1.2. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo, esto es, el titular del bien jurídico, no existe duda alguna, resulta ser el Estado, apareciendo como el único titular de la "administración pública"; de la misma manera, conforme aparece mencionado en otros apartados, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". De manera complementaria, SALINAS SICCHA, refiere que "el sujeto pasivo del delito de cohecho activo internacional es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico"[2].

2. Elementos referentes a la conducta

La conducta delictual presenta supuestos típicos e indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explicará en las líneas siguientes.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho activo transnacional, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "ventaja o beneficio indebido", los mismos que dotan de contenido al tipo penal, debiendo existir perentoriamente el tipo penal, caso contrario el delito analizado resulta inexistente.

A continuación, serán analizados los referidos medios corruptores, los cuales tienen similar o idéntica corresponde con los diversos tipos penales vinculados a los delitos de corrupción funcionarial, conforme se viene precisando en diversos apartados.

---

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 619.
2 *Loc. cit.*

2.1.1. El donativo

La RAE, conforme fue indicado líneas arriba[3], indica que la palabra donativo, proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

El profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica:

> [E]s sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[4].

En sentido similar, ROJAS VARGAS, precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues la dicha característica permitirá:

> [E]stablecer 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[5].

Asimismo, SALINAS SICCHA, indica que "donativo", resulta ser:

> [...] aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario internacional, no siendo debido legalmente [...] la calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular)"[6].

En merito a los pronunciamientos expuestos, y conforme explicamos en el apartado anterior, respecto al delito de soborno internacional pasivo, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo.

2.1.2. De la promesa

La RAE, según fue detallado en el apartado anterior, indica que proviene del latín *promissa,* situación que implica, "Expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

En ese sentido, prometer, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo venidero, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, habría optado por criterios de política criminal, adelantó la barrera de pu-

3 Véase el análisis de la configuración del delito de soborno internacional pasivo
4 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano.* ob. cit., p. 433.
5 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* ob. cit. p. 292.
6 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública* 4.ª ed., ob. cit., p. 617.

nibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras, dicho concepto aparece asumido en otros apartados[7].

De la misma forma, SALINAS SICCHA, señala que:

> [S]e traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa[8].

2.1.3. Ventaja o beneficio indebido

La técnica legislativa, utilizada en el delito materia de análisis, responde a un criterio abierto, es decir, se observa la intensión del legislador de punir conductas contrarias al orden jurídico, por cuanto no precisa la clase de beneficio o ventaja, por lo tanto, el escenario aludido responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción. De la misma forma, es necesario precisar que el citado medio corruptor, tiene que tener contenido tangible, susceptible de ser valorado en el mundo real, por lo tanto, las meras especulaciones o situaciones líricas no tendrían contenido penal, en ese sentido, pueden admitirse, beneficios personales o a favor de terceros, de naturaleza laboral, familiar, sexual, académica, etc.

El profesor SALINAS SICCHA, al analizar la figura expuesta, de manera didáctica, señala:

> [C]omo un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.[9].

Uno de los temas controvertidos, resulta ser si los favores sexuales, pueden ser considerados medios corruptores, la doctrina extranjera, nos ilustra y por cierto, también viene aceptando dicha modalidad como parte del tipo penal, así tenemos a CASAS BARQUERO, quien indica lo siguiente:

> [...] si la sórdida avidez de dinero es el motivo más frecuente de corrupción, también puede ésta realizarse para gozar de los favores de una dama, para obtener un puesto o una distinción, para satisfacer un deseo de venganza u otra finalidad legítima: todo puede caber en el concepto amplísimo de utilidad, y no vemos motivo por el cual ha de excluirse una pretensión erótica ilícita[10].

7 Véase, en términos similares, el delito de soborno internacional pasivo.
8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed., ob. cit., p. 618.
9 *Loc. cit.*
10 CASAS BARQUERO, "El cohecho", en AA. VV., *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial*, ob. cit., pp. 186-187.

2.2. De los verbos rectores

El tipo penal analizado, presenta tres verbos rectores, esto es, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", dichos verbos determinan la consumación de los supuestos típicos, en el caso que se advierte su ausencia, entonces la conducta atribuida no tiene contenido penal.

Respecto al verbo "ofrecer", resulta ser un verbo activo, exigiéndose en el sujeto activo, desde un prisma fenomenológico, que emita una acción, un hacer, expresado en el mundo real, en ese sentido, la RAE, proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo". Por lo tanto, el sujeto no cualificado inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, con la finalidad que dicho sujeto cualificado realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones o sin faltar a las mismas, todo ello bajo la entrega del medio corruptor. De la misma forma, el citado verbo "ofrecer", contiene una posibilidad de concreción a tiempo futuro, además exige una connotación activa, es decir, contiene un desarrollo inmediato, situación que nos advierte que el tipo penal, en este extremo, resulta ser un delito de mera actividad.

Con relación al verbo "otorgar", según la RAE, proviene del latín *auctoricāre*, por lo tanto, implica: "Consentir, condescender o conceder algo que se pide o se pregunta. Hacer merced y gracia de algo. Disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer algo"; en ese sentido, el tipo penal exige que el sujeto no cualificado, entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, para que realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones o sin faltar a las mismas, de tal manera, que el trato diferenciado con el verbo "ofrecer", radica que mientras el ofrecimiento aparece determinado por una posibilidad a tiempo futuro, empero, respecto al verbo "otorgar" la materialización de la entrega del medio corruptor resulta ser en tiempo presente. De la misma forma, el verbo "otorgar" tiene una connotación activa y de manifestación inmediata, situación que nos advierte un tipo penal de comisión instantánea, es decir, delito de mera actividad.

Respecto al verbo rector "prometer", según la RAE, conforme aparece explicado en otros apartados, proviene del latín *promittĕre, es decir, "obligarse a hacer, decir o dar algo"*, en ese sentido, se advierte que el sujeto no cualificado, promete al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, la entrega del medio corruptor, con la finalidad que el sujeto cualificado, realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones funcionariales o sin faltar a las mismas. De la misma forma que los verbos anteriores, el verbo "prometer", es un verbo activo de comisión instantánea, empero condicionado a un evento futuro, asimismo, dicha promesa deberá tener connotación inminente y tangible, caso contrario, al tratarse de algo imposible, jocoso, utópico o lírico, el tipo penal no alcanzaría perfeccionamiento.

2.3. De los supuestos típicos

El delito de cohecho activo transnacional, presenta diversos supuestos típicos, los mismos que aparecen agrupados en tres categorías, siendo: a) El sujeto no cualificado,

"ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público, "realice" actos propios de su cargo o empleo en violación de sus obligaciones, para obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales; b) El sujeto no cualificado, "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público, "realice" actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, para obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales; c) El sujeto no cualificado, "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público, "omita" actos propios de su cargo o empleo en violación de sus obligaciones, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales; d) El sujeto no cualificado, "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público, "omita" actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

En las líneas venideras serán analizados cada uno de las modalidades delictuales.

2.3.1. El sujeto no cualificado "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona para que dicho servidor o funcionario público, "realice" actos propios de su cargo o empleo en violación de sus obligaciones, para obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales

El supuesto analizado, advierte que los verbos rectores "ofrecer", "otorgar" y "prometer", los mismos que fueron definidos líneas arriba, aparecen vínculos a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), en ese sentido, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, dicho beneficio venal, pretende o busca un provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a éste, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional realice actos propios de su cargo o empleo, situación que generará violación de sus obligaciones funcionariales, de la misma forma, el escenario expuesto, pretende

la concreción del plan del agente delictual no cualificado, esto es, la obtención de un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Según la técnica legislativa, advertimos que el supuesto materia de comentario, contiene verbos rectores activos y de comisión instantánea, por lo tanto, en este extremo, se trata de un delito de mera actividad, toda vez que, con la sola conducta expresa en cualquiera de los verbos rectores, se estaría perfeccionando el tipo penal aludido, resultando irrelevante que el sujeto activo no cualificado concrete el pacto venal con el *funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público* a través de la aceptación del medido corruptor por parte de este último.

Por otro lado, el tipo penal de cohecho activo transnacional, en el extremo comentado, resulta ser un tipo penal de peligro abstracto, por cuanto, la técnica legislativa recurre, además de los verbos rectores de consumación instantánea, a la preposición "para", es decir, el agente delictual no cualificado, oferta el medio corruptor "para obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales", dicha situación, advierte la finalidad del legislador de adelantar la barrera de punibilidad con fines de protección al bien jurídico, utilizando un criterio "ex- ante", por cuanto, no se requiere que el sujeto activo, fácticamente, obtenga el negocio o ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Por otro lado, la técnica de redacción, advierte que el agente delictual cualificado, "ofrece" "otorga" o "promete" el medio corruptor, directa o indirectamente, al agente funcionarial internacional, en ese sentido, la forma directa, implica que el mismo sujeto activo, de manera personal, cumple el verbo rector vinculado al medio corruptor, por otro lado, la forma indirecta, aparece en la medida que el agente delictual utilizando un tercero, imputable e inimputable, cumple cualquiera de los verbos rectores abrazados con alguno de los medios corruptores; dichos presupuestos están orientados a concretar el pacto venal con el sujeto funcionarial, buscando un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Finalmente, el tipo penal exige que el agente delictual "ofrezca", "otorgue" o "prometa", el medio corruptor al funcionario o servidor público del organismo internacional público, para que dichas ventajas ilegales redunde en beneficio propio del sujeto cualificado o para provecho o de otra persona, por lo tanto, el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, deberá realizar u ejecutar actos propios de su función violando sus obligaciones, siendo así, en este extremo, se advierte una conducta activa en la emisión del acto funcional, por lo tanto, el agente funcionarial, tendrá que operar en razón de un cargo específico, caso contrario el tipo penal deviene en inexistente, subsecuentemente, dicho acto funcionarial tiene que contravenir las obligaciones funcionares previstas en las normas o instrumentales legales que delimitan el cargo público, todo ello, con un único propósito, que el agente delictual no cualificado obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

2.3.2. El sujeto no cualificado "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona para que dicho servidor o funcionario público "realice" actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, para obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales

El supuesto aludido tiene cierta similitud que el anterior supuesto, es decir, operan los mismos verbos rectores, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", los mismos que aparecen vínculos a los medios corruptores *(donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido),* siendo así, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, dicho beneficio venal, pretende un provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a éste, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional realice actos propios de su cargo o empleo, situación que genera, ya no la violación de sus obligaciones funcionariales, sino por el contrario, el sujeto cualificado emite el acto funcional sin faltar a sus obligaciones, es decir, opera conforme a sus atribuciones, todo el escenario expuesto, pretende un norte específico, que el agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Asimismo, el extremo aludido, nos advierte que el delito contiene un verbo activo de comisión instantánea, estructura propia de los delitos de mera actividad, de la misma forma, se advierte la preposición "para", técnica legislativa propia de los delitos de peligro abstracto, resultando irrelevante, para efectos consumativos, que se concrete el pacto venal y se obtenga la finalidad delictual del sujeto activo no cualificado, esto es, la obtención de un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

De la misma forma, la consumación del verbo rector, puede ejecutarse de manera directa o indirecta, es decir, puede darse el supuesto en el cual, el mismo agente delictual no cualificado incurre en los cualquiera de los verbos rectores de manera personal, así como puede utilizar a una persona, supuesto de operación indirecta. Finalmente se requiere que el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, actué en razón del cargo específico, caso contrario, sino ostenta un cargo vinculado directamente con el pedido del sujeto cualificado, es decir, actividad genérica en la cual el sujeto cualificado no tenga competencia, en ese sentido, el tipo penal es inexistente.

2.3.3. El sujeto no cualificado "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona para que dicho servidor o funcionario público "omita" actos propios de su cargo o empleo en violación de

sus obligaciones, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales

El extremo aludido, contiene los mismos verbos rectores que los dos supuestos anteriores, es decir, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores aparecen ligados a los medios corruptores *(donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido),* por lo tanto, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, buscando o pretendiendo que dicho beneficio irregular, ingrese en provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a éste, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional, omita actos propios de su cargo o empleo, situación que ocasionara la violación de sus obligaciones funcionariales, es decir, contraviene sus atribuciones propias del cargo, en ese sentido, el escenario delictual pretende que el agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

De la misma forma que los supuestos explicados líneas arribar, el extremo aludido, nos advierte que el delito contiene un verbo activo de comisión instantánea, estructura propia de los delitos de mera actividad, asimismo, se advierte la preposición "para", técnica legislativa propia de los delitos de peligro abstracto, resultando irrelevante, para efectos consumativos, que se concrete el pacto venal y se obtenga la finalidad delictual del sujeto activo no cualificado.

Asimismo, la consumación del verbo rector, puede ejecutarse de manera directa o indirecta, es decir, en un monto, de manera personal y directa, el agente delictual no cualificado, incurre en los cualquiera de los verbos rectores de manera personal, sin embargo, en otro momento, puede operar a través de una tercero, quien puede ser imputable o inimputable, supuesto de operación indirecta. Finalmente se requiere que el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, tiene que omitir el acto funcional, en razón del cargo específico, por lo tanto, al existir un deber funcional genérico, el supuesto de imputación no alcanzaría perfeccionamiento.

2.3.4. El sujeto no cualificado "ofrece", "otorga" o "promete" 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 de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público "omita" actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales

El supuesto típico mencionado, contiene los mismos verbos rectores de todos los supuestos anteriores, es decir, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores aparecen vinculados directamente a los medios corruptores *(donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido),* subsecuentemente, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, buscando que dicho beneficio irregular funcione

en provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a éste, todo ello, con la finalidad que el sujeto cualificado internacional, omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones funcionariales, es decir, conforme a sus atribuciones propias del cargo, por lo tanto, el escenario delictual pretende que el agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

El delito de cohecho activo transnacional, en el extremo analizado, tan igual que los demás supuestos, el delito contiene un verbo activo de comisión instantánea, estructura propia de los delitos de mera actividad, asimismo, se advierte la preposición "para", técnica legislativa propia de los delitos de peligro abstracto, resultando innecesario, para efectos consumativos, la concreción del pacto venal y la consumación de la finalidad delictual del sujeto activo no cualificado.

Asimismo, la consumación del verbo rector, puede ejecutarse de manera directa o indirecta, es decir, en un monto, de manera personal y directa, el agente delictual no cualificado, incurre en los cualquiera de los verbos rectores de manera personal, sin embargo, en otro momento, puede operar a través de una tercero, quien puede ser imputable o inimputable, supuesto de operación indirecta. Finalmente se requiere que el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, tiene que omitir el acto funcional, en razón del cargo específico, por lo tanto, al existir un deber funcional genérico, el supuesto de imputación no alcanzaría perfeccionamiento.

2.4. Clase de delito

El delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, por cuanto, los verbos rectores registrados, esto es, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", resultan ser de comisión instantánea, siendo irrelevante para su consumación la concreción del pacto venal entre el *extraneus* e *intraneus*, asimismo, deviene en innecesario si el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, viola o cumple sus obligaciones, de la misma forma no tiene peso consumativo la concreción del plan delictual del sujeto activo respecto a la concreción del negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. Asimismo, la técnica legislativa aparece determinada por la preposición "para", la misma que condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa afín a un delito de peligro abstracto, por lo tanto, el legislador adelanto la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal.

2.5. Forma de ejecución

El delito de cohecho activo en un primer momento, aparece como tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores configurativos, esto es, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", los mismos que aparecen ligados a una conducta, fenomenológicamente, de un "hacer", por cuanto, por mandato legislativo se exige "realizar" el acto funcional por parte del sujeto activo internacional.

El delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", subsecuentemente, no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, es decir, no es posible que el delito aludido pueda ejecutarse por omisión propia, por cuanto, conforme se exige en dicha categoría delictual, el tipo penal deberá registra expresamente dicha modalidad, situación que no aparece en el delito analizado. Es perentorio indicar que, ciertamente, el tipo penal regula expresamente la forma omisa, empero dicha forma delictual aparece consagrada para el funcionario o servidor público internacional, quien no resulta ser autor en el delito de cohecho activo genérico.

En términos similares, la omisión impropia, no podría invocarse en el delito de cohecho activo transnacional, por cuanto, si bien es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[11], empero, dicha figura, omisión impropia, sólo opera en la medida que el tipo penal analizado pertenezca a un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio y tiempo", situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme se viene indicando en diversos apartados.

3. Elementos concomitantes

En este rubro serán analizados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Respecto al bien jurídico protegido, concordamos con las afirmaciones de SALINAS SICCHA, quien manifiesta que:

Es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, el bien jurídico específico radica en la protección al ejercicio regular de las funciones públicas internaciones contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos extranjeros[12].

3.2. Relación causal e Imputación objetiva.

Los criterios de imputación objetiva, son de difusa aplicación conforme se viene sosteniendo en diversos apartados en las cuales no se admite dicha institución que busca enervar responsabilidad penal, por cuanto los criterios de imputación objetiva funciona en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, en ese sentido, según la

11 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 274-275, en BRAMONT- ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 252.

12 *Ibid.*

tesis asumida en el presente trabajo, el delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, en el caso concreto, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[13].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, no existe duda alguna, responde a un delito de comisión dolosa, exigiéndose en el sujeto activo, la presencia de los criterios volitivos y cognitivos, es decir, se requiere que el agente delictual actué con conocimiento y voluntad, por lo tanto, la forma culposa o imprudente es inexistente, aún más cuando, no aparece señalada expresamente en el tipo penal, según las reglas de tipificación fijadas en el art. 12 del CP.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del delito de cohecho activo transnacional, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sustentando en diversos apartados señalados líneas arriba, solo operan en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, en ese sentido, al analizar la fase externa del camino delictual, podemos observar que en el caso específico, no aparecen expresamente tipificados como tal, es decir, con relevancia penal, por lo tanto, no existe en el presente caso.

2. Tentativa

La tentativa solo es posible en los delito de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, conforme se viene indicando que el delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos, los mismos que determinan su forma de ejecución, es decir, comisión instantánea, siendo así, no es admisible el delito tentado.

3. Consumación

El delito de cohecho activo transnacional, tan igual que el delito de cohecho activo genérico, pertenece a la categoría de los delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca

13 Véase, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., y Luis MODOLELL GONZÁLEZ, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *política criminal,* n.° 22, Talca: diciembre del 2006. Recuperado de < https://bit.ly/2HP0c46>

inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público internacional, quien deberá emitir el acto funcional, en razón del cargo, violando o cumpliendo sus obligaciones, todo ello con la finalidad de concretar el plan delictual del sujeto activo, esto es, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, según el caso concreto.

De la misma manera, para efectos consumativos, el tipo penal no requiere la concreción del pacto venal, es decir, la existencia de concurrencia de voluntades entre el sujeto activo y el funcionario o servidor público de naturaleza internacional, siendo irrelevante que éste último acepte el medio corruptor, por cuanto, el delito aludido no resulta ser un delito de participación necesaria, esto es, delito de encuentro, en el cual se necesita el acuerdo de voluntades de los sujetos intervinientes, sino, por el contrario, el tipo penal de cohecho activo transnacional resulta ser un delito autónomo y unilateral, por lo tanto, será suficiente con la conducta del agente delictual, en la medida que aparezca subsumida en cualquiera de los verbos rectores, "ofrecer" "otorgar" y "prometer".

Finalmente, resulta pertinente precisar que, si bien el delito analizado no es delito de encuentro, empero, sí tendría correspondencia con el delito de soborno internacional pasivo, previstos en los arts. 393-A del CP, por lo tanto, en el supuesto que el funcionario o servidor público de actividad laboral internacional, ingrese al pacto venal, aceptando los medios corruptores propuestos por el agente delictual no cualificado, dichos funcionarios o servidores públicos internacionales, deberán responder por el ilícito penal correspondiente, según el caso concreto.

4. Agotamiento

Las formas agotadas del delito de cohecho activo transnacional aparecen evidenciadas, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el funcionario o servidor público de naturaleza internacional, sea en cualquiera de los verbos rectores, esto es, *"ofrecer" "otorgar" y "prometer"*, asimismo, la figura agotada surge en la medida que el funcionario o servidor público internacional, por acción u omisión, emita el acto funcional, cumpliendo o violando sus obligaciones funcionariales en razón del cargo específico encomendado. Finalmente, también resulta ser una forma agotada, el cumplimiento del plan delictual del sujeto activo, esto es, que obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de cohecho activo transnacional, demanda analizar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

El sistema penal, regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, por lo tanto, existiría *autoría directa*, en la medida que el sujeto no cualificado domine la acción delictual, *autoría mediata,* respecto al dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* en la medida que existe pluralidad de intervinientes con codominio funcional del hecho.

Respecto a la *autoría directa*, no existe problema alguno para su admisión en el delito materia de análisis, en ese sentido, será autor directo, el sujeto activo no cualificado en la medida que incursione por sí mismo en cualquiera de los verbos rectores, esto es, *"ofrecer" "otorgar" y "prometer"*, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), beneficios ilegales que deberán ser ofertados, entregados o prometidos, según cada caso concreto, al sujeto cualificado de naturaleza internacional, a efecto que 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.

Respecto a la *autoría mediata,* será posible su aplicación en la medida que aparezca la modalidad "indirecta", es decir en la medida que el agente delictivo instrumentalice a un tercero, el cual deberá operar bajo los supuesto de error o coacción, por lo tanto, en este extremo, el instrumento no tendría responsabilidad penal, empero, si el instrumento tienen conocimiento del escenario delictual y aporta o contribuye al mismo, deberá responder como partícipe del ilícito penal, convirtiéndose en un instrumento doloso con responsabilidad penal. Respecto a la modalidad "directa", la figura de autoría mediata no operará, por lo personalísimo de los verbos rectores.

Con relación a la coautoría, no existe impedimento alguno para su admisión, por cuanto se trata de un delito de dominio, en la cual, es posible albergar la figura de acuerdos previos, pluralidad de intervinientes con roles repartidos y codominio funcional del hecho.

2. Formas de participación

En delito analizado; al tratarse de un delito de dominio, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), por lo tanto, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor respecto al ofrecimiento, entrega o promesa de los medios corruptores a favor del sujeto cualificado de naturaleza internación, con la finalidad de concretar el pacto venal o en su defecto corromper al citado sujeto cualificado, a efecto cumpla o viole sus funciones, mediante un hacer o dejar de hacer, todo ello, con la finalidad que el sujeto no cualificado a quien presta el apoyo delictual, obtenga o retenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que se logre determinar mediante influjo psicológico al autor, a efecto que ofrezca, entregue o prometa el medio corruptor con los fines delictuales antes señalados.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, por voluntad del legislador, impuso penalidad en la medida que el agente delictual no cualificado, 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, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO X
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 398 CP)

El delito de cohecho activo específico, aparece registrado en el art. 398, del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 398

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Artículo modificado por el Art. 2 del D. Leg. N° 1243, del 22.10.16.)

II. ANTECEDENTES

La referencia próxima al delito de cohecho activo específico aparece registrada en el art. 352 del CP de 1924. Por otro lado, respecto al CP vigente, se tiene que el tipo penal materia de análisis sufrió diversas modificaciones; en ese sentido entre las más representativas tenemos aquellas previstas en la Ley N.° 26572, del 5 de enero de 1996, la modificación, según el art. 1 de la Ley N.° 28355, de fecha 6 de octubre del 2004, asimismo, se registró una nueva modificación según Ley N.° 30111, del 26 de noviembre del 2013. Finalmente se advierte una última modificación registrada por el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de cohecho activo específico, en su dimensión objetiva, presenta diversos componentes típicos, conforme se detallará en las líneas siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

En este rubro se analizará, los sujetos intervinientes en el hecho punible, tanto al sujeto activo y pasivo, según serán detallados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

El delito analizado tiene tres supuestos típicos en los dos primeros supuestos, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, por cuanto sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación que restringa el radio de autores cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del tipo penal aludido, además de ello, sobre el supuesto típico no existe institución que determine un deber especial, por lo tanto, se trata de un delito de dominio común.

Respecto al tercer supuesto, el tipo penal impone un estatus especial sobre el sujeto activo, es decir, el agente delictual deberá tener el estatus profesional de abogado o en su defecto deberá formar parte de un estudio de abogados, por lo tanto, en este extremo, el delito de cohecho activo genérico resulta ser un delito especial propio, por cuanto, la condición especial del sujeto activo fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Asimismo, la doctrina nacional, entre ellos SALINAS SICCHA, indica:

> Tanto el primer como el segundo párrafo del artículo 398° del Código Penal tipifican supuestos o comportamientos delictivos comunes, es decir, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. No se exige que aquel tenga alguna condición o cualidad especial. En cambio, el tercer párrafo sí tipifica supuestos punibles especiales, pues se exige que el agente tenga la condición especial de abogado o que pertenezca a un estudio jurídico. Si el agente no tiene estas cualidades, los supuestos típicos no se configuran[1].

1.2. Sujeto pasivo

Sin lugar a duda, el Estado resulta ser el titular del bien jurídico y subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado. En términos similares la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Casación N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente. "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a los elementos vinculados a la conducta delictual, presenta diversos supuestos, incluyendo medios corruptores, verbos rectores y elementos descriptivos, conforme será explicado a continuación:

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 629.

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho activo específico tiene diversos medios corruptores, similares a las diversas modalidades de corrupción de funcionarios, dichos medios corruptores resultan ser, "donativo", "ventaja" o "beneficio", por lo tanto, la inexistencia de los citados medios corruptores convierten en atípico el supuesto imputado.

En términos similares respecto a los diversos delitos de corrupción de funcionarios que vienen siendo comentados en otros capítulos[2], es pertinente precisar que, los medios corruptores resultan ser de naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva:

> Cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[3].

2.1.1. Del donativo

Conforme fue explicado en otros apartados vinculados a los delitos de corrupción de funcionarios, la RAE, respecto al término "donativo", indica que proviene del latín *donatīvum,* por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios" [4]. De la misma forma, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica:

> Es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[5].
>
> Siendo así, podemos concluir, conforme vengo sustentado en otros capítulos afines a los delitos de corrupción funcionarial, la *"dádiva"*, puede ser cualquier regalo u obsequio de naturaleza tangible y valor patrimonial, esto es, bien mueble o inmueble, ofrecido, entregado o prometido por el sujeto no cualificado a favor del sujeto cualificado, quien actúa en razón del cargo específico, todo ello con la finalidad u objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del sujeto cualificado, en este caso, respecto al primer supuesto, referido al magistrado, fiscal, perito, arbitro, miembro del tribunal administrativo o análogo y con relación al segundo supuesto, respecto al secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.

2.1.2. De la ventaja o beneficio

El legislador, utiliza una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, viene haciendo alusión a cualquier accionar de naturaleza tangible, mediante el cual, el sujeto activo no cualificado, ofrece, da o promete al sujeto cualificado, (respecto al primer supuesto, se refiere al magistrado, fiscal, perito, arbitro, miembro del tribunal administrativo o análogo; con relación al segundo

---

2 Véase la temática respecto al delito de cohecho pasivo impropio y otros afines.

3 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.

4 Véase la página de la RAE. Recuperado de <https://bit.ly/2KJ4Sq3>.

5 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, p. 433.

supuesto, hace alusión al secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo), todo ello, con la única finalidad de influenciar en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del sujeto cualificado. Por otro lado, es necesario precisar, conforme se viene sosteniendo a lo largo del presente trabajo, que el medio corruptor, tiene que tener naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales, personales o de cualquier tipo, forman parte de dicho conglomerado de beneficios.

2.2. De los verbos rectores

El tipo penal, presenta tres verbos rectores, los cuales aparecen ligados a los medios corruptores, estos verbos son, "ofrecer", "dar" y "prometer", en ese sentido, en las líneas venideras, por la misma necesidad de presentar los elementos configuradores del tipo penal, se procederá a reproducir los citados verbos que fueron precisados y definidos en capítulos anteriores, específicamente, al analizar el delito de cohecho activo genérico, previsto en el art. 397 del CP.

2.2.1. Del verbo rector "ofrecer"

Respecto al verbo activo "ofrecer", la RAE indica que proviene del latín *offerre,* situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", en ese sentido, el sujeto activo (sujeto no cualificado respecto a los dos primeros supuestos delictuales y sujeto cualificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual), inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor al sujeto cualificado, con la finalidad de ejercer influencia en la decisión de un asunto sometido a si conocimiento o competencia.

En ese sentido, de la redacción típica, se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo, inicia el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, acceda a tal finalidad corruptora, y de esta manera direccionar la decisión funcionarial sobre el asunto sometido a su conocimiento o competencia, por lo tanto, el verbo "ofrecer", al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo genérico, como delito de mera actividad.

De la misma forma, la incursión en el supuesto de hecho del verbo "ofrecer", advierte que la técnica legislativa, adelantó la barrera de punibilidad, por lo tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito de peligro abstracto, es decir, se advierte una técnica legislativa "ex ante" a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador precisó la intencionalidad del agente delictual, esto es, con el objeto de influir en la decisión de un asunto de sometido a su conocimiento o competencia.

2.2.2. Del verbo rector "dar"

El verbo "dar", según la RAE, proviene del latín *dare,* es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio",en ese contexto, se tiene que el sujeto activo (sujeto no cualificado respecto a los dos primeros supuestos delictua-

les y sujeto cualificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual), entrega el medio corruptor, (promesa, donativo, ventaja o beneficio) al sujeto cualificado.

Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el sujeto activo entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma manera, considerando la técnica legislativa, orientada a identificar la intencionalidad del agente delictual, esto es, con el objeto de influir en la decisión de un asunto de sometido a su conocimiento o competencia, el delito analizado resulta ser de peligro abstracto, es decir, no se requiere para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público termine influenciado por el agente delictual en sus decisiones funcionariales, a pesar que dicha finalidad deberá ser manifiesta para fines probatorios, por lo tanto, el criterio "ex ante" utilizado por el legislador, propia de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, bastará la sola entrega del medio corruptor, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento, siendo innecesario la existencia del pacto venal y la emisión del acto funcionarial parcializado por parte de la influencia del agente delictual.

2.2.3. Del verbo rector "prometer"

El verbo "prometer", según la RAE, proviene del latín *promittĕre*, es decir; "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, de la redacción del tipo penal, se tiene que el agente delictual (sujeto no cualificado respecto a los dos primeros supuestos delictuales y sujeto cualificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual) promete al sujeto cualificado la entrega del medio corruptor, con el objeto de influir en la decisión de un asunto de sometido a su conocimiento o competencia por parte del sujeto cualificado. En ese sentido, el verbo "prometer", resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo, emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado, para que el tipo penal alcance consumación, por lo tanto, el delito resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma forma, el delito en el extremo analizado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, la técnica legislativa, advierte la finalidad del sujeto delictual de influir en la decisión funcional del sujeto cualificado, por lo tanto, la barrera de punibilidad aparece adelantada con fines de protección del bien jurídico, siendo irrelevante, para fines consumativos, la concreción del plan delictual del sujeto activo.

2.3. De las modalidades típicas

El tipo penal, presenta una diversidad de modalidades típicas, conforme se detalla en las líneas siguientes.

2.3.1. Del primer supuesto típico

El primer supuesto típico del delito analizado, indica lo siguiente:

> El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia [...]

Del supuesto aludido, se advierte determinados destinatarios del medio corruptor ofrecido, entregado o prometido por el agente delictual, todo ello, con la finalidad de *influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia,* entre ellos tenemos:

2.3.1.1. Del magistrado, jueces y fiscales

Respecto al término "*magistrado*", conforme fue explicado en capítulos anteriores[6] y por la similitud del escenario, serán citados en su conformidad, en ese sentido tenemos que la RAE, indica que su procedencia surge del latín *magistrātus,* el mismo que significaría "miembro de la carrera judicial con categoría superior a la del juez", asimismo, respecto al termino aludido, la doctrina, nos presenta un rico escenario conceptual sobre la temática, así tenemos, respecto al vocablo *"magistrado",* ROJAS VARGAS manifiesta que dicho vocablo 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[7].

Ante ello, no existe duda, respecto a considerar como magistrados a los jueces de los diversos niveles, empero, ante el dilema si el fiscal resulta ser magistrado, SALINAS SICCHA, refiere que el fiscal, "es aquel funcionario de todos los niveles que pertenece al Ministerio Público. Incluso alcanza a los fiscales del fuero privativo militar"[8], por lo tanto, de manera complementaria, se deberá tener en cuenta la norma específica, es decir, el art. 2 de la Ley N.º 30843[9], Ley de la Carrera Fiscal, se fija el perfil del fiscal, indicándose textualmente:

> El perfil del fiscal está constituido por el conjunto de capacidades y cualidades personales y profesionales que aseguran que, en el ejercicio de sus funciones, los fiscales respondan idóneamente a los roles constitucionales de defensa de la legalidad, de los intereses públicos tutelados por el derecho, de representación de la sociedad en juicio y de investigación del delito.

Por otro lado, se tiene que el CNM, resulta ser el órgano constitucional habilitado para nombrar y designar a los magistrados, entre ellos, jueces y fiscales, así tenemos, el art. 150, "el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular", por lo tanto, no existe duda alguna, que los fiscales de los diversos niveles, tienen el estatus

---

6 Véase el capítulo referido al delito de cohecho pasivo específico.

7 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos,* ob. cit., p. 316.

8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 580.

9 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 30843- Ley de la carrera fiscal,* Lima: 27 de mayo del 2016.

de magistrados, subsecuentemente, por tal razón, son nombrados como titulares bajo el procedimiento preestablecido por el CNM.

Asimismo, existen niveles en el cargo de los magistrados, es decir, a nivel de fiscales, el art. 3 de la Ley de la Carrera Fiscal, señala:

> [...] La carrera fiscal se organiza en los siguientes niveles: 1. Cuarto nivel, que comprende a los fiscales supremos.2. Tercer nivel, que comprende a los fiscales superiores o fiscales adjuntos supremos.3. Segundo nivel, que comprende a los fiscales provinciales o fiscales adjuntos superiores.4. Primer nivel, que comprende a los fiscales adjuntos provinciales [...].

De la misma forma, el art. 3 de la Ley N.º 29277[10], señala que, "La carrera judicial se organiza en los siguientes niveles: 1. Juez de Paz Letrado.2. Jueces Especializados o Mixtos.3. Jueces Superiores, y 4. Jueces Supremos."; de manera complementaria, se deberá considerar los jueces de paz no letrados, quienes también pertenecen al ejercicio de la administración de justicia, empero provienen de elección popular, así lo declara la Carta Magna, en el art. 152, indicando, "Los jueces de Paz provienen de elección popular".

2.3.1.2. Del perito

Con relación al término "perito", la RAE, indica que proviene del latín *perītus*, por lo tanto se trata de "experto o entendido en algo", por lo tanto, en términos de SALINAS SICCHA, se trataría de aquel "que domina una ciencia o arte y es llamado a colaborar con la administración o con la justicia para ilustrar al juez, fiscal o autoridad administrativa. Solo comprende a los peritos oficiales"[11].

2.3.1.3. Del árbitro

Respecto a la terminología "árbitro", la RAE, indica que proviene del latín *arbiter, -tri,* es decir:

"Dicho de una persona: Que puede hacer o decidir algo por sí sola sindependencia de otra. Persona que, como autoridad reconocida o designada por las partes, resuelve un conflicto o concilia intereses."; por lo tanto, los *"árbitros"*, solo pueden ser sujetos activos aquellos que son designados o nombrados oficialmente, en ese sentido, según SALINAS SICCHA:

> Los árbitros son personas designadas o nombradas oficialmente para solucionar un determinado problema. Estos pueden ser: a) De derecho, se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto; y b) de conciencia, se valen de su sabiduría y los usos vigentes[12].

De manera complementaria, ROJAS VARGAS, indica, "No pudiendo ser imputados los designados por las partes"[13].

---

10 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 29277, Ley de la carrera judicial*, Lima: 4 de noviembre del 2008.
11 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 580.
12 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., pp. 580 y 581.
13 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 317.

2.3.1.4. De los miembros del tribunal administrativo

Por otro lado, el tipo penal hace referencia a los *"miembros del tribunal administrativo"*, es decir:

> Hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal [...]. Cabe señalar que la norma penal emplea el término "miembro" para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios, se refiere, por ejemplo, a los miembros del Tribunal del Indecopi, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Aduanas, etc.[14]

2.3.1.5. De la cláusula "cualquier otro análogo"

Finalmente, la norma estipula la cláusula, *"cualquier otro análogo"*, es decir se trata de una cláusula abierta, la misma que:

> Abarca a cualquier otro funcionario o servidor público encargado por ley de administrar justicia jurisdiccional o administrativa. Entrarían aquí los miembros del JNE, los miembros del CNM, comisiones especiales del Congreso, autoridades de las Comunidades Campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc.[15]

2.3.2. Del segundo supuesto típico

El segundo supuesto típico del delito analizado, indica lo siguiente: "cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo [...]". Del supuesto aludido, tan igual que el primer supuesto, se advierte determinados destinatarios del medio corruptor ofrecido, entregado o prometido por el agente delictual, todo ello, con la finalidad de *influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia,* en ese sentido, en las líneas venideras se volverá a reproducir la definición de los diversos sujetos cualificados, que fueron definidos inicialmente respecto al delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales previsto en el artículo 396 del Código Penal, entre ellos tenemos:

2.3.2.1. Del secretario

Según la RAE, el término "secretario" proviene del latín, *secretarius,* por lo tanto, indica la citada entidad, que se trataría de una "persona que se encarga de las labores administrativas de un organismo, institución o corporación y desempeña las funciones de extender actas, dar fe de los acuerdos y custodiar los documentos de esa entidad". Por otro lado, el término "judicial", según la entidad autorizada en el lenguaje castizo, proviene del latín *iudiciālis,* advirtiendo que "pertenece o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura".

La doctrina nacional, presenta una diversidad de conceptos, así tenemos, por un lado, SALINAS SICCHA, indica que los secretarios judiciales son:

14 *Loc. cit.*
15 *Ibid.*, p. 581.

> [...] aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en los Juzgados de Paz Letrado, en los juzgados penales de Primera Instancia, en las Salas Superiores y Salas de la Corte Suprema. Las obligaciones y atribuciones de los secretarios judiciales se prevén en los artículos 259° y 266° del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[16]

Siendo así, podemos indicar que, *secretario judicial*, son todas aquellas personas naturales, vinculadas al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrados o contratados, quienes ostentan el estatus de servidores públicos, por cuanto no tienen capacidad decisoria funcionarial, cuyas funciones aparecen delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

2.3.2.2. Del relator

La RAE, respecto al término "relator", indica que proviene del latín *relātor, -ōris,* por lo tanto, se trataría de una "persona que en un congreso o asamblea hace relación de los asuntos tratados, así como de las deliberaciones y acuerdos correspondientes. En los tribunales superiores, letrado cuyo oficio es hacer relación de los autos o expedientes".

La doctrina nacional, presenta opiniones al respecto, así tenemos, ROJAS VARGAS, indica:

> 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[17].

De la misma forma, SALINAS SICCHA, precisa:

> Son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema según lo previsto en los artículos 250° y 251° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las obligaciones de los relatores se precisan en el artículo 263° del citado TUO[18].

Por lo tanto, *relator*, resulta ser cualquier persona natural, vinculada al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, quien ostenta el estatus de servidor público, toda vez que no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen manifiestas en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema, las mismas que se encuentran delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

2.3.2.3. Del especialista

La RAE indica que el término "especialista", se trataría de una "persona que cultiva o practica una rama determinada de un arte o una ciencia", en términos ilustrativos, ROJAS VARGAS, indica:

---

16 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., p. 590.

17 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 323.

18 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 590

> 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[19].

Según lo expuesto, *especialista,* resulta ser cualquier persona natural, vinculada al Poder Judicial, es decir, se trataría de un especialista judicial, quien, mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, ostenta el estatus de servidor público, por cuanto, no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen determinadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

2.3.2.4. Del auxiliar jurisdiccional

La RAE, indica que el término "auxiliar", proviene del latín *auxiliāris,* por lo tanto, se trataría de un "[...] Funcionario técnico o administrativo de categoría subalterna". Asimismo, en lo que atañe al *auxiliar jurisdiccional,* SALINAS SICCHA, refiere que:

> Si bien todos los cargos anteriores, según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también reciben la denominación general de auxiliares jurisdiccionales, con esta etiqueta el legislador ha pretendido englobar a todos los demás servidores del Poder Judicial que, de una u otra manera, tienen contacto con la tramitación de un proceso, ya sea de carácter jurisdiccional o administrativo. Aquí entran los asistentes administrativos, los asistentes de juez, los que cumplen la labor de notificadores, los que cumplen la labor en las Odicmas o en la OCMA, etc.[20]

2.3.2.5. Del testigo

La RAE, define al testigo como "persona que da testimonio de algo, o lo atestigua. Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo", por otro lado, la palabra "testigo" proviene del latín "testado" que significa declaración o explicación según su mente[21], asimismo, BLANQUEZ FRAILE, en su diccionario Manual de Latín[22] usa el término "testimonium", proveniente de "testis" que significa testimonio, deposición, declaración de testigo. En ese sentido el testimonio es un medio de prueba, que aparece determinado y admitido por el Sistema procesal, así tenemos el art. 163 y 165 del nuevo CPP.

Existen varias clases de testigos, siendo:

i) *Testigo directo o presencial.-* Es aquel que percibió sensorialmente en forma presencial y fáctica el hecho sobre el cual versa la investigación.

ii) *Testigo de referencia.-* Es aquel testigo indirecto o también llamado de oídas, el cual tomó conocimiento de los hechos por medio de otros medios o personas,

19 ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit., p. 323.
20 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 591.
21 CARAVANTES, E., citado por CABANELLAS, ob. cit., p. 768.
22 BLANQUEZ FRAILE, Agustín, *Diccionario manual: latino-español y español-latino*, Barcelona: Ramón Sopena, 1974, p. 498.

este testigo nunca presencio fáctica y físicamente los hechos, su accionar se encuentra regulado en el art. 166.2 del nuevo CPP.

iii) *Testigo Técnico.*- Es una persona sobre la cual versa conocimientos especializados y/o científicos sobre temas específicos, su accionar se encuentra regulado en el art. 166.3 del nuevo CPP.

iv) *Testigo de conducta.*- Esta clase de testigo aparece regulado a nivel de la doctrina, resultando ser una persona que declara a favor del imputado sobre su honorabilidad y buena conducta[23].

2.3.2.6. Del traductor o interprete

La RAE, respecto al término "traductor", indica que proviene del latín *traductor, -ōris,* esto es, "el que hace pasar de un lugar a otro". De la misma forma, respecto a la palabra "*interprete*", la citada entidad, indica que proviene del latín *interpretāri,* por lo tanto, su significado consiste en "Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto. Traducir algo de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente.Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos".

2.3.2.7. De la terminología "cualquier otro análogo"

El legislador, al utilizar la redacción *"cualquier otro análogo a los anteriores"*, advierte el uso de una técnica legislativa abierta, al utilizar la terminología "otro análogo", empero, dicho estatus especial deberá encontrarse circunscrito de manera símil, a las condiciones, cargos labores o funciones de secretario judicial, relator, especialista y auxiliar jurisdiccional, por lo tanto, en este rubro, también pueden ser considerados, el personal laboral adherido a otras instituciones vinculadas a la administración de justicia, por ejemplo, el personal administrativo del Ministerio Público, esto es, asistentes administrativos y asistentes en función fiscal.

En términos similares y complementarios, SALINAS SICCHA, indica, respecto a la temática expuesta:

> Cualquier otro servidor que cumple parecidas obligaciones o atribuciones a los anteriores se constituye en sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica. Aquí, por ejemplo, se subsume a los asistentes de función fiscal o asistentes administrativos que trabajan en los despachos fiscales de todos los niveles del Ministerio Público[24].

2.3.3. Del tercer supuesto típico

El tercer supuesto típico del delito analizado, indica lo siguiente: "Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados,". Del supuesto aludido, se advierte la existencia de un sujeto cualificado, en este caso, abogado, quien responde como autor, en ese sentido, según la RAE, el término de abogado proviene del

23 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal,* Lima: Idemsa, 2009, p. 253.
24 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 591.

latín *advocātus,* esto es, "licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramientojurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos".

De la misma forma, el sistema procesal penal, en los arts. 80, 81, 82, 83 y 84 del nuevo CPP, regula las actividades y obligaciones que le asiste el abogado frente al proceso penal, por lo tanto, para fines del presente trabajo, se advierte que el supuesto de hecho exige que el abogado o aquel que forma parte del estudio abogadil, da o corrompe, en este caso a los sujetos cualificados previstos en los dos primeros supuestos, con cualquiera de los medios corruptores, todo ello, con la finalidad de *influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.*

2.4. Clase de delito

Conforme se viene explicando, líneas arriba, el tipo penal materia de análisis, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la misma naturaleza de los verbos rectores, los cuales son de acción y de comisión instantánea, así como, la redacción del tipo penal opta por una cláusula de adelantamiento de la barrera de punibilidad, respectivamente.

2.5. Forma de ejecución

El delito analizado es de comisión activa, por cuanto, los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", resultan ser verbos activos de comisión instantánea, por lo tanto, el delito no puede cometerse por omisión, tanto en su figura propia e impropia, por cuanto, respecto a la primera, no aparece expresamente señalada en el tipo penal la forma omisiva, requisito necesario para sustentar el delito por omisión propia, por otro lado, no se advierte una postura de garante sobre el autor, con la finalidad de admitir la figura de omisión impropia, aún más, cuando el tipo penal resulta ser de mera actividad, situación que no es afín a la figura de comisión por omisión, por cuanto, para su admisión requiere que el delito, respecto a la conducta, asuma la connotación de delito de resultado.

3. Elementos concomitantes

El delito de cohecho activo específico, contiene diversos supuestos los cuales forman parte del tipo objetivo además de los supuestos analizados líneas arriba, entre ellos, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva, conforme serán analizados a continuación.

3.1. Bien jurídico

Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[25], por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección, resulta ser

25 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

la "actividad funcionarial vinculada a la administración pública", con lo cual se pretende proteger la imparcialidad del funcionario o servidor público respecto a las decisiones que deberá tomar en razón del cargo encomendado.

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Los criterios de imputación objetiva, conforme se viene precisando en diversos apartados, dicha institución, procede su aplicación, sin lugar a dudas en los delitos de resultado, por cuanto, dichos tipos penales responden al binomio "espacio-tiempo", sin embargo la institución jurídica aludida, es ajena al delito de cohecho activo específico, por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores, "ofrecer" "dar" y "prometer", el delito analizado resulta ser delito de mera actividad, por lo tanto, los criterios de imputación objetiva, serían ajenos por la carencia del baremo espacio-temporal, sin embargo, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto, cierto sector de la dogmática jurídico penal, viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[26].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, es delito de comisión dolosa, demandándose en el sujeto activo, conocimiento y voluntad en su accionar delictual, no se admite la forma culposa, por cuanto, dicha modalidad deberá ser expresa, según el art. 12 del CP, presupuesto inexistente en la figura comentada

V. *ITER CRIMINIS*

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene diversas etapas las cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, no son posibles admitirlos en el delito de cohecho activo específico, por cuanto el legislador no los precisó expresamente como figuras delictivas propias, requisito necesario para su admisión.

2. Tentativa

El delito tentado no es posible en la figura delictual comentada, por cuanto, la tentativa opera en la medida que el tipo penal pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal", empero, dicho supuesto deviene en inexistente, toda vez que, conforme se viene sosteniendo, el delito de cohecho activo específico, resulta ser un delito de mera actividad.

26 Véase, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", art. cit.

3. Consumación

Considerando al delito de cohecho activo específico como delito de mera actividad, entonces el perfeccionamiento consumativo del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor a favor del sujeto cualificado, todo ello, buscando ejercer influencia en su decisión frente al asunto sometido a su conocimiento y competencia.

4. Agotamiento

El delito de cohecho activo específico aparece agotado, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el sujeto cualificado, incursionando en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", asimismo, la figura agotada surge en la medida que el agente cualificado emita el acto funcional parcializada, por cuanto, aparece influenciado en sus decisiones por el medio corruptor.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de cohecho activo específico, exige analizar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

El CP vigente, regula diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del mismo cuerpo legal, por lo tanto, existiría *autoría directa,* en la medida que el sujeto no cualificado domine la acción delictual, *autoría mediata,* respecto al dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* en la medida que existe pluralidad de intervinientes con codominio funcional del hecho.

Con relación a la *autoría directa*, no existe problema alguno para su admisión en el delito de cohecho activo específico, en ese sentido, será autor directo, el agente delictual en la medida que incursione por sí mismo en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar " y "prometer", los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores (donativo, ventaja o beneficio), beneficios ilegales que deberán ser ofertados, entregados o prometidos, según cada caso concreto, al sujeto cualificado, a efecto que emita un acto funcional, en razón del cargo específico, con fines beneficios a los intereses del agente delictual, todo ello producto de la influencia impuesta por el agente delictual que conoce y resulta ser competente respecto a determinados temas de interés del sujeto activo.

Respecto a la *autoría mediata*, no es admisible por cuanto en los delitos de mera actividad, conforme se viene sosteniendo los verbos rectores son de naturaleza activo y de comisión instantánea, por lo tanto, se exige un accionar inmediato y personal por parte del sujeto activo, subsecuentemente, el delito de cohecho activo específico, al ser consi-

derado un delito de mera actividad por la naturaleza personalísima de los verbos rectores, deviene en inaplicable los presuntos del hombre de atrás propios de la autoría mediata.

Respecto a la *coautoría*, no existe impedimento alguno para su admisión, por cuanto se trata de un delito de dominio, en la cual, es posible albergar la figura de acuerdos previos, pluralidad de intervinientes con roles repartidos y codominio funcional del hecho, precisando que resultaría, también apropiado, sustentar la tesis de autorías directas, por cuanto, en un delito de mera actividad, al contener un escenario personalísimo impuesto por los verbos rectores, cada sujeto delictual maneja un escenario individual, empero ambas tesis, resultan ser posibles para su invocación.

2. Formas de participación

En delito de cohecho activo específico; al tratarse de un delito de dominio, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), por lo tanto, será participe el sujeto que coopera, necesaria o innecesariamente, con el plan concreto del autor, respecto al ofrecimiento, entrega o promesa de los medios corruptores a favor del sujeto cualificado que viene conocimiento un asunto de su competencia, concretando el pacto venal o en su defecto corrompe al citado sujeto cualificado, con la finalidad de beneficiar al sujeto activo, lesionado la imparcialidad en los actos funcionariales del sujeto cualificado. De la misma forma, dicho aporte deberá aparecer antes o al momento de la conducta delictual desplegado por el autor.

Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que se logre determinar que el instigador, desplegó influjo psicológico en el sujeto activo, determinándolo para que ofrezca, entregue o prometa el medio corruptor con los fines delictuales antes señalados.

VII. PENALIDAD

El legislador, respecto al delito de cohecho activo específico, impone tres nivel penológicos, el primero, aparece en la medida que el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, arbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, por lo tanto, el agente delictual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación accesoria conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El segundo nivel penológico, aparece en cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, por lo tanto, en este supuesto, el agente delictual será castigado con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación accesoria conforme a los incs. 1, 2, 3 y 4 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El tercer nivel penológico, aparece en un escenario de mayor reprocho por la calidad cualificada del autor, es decir, en la medique que quien ofrece, da o corrompe, ostenta el título de abogado o forma parte de un estudio de abogados, por lo tanto, en este supuesto, el agente delictual será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 2, 3, 4 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO XI
COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 398-A CP)

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, aparece registrado en el art. 398-A, del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 398-A

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (Artículo incorporado por el art. 3 del D. Leg. N.° 1351, del 07.01.17.)

II. ANTECEDENTES

El delito analizado, tiene como antecedentes el D. Leg. N.° 1351, el mismo que surge dentro de un esquema de políticas de seguridad social implementadas por el Poder Ejecutivo, por cuanto mediante Ley N.° 30506 — Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A— el Congreso de la República, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana.

En ese contexto, aparece incorporada la figura delictual conocida como cohecho activo en el ámbito de la función policial, pretendiéndose armonizar la correlación con el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, previsto en el art. 395-A, tipo penal dirigido a sujetos cualificados, esto es, personal policial, empero, dicha figura operaría en la medida que el sujeto activo, miembro de la Policía Nacional, incurra en los verbos rectores, "aceptar", "recibir" y "recibir", situación diferente a la presente figura delictual, en la cual, el sujeto activo no cualificado, incurre en los verbos rectores "ofrece", "da" o "promete", por lo tanto, la técnica de redacción permite armonizar la subsecuencia delictual entre el sujeto cualificado, miembro de la Policía Nacional, y el sujeto no cualificado, debiendo responder cada sujeto según el tipo penal que le corresponda.

III. TIPO OBJETIVO

El delito materia de análisis, presenta una serie de presupuesto a nivel del tipo objetivo, los cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos intervinientes en el hecho punible, se deberá analizar, tanto al sujeto activo y pasivo intervinientes en el hecho punible, según serán detallados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, de la misma forma, es un delito común, por cuanto, sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación que restringa el radio de autores, por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del tipo penal aludido, asimismo, en el supuesto de hecho típico, no existe institución que determine un deber especial.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado, es el titular del bien jurídico y subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado, en términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a los elementos vinculados a la conducta delictual, presenta diversos supuestos, incluyendo medios corruptores, verbos rectores, y elementos descriptivos, conforme será explicado en las líneas siguientes:

2.1. De los medios corruptores

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, tiene diversos medios corruptores, similares a las diversas modalidades de corrupción de funcionarios, dichos medios corruptores resultan ser, "donativo", "ventaja" o "beneficio", por lo tanto, la inexistencia de los citados medios corruptores, convierte en atípico el supuesto imputado, es decir, dotan de contenido a la figura delictual.

En términos similares respecto a los diversos delitos de corrupción de funcionarios que vienen siendo comentados en otros capítulos[1], es pertinente precisar la naturaleza

1 Véase la temática respecto al delito de cohecho pasivo impropio, cohecho activo específico y otros afines.

tangible de dichos medios corruptores, conforme indica RAMOS MEJÍA, respecto al concepto de dádiva, precisando:

Cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal"[2].

2.1.1. Del donativo

Según aparece detallado y explicado en otros apartados vinculados a los delitos de corrupción de funcionarios, la RAE, respecto al término "donativo", indica que proviene del latín *donatīvum*, por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". De la misma forma, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica:

> Es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[3].

Por lo tanto, conforme vengo afirmando en otros capítulos afines a los delitos de corrupción funcionarial, la "dádiva", puede ser cualquier regalo u obsequio de naturaleza tangible y valor patrimonial, esto es, bien mueble o inmueble, ofrecido, entregado o prometido por el sujeto no cualificado a favor del sujeto cualificado, en este caso, miembro de la Policía Nacional, todo ello, con la finalidad que el efectivo policial, mediante un hacer o dejar de hacer, viole o cumpla sus funciones encomendadas en razón del cargo.

2.1.2. De la ventaja o beneficio

La redacción, recurre a una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, hace alusión a cualquier accionar de naturaleza tangible, mediante el cual, el sujeto activo no cualificado, ofrece, da o promete al sujeto cualificado, esto es, miembro de la Policía Nacional, todo ello, con la finalidad que este último, en razón del cargo específico, mediante un hacer o dejar de hacer, cumpla o viole sus funciones policiales.

Por lo tanto, en este supuesto, pueden ser abarcados cualquier tipo de pretensión de naturaleza tangible, por ejemplo, favores personales o a favor de terceros, pretensiones sexuales y laborales, donaciones, préstamos dinerarios, alquileres de bienes muebles o inmuebles con montos reducidos, etc.

2 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*, ob. cit., p. 81.
3 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.

2.2. De los verbos rectores

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, presenta tres verbos rectores, los cuales aparecen ligados a los medios corruptores, estos verbos son, "ofrecer", "dar" y "prometer", en ese sentido, conforme se viene explicando en términos similares en otros tipos penales que contienen dichos verbos rectores, en las líneas venideras, por la misma necesidad de presentar los elementos configuradores del tipo penal, se procederá a reproducir los citados verbos que fueron precisados y definidos en capítulos anteriores, específicamente, al analizar el delito de cohecho activo genérico y cohecho activo específico, previsto en los arts. 397 y 398 del CP, respectivamente.

2.2.1. Del verbo rector "ofrecer"

La RAE, respecto al verbo activo "ofrecer", indica que proviene del latín *offerre,* situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", en ese sentido, en el caso concreto, el sujeto activo, inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor al sujeto cualificado, esto es, miembro de la Policía Nacional, con la finalidad que mediante un hacer o dejar de hacer, cumpla o viole sus funciones policiales encomendadas en razón del cargo.

En ese sentido, de la redacción típica, se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo, inicia el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, acceda a tal finalidad corruptora, y de esta manera concretar el pacto venal, por lo tanto, el verbo "ofrecer", al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, como delito de mera actividad.

En términos similares con las demás figuras delictivas vinculadas a los delitos de corrupción funcionarial, la incursión en el supuesto de hecho del verbo "ofrecer", advierte que la redacción típica, adelantó la barrera de punibilidad, por lo tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito de peligro abstracto, es decir, se advierte una técnica legislativa "ex ante" a la lesión del bien jurídico, resultando irrelevante, que se concrete el pacto venal o la emisión del acto funcional policial, siendo suficiencia la creación de un peligro inminente de lesión, ante un riesgo jurídicamente desaprobado.

2.2.2. Del verbo rector "dar"

El verbo "dar", según la RAE, proviene del latín *dare,* es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio", en ese contexto, se tiene que el sujeto activo, entrega el medio corruptor, (promesa, donativo, ventaja o beneficio) al miembro de la Policía Nacional, quien aparece obrando en razón del cargo específico encomendado. Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el sujeto activo entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad, siendo innecesario que el miembro de la Policía Nacional acepte el citado medio corruptor.

De la misma manera, el delito analizado resulta ser de peligro abstracto, es decir, no se requiere para efectos consumativos, la evidencia del pacto venal o del acto funcional conforme o violatorio a las funciones policiales, a pesar que dicha finalidad deberá ser manifiesta para fines probatorios, en ese sentido, se advierte el criterio "ex ante" utilizado en la redacción típica, propia de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, con la finalidad de proteger el bien jurídico, habiéndose adelanto la barrera punible, siendo suficiente la existencia de un riesgo penal desaprobado con inminencia de peligro en lesionar la correcta administración pública.

2.2.3. Del verbo rector "prometer"

El verbo "prometer", según la RAE, proviene del latín *promittĕre,* es decir, "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, de la redacción del tipo penal, se tiene que el agente delictual promete al sujeto cualificado la entrega del medio corruptor, con la finalidad que el miembro de la Policía Nacional, mediante un hacer o dejar de hacer, viole o cumpla sus funciones encomendadas en razón del cargo específico. En ese sentido, el verbo "prometer", resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo, emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado, para que el tipo penal alcance consumación, por lo tanto, el delito resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma forma, el delito comentado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, conforme se viene explicando, por fines de política criminal, la redacción típica adelantó la barrera de punibilidad, criterio "ex ante"; puniendo la sola creación de un riesgo típico, plasmado en un peligro inminente de lesión al bien jurídico tutelado, por lo tanto, deviene en actos pos-consumativos, la existencia del pacto venal y la emisión del acto funcional policial.

2.3. De las modalidades típicas

El delito de cohecho activo genérico en el ámbito de la función policial, contiene dos supuestos típicos, el primero, determinado por los verbos rectores *"ofrecer", "dar"* y *"prometer",* en ese sentido se advierte las siguientes modalidades típicas: a) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial; b) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.

El segundo supuesto típico, determinado por los mismos verbos rectores del primer supuesto típico, esto es, "ofrecer","dar" y "prometer", incursiona en las siguientes modalidades delictuales: a) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "realizar" un acto propio de la función policial; b) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "omitir" un acto propio de la función policial. Los supuesto señalados, serán analizado en las líneas siguientes.

2.3.1. De la primera modalidad delictual

La primera modalidad delictiva aparece determinada por los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", los mismos que aparecen conectados con los medios corruptores —donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio— y subsecuentemente a la violación de las obligaciones policiales, en razón del cargo, mediante un hacer o dejar de hacer; en las líneas siguientes serán analizados cada uno de los supuestos delictuales.

2.3.1.1. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional el medio corruptor para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

Los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan la modalidad delictiva, es decir, los citados verbos aparecen conectados a los medios corruptores —*donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio*— de la misma manera, dicha conexión alcanza a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional.

En ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera identificación de cualquiera de los verbos rectores, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido de la misma forma, deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual.

Siendo así, el tipo penal analizado resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto dicho escenario responde a una configuración instantánea de la conducta lesiva por la influencia de los verbos comisivos, asimismo, la redacción típica responde a lineamientos de política criminal, mediante los cuales se adelanta la barrera de punibilidad, siendo suficiente la creación de un riesgo jurídicamente relevante para poner en peligro el bien jurídico, respectivamente.

Por otro lado, el supuesto aludido exige una forma de comisión "activa" propia de un hacer, es decir, fenomenológicamente, el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, "realice" un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la Policía Nacional, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente y no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente, los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el agente delictual, "ofrece", "da" o "promete", el medio corruptor al miembro de la Policía Nacional, *"para"* que este último, realice un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica de redacción se decanta por un delito de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

2.3.1.2. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional el medio corruptor para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial

En términos similares que el supuesto anterior, los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan la modalidad delictiva, es decir, dichos verbos deberán aparecer conectados a los medios corruptores — *donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio*—, de la misma manera, dicha conexión enlaza la conducta prohibida, esto es, omitir el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional.

En ese sentido, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto los verbos rectores, son de comisión instantánea, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido. De la misma forma, deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, omitió el acto funcional violando sus obligaciones. El delito resulta ser de peligro abstracto, por cuanto los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el agente delictual, "ofrece", "da" o "prometer", el medio corruptor al miembro de la Policía Nacional, "para" que este último omita un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas, el adelantamiento de la barrera de punibilidad, puniendo la creación de un peligro o amenaza al bien jurídico a través de un riesgo jurídicamente relevante.

Por otro lado, el supuesto aludido exige una forma "omisiva", propia de un no hacer, es decir, fenomenológicamente el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, *omita* un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la Policía Nacional, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual es inexistente.

2.3.2. De la segunda modalidad delictual

La segunda modalidad delictiva, aparece determinada, por los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", los mismos que aparecen conectados con los medios corruptores, — *donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio* — y subsecuentemente al cumplimiento de las obligaciones policiales sin faltar a sus deberes funcionariales, en razón del cargo encomendado, mediante un hacer o dejar de hacer; en las líneas siguientes serán analizados cada uno de los supuestos delictuales.

2.3.2.1. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional el medio corruptor para "realizar" un acto propio de la función policial

Los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", direccionan la modalidad delictiva, dichos verbos se encuentran conectados a los medios corruptores —*donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio*—, de la misma manera, el escenario conduc-

tual aludido alcanza a la conducta prohibida, esto es, la realización de un acto funcional policial propio de la función policial encomendada.

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera identificación de cualquiera de los verbos rectores, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido. De la misma forma, deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, emitió el acto funcional cumpliendo sus obligaciones y sin faltar a sus procedimientos laborales, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual.

En ese contexto, el delito materia de análisis resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, conforme se viene indicando, el escenario delictual responde a una configuración instantánea de la conducta lesiva por la influencia de los verbos comisivos asimismo, la redacción típica responde a lineamientos de política criminal, mediante los cuales se adelantando la barrera de punibilidad, siendo suficiente la creación de un riesgo jurídicamente relevante para poner en peligro el bien jurídico, respectivamente.

Por otro lado, el supuesto aludido exige una forma de comisión "activa" propia de un hacer, es decir, fenomenológicamente, el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, realice un acto funcional, todo ello producto del pacto venal, de la misma forma, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente y no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente, los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el agente delictual, "ofrece", "da" o "prometer", el medio corruptor al miembro de la Policía Nacional, "para" que este último, realice un acto en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la función policial, dicho supuesto, fortalece la tesis que naturaleza del supuesto de hecho, califica para ser tratado como delito de peligro abstracto.

2.3.2.2. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional el medio corruptor para "omitir" un acto propio de la función policial.

En el supuesto analizado, en términos similares que el supuesto anterior, los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan o condicionan la modalidad delictiva, es decir, dichos verbos deberán aparecer conectados a los medios corruptores — *donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio*—. De la misma manera, dicha conexión enlaza la conducta prohibida, esto es, omitir el acto funcional policial en cumplimiento de las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional.

Por lo tanto, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, los verbos rectores, son de comisión instantánea, resultando irrelevante, la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido,

asimismo, deviene en innecesario si el personal policial, omitió el acto funcional violando sus obligaciones. Asimismo, el delito resulta ser de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba, es decir, se exige que el riesgo típico, cree un peligro inminente de lesión contra el bien jurídico tutelado.

Finalmente, el supuesto aludido exige una forma "omisiva", propia de un no hacer, es decir, fenomenológicamente, el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, *omita* un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, caso contrario, la figura delictual es atípica.

2.4. Clase de delito

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme se viene indicando líneas arriba y en términos similares respecto al delito de cohecho activo específico, por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", resultan ser de comisión instantánea, por lo tanto, respecto al primer y segundo supuesto, es irrelevante, para efectos consumativos, si el agente funcionarial, realiza u omite actos funcionales en violación directa de sus obligaciones o sin faltar a las mismas. De la misma forma, la preposición "para", condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa coherente a los delitos de peligro abstracto, subsecuentemente, se puede advertir con meridiana claridad la intensión del legislador de adelantar la barrera de punibilidad, todo ello, por fines de política criminal con la finalidad de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal, siendo necesario la creación de un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal.

2.5. Forma de ejecución

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial resulta ser un tipo penal de comisión activa por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer". Subsecuentemente no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, delito aludido no puede ejecutarse por omisión propia, por cuanto, el tipo penal no registra expresamente dicha modalidad, situación inherente para su admisión.

Por otro lado, la omisión impropia, conforme se viene sosteniendo en esta clase de delitos, no podría invocarse en el delito aludido, por cuanto, si bien es cierto que la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[4], dicha figura, solo opera en la medida que el tipo penal analizado pertenezca a

4 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido". Véase, MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4.ª ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2000, pp. 274-275. BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob.

un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio y tiempo", situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

3. Elementos concomitantes

Los elementos concomitantes del tipo penal, hace referencia al concepto e identificación del bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto la finalidad de la redacción típica aparece dirigida a la protección del interés público[5]. Por otro lado y en igual sintonía que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la Policía Nacional del Perú, conforme señala el art. 4.3 del D. Leg. N.º 1267, al señalarse: "El personal policial tiene las siguientes obligaciones: "[...] Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética."

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Con relación a los criterios de imputación objetiva conforme se viene sosteniendo en capítulos anteriores dicha institución opera en los delitos de resultado, tipos penales determinado por el baremo espacio- temporal, situación que no funcionaría en el presente caso, por cuanto, el delito aludido resulta ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, sin embargo, afirmamos que no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo, las inminentes posibilidades de admisión, toda vez que existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[6].

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito analizado, únicamente puede aparecer en un escenario doloso, es decir, dolo directo, no siendo posible la forma imprudente, por lo tanto, se exige en el agente delictual los componentes volitivos y cognitivos que conforman la figura dolosa.

V. *ITER CRIMINIS*

El ***iter criminis*** o camino del delito contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

---

cit., p. 252.

5 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

6 Véase, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLEZ, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *política criminal,* vol. 11, Talca: diciembre del 2016.Recuperado de <https://bit.ly/2HutbZN>.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, conforme se viene sosteniendo en apartados anteriores, pertenecen a la fase externa del camino delictual, asimismo tienen relevancia para el derecho penal en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

2. Tentativa

El delito tentado solo es posible en los delitos de resultado, por lo tanto, las reglas de la dogmática penal nos indican que la tentativa no es admisible en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, por la inexistencia del baremo "espacio- tiempo", situación que no es afín al delito analizado[7].

3. Consumación

El delito analizado, conforme fue manifestado líneas arriba resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia del verbo rector respectivo, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo obtenga su plan delictual, es irrelevante la concreción del pacto venal y la oferta, entrega o promesa del medio corruptor. Asimismo, aparece como un acto posconsumativo la evidencia del acto funcional policial en cumplimiento o violación de sus funciones, por acción u omisión,

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que la conducta del sujeto activo active cualquiera de los verbos rectores, los actos subsecuentes resultarían ser formas agotadas.

4. Agotamiento

El delito de cohecho activo en el ejercicio de la función policial, aparece agotado en la medida que el agente delictual, con *posterioridad* a la emisión de la conducta delictiva expresada en los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", *es* decir, forman parte del

7 De manera complementaria, nuestro sistema jurisprudencial, viene indicando la inexistencia del delito tentado en la figura del cohecho pasivo propio, situación similar al delito materia de análisis, así tenemos, el Recurso de Nulidad N.° 1406-2007-Callao, del 7 de marzo del 2008, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, f. j. n. ° 5 y 6, en el cual se señala:
[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. [Si] bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que, todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].

delito agotado, la concreción del pacto venal y la manifestación de la conducta, en su forma activa u omisiva, desplegado, por el agente policial, en cumplimiento o violación de sus funciones policiales en razón del cargo.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado presenta diversas formas de intervención delictual, conforme serán analizadas en los apartados venideros.

1. Formas de autoría

Las formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, es decir, *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, el delito analizado admite la *autoría directa*, en la medida que el agente delictual domine por sí mismo el curso causal del pacto venal, cuya conducta realizada aparecerá determinada por cualquiera de los verbos rectores según cada caso concreto.

Respecto a la *autoría mediata*, conforme se viene sosteniendo en apartados anteriores, no resulta ser posible, por cuanto, los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", resultan ser de comisión instantánea, advirtiendo un fuerte influjo personalísimo sobre el autor. Subsecuentemente, la tesis del dominio de la voluntad de un tercero, propio de la autoría mediata, aparece con un alto porcentaje de dificultad para su concreción, por lo personalísimo del verbo rector.

Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el escenario delictual, vinculado al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más personales, aunque, también sería posible, en este extremo, la existencia de autorías independientes, por lo personalísimo del accionar delictual determinado por el verbo rector según cada caso concreto.

2. Formas de participación

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria). Esto es, será participe el sujeto que coopera, necesaria o innecesariamente, con el plan del autor antes o durante la ejecución del hecho punible desplegado por el autor durante la fase consumativa, conforme señala el art. 25 del CP.

Respecto a la figura de la *instigación*, también es posible su admisión en la medida que el instigador determine al autor material del hecho, ejerciendo un influjo psicológico contundente a efecto de incursionar en el ofrecimiento, entrega o promesa de la entrega del medio corruptor a favor del efectivo policial.

VII. PENALIDAD

El tipo penal de cohecho activo en el ámbito del ejercicio policial, tiene dos niveles penológicos, el primero, presenta un reproche de mayor intensidad, en la medida que el sujeto activo bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Por otro lado, se advierte un segundo nivel penológico de menor intensidad, esto es, en la medida que el autor bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

CAPÍTULO XII
INHABILITACIÓN

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 398-B CP)

La figura delictual analizada aparece registrado en el art. 398-B del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 398-B**
> En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir de conformidad con el inciso 7° del artículo 36. (Artículo incorporado por el art. 3 del D. Leg. N° 1351, del 07.01.17.)

II. ANTECEDENTES

La figura delictual expuesta, tiene como antecedentes el D. Leg. N.° 1351, el mismo que surge dentro de un esquema de políticas de seguridad social implementadas por el poder ejecutivo, por cuanto mediante Ley N.° 30506, *Ley que Delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de Legislar en Materia de Reactivación Económica y Formalización, Seguridad Ciudadana, Lucha Contra la Corrupción, Agua y Saneamiento y Reorganización de Petroperú S.A.*, por lo tanto, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana.

En ese sentido, la figura analizada aparece incorporada por primera vez, según el art. 3 del D. Leg. N.° 1351, no existiendo otra referencia legislativa anterior.

III. TIPO OBJETIVO

La figura delictual aludida, presenta una serie de presupuesto a nivel del tipo objetivo, los cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Los sujetos intervinientes en el hecho punible, corresponde fundamentalmente, al sujeto activo y pasivo intervinientes, según serán detallados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

La figura delictual pertenece a la categoría de los delitos de dominio, por lo tanto, resulta ser un delito común, por cuanto, sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación que restringa el radio de autores, es decir, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del tipo penal aludido.

1.2. Sujeto pasivo

No existe duda alguna que el Estado aparece como sujeto pasivo, por cuanto es el titular del bien jurídico tutelado. En términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

La técnica de redacción presenta diversos supuestos incluyendo medios corruptores, verbos rectores, y elementos descriptivos, empero el sistema legislativo viene utilizando una cláusula de remisión, propia de los tipos penales dependientes, por lo tanto, técnica de tipificación nos remite a los diversos presupuestos fijados en el art. 398-A, esto es, delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

En mérito a los argumentos expuestos devendría en sobreabundante citar los mismos supuesto del tipo penal principal, por lo tanto, para fines de consulta nos remitimos a los diversos componentes del art. 398-A, por tratarse de los mismos escenarios típicos.

Además de lo expuesto, el tipo penal, respecto al supuesto de hecho, agrega un nivel fáctico ajeno a los criterios configurativos del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, es decir, indica, que los verbos rectores y los medios corruptores que determinan la conducta del sujeto activo, deberán manifestarse en la medida que el agente delictual corrompa al miembro de la Policía Nacional, siempre y cuando este último, se encuentre desempeñando funciones en el rubro de tránsito o seguridad vial.

En ese sentido, la actividad policial, al encontrarse inmersa en el escenario de tránsito, deberá recurrir a la norma específica para dotar de significado al tipo penal, por lo tanto, el D. S. N.º 016-2009-MTC, del 20 de julio del 2009, mediante el cual se modifica el Reglamento Nacional de Tránsito, dicho dispositivo delimita el escenario en el cual el accionar policial deberá tener injerencia, así tenemos algunos dispositivos de relevancia.

2.1. De la delimitación del escenario de tránsito o seguridad vial

El D. S. N.º 016-2009-MTC y sus respectivas modificatorias, esto es, D. S. N.º 014-2017-MTC, del 25 de mayo del 2017, señala algunos puntos de interés, conforme se detallará en las líneas venideras.

2.1.1. Del ámbito de aplicación de las normas de tránsito

El D. S. N.º 016-2009-MTC, delimita el objeto y ámbito de las reglas de tránsito, dicho indicar nos deberá servir de referencia para delimitar la incursión del efectivo policial, dicho dispositivo indica:

> Artículo 1.- Objeto y ámbito. El presente Reglamento establece normas que regulan el uso de las vías públicas terrestres, aplicables a los desplazamientos de personas, vehículos y animales y a las actividades vinculadas con el transporte y el medio ambiente, en cuanto se relacionan con el tránsito. Rige en todo el territorio de la República.

2.1.2. De las definiciones

El art. 2 del D. S. N.º 016-2009-MTC, señala algunas definiciones que se deberán tener presente durante el desarrollo de la actividad de tránsito, siendo así:

> **Artículo 2.-** Definiciones. Para los fines del presente Reglamento se entenderá por:
>
> **Accidente:** Evento que cause daño a personas o cosas, que se produce como consecuencia directa de la circulación de vehículos.
>
> **Acera:** Parte de la vía, destinada al uso de peatones (Vereda).
>
> **Adelantar:** Maniobra mediante la cual un vehículo se sitúa delante de otro que lo antecede, utilizando el carril de la izquierda a su posición, salvo excepciones.
>
> **Alcoholemia:** Examen o prueba para detectar presencia de alcohol en la sangre de una persona. (Dosaje etílico).
>
> **Área de estacionamiento:** Lugar destinado para el estacionamiento de vehículos.
>
> **Autopista:** Carretera de tránsito rápido sin intersecciones y con control total de accesos.
>
> **Berma:** Parte de una carretera o camino contigua a la calzada, no habilitada para la circulación de vehículos y destinada eventualmente a la detención de vehículos en emergencia y circulación de peatones (Banquina).
>
> **Calzada:** Parte de la vía destinada a la circulación de vehículos y eventualmente al cruce de peatones y animales.
>
> **Camino:** Vía rural destinada a la circulación de vehículos, peatones, y animales.
>
> **Caravana:** Conjunto de vehículos que circulan en fila por la calzada (Convoy).
>
> **Carretera:** Vía fuera del ámbito urbano, destinada a la circulación de vehículos y eventualmente de peatones y animales.
>
> **Carril:** Parte de la calzada destinada al tránsito de una fila de vehículos.
>
> **Ciclomotor:** Vehículo de dos ruedas que tiene motor y tracción propia.
>
> **Conductor:** Persona habilitada para conducir un vehículo por una vía.
>
> **Cruce a nivel:** Área común de intersección entre una vía y una línea de ferrocarril (Paso a nivel).
>
> **Cuneta:** Zanja al lado del camino o carretera destinada a recibir aguas pluviales.
>
> **Demarcación:** Símbolo, palabra o marca, de preferencia longitudinal o transversal, sobre la calzada, para guía del tránsito de vehículos y peatones.
>
> **Depósito Municipal de Vehículos (DMV):** Local autorizado para el internamiento de vehículos, provisto de equipamiento y seguridad de acuerdo con las normas legales vigentes.
>
> **Derecho de paso:** Prerrogativa de un peatón o conductor de un vehículo para proseguir su marcha en precedencia a otro peatón o vehículo.
>
> **Detención:** Inmovilización del vehículo por emergencia, por impedimento de circulación o para cumplir una disposición reglamentaria.

Detenerse: Paralización breve de un vehículo para ascender o descender pasajeros o alzar o bajar cosas, sólo mientras dure la maniobra.

Estacionar: Paralizar un vehículo en la vía pública, con o sin el conductor, por un período mayor que el necesario para dejar o recibir pasajeros o cosas.

Internamiento: Ingreso de un vehículo al DMV, dispuesto por la Autoridad competente.

Intersección: Área común de calzadas que se cruzan o convergen.

Isla: Área de seguridad situada entre carriles destinada a encauzar el movimiento de vehículos o como refugio de peatones.

Licencia de conducir: Documento otorgado por la Autoridad competente a una persona autorizándola para conducir un tipo de vehículo.

Línea de parada: Línea transversal marcada en la calzada antes de la intersección que indica al conductor el límite para detener el vehículo acatando la señal correspondiente (Línea de detención).

Maquinaria especial: Vehículo automotor cuya finalidad no es el transporte de personas o carga y que utiliza ocasionalmente la vía pública.

Marca: Señal colocada o pintada sobre el pavimento o en elementos adyacentes al mismo, consistente en líneas, dibujos, colores, palabras o símbolos (Señal horizontal).

Motocicleta: Vehículo de dos ruedas, con o sin sidecar, provisto de un motor de propulsión.

Paso a nivel: Área común de intersección entre una vía y una línea de ferrocarril (Cruce a nivel).

Paso peatonal: Parte de la calzada destinada para el cruce de peatones. (Crucero peatonal).

Peatón: Persona que circula caminando por una vía pública.

Peso Bruto: Peso propio del vehículo más la carga y ocupantes.

Preferencia de paso: Prerrogativa de un peatón o conductor de vehículo para proseguir su marcha.

Registro Nacional de Sanciones: Catastro global de información sobre las sanciones e infracciones al tránsito terrestre, tipificadas en el presente Reglamento. Se encuentra a cargo del Viceministerio de Transportes y es actualizado permanentemente por la Policía Nacional del Perú, las municipalidades provinciales y SUTRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Remoción: Cambio de ubicación de un vehículo, dispuesto por la Autoridad competente.

Remolcador: Vehículo automotor diseñado para remolcar un semirremolque mediante un sistema de acople, no transportando carga por sí, a excepción del peso transmitido por el semirremolque (Tracto camión).

Remolque: Vehículo sin motor diseñado para ser lado por un camión u otro vehículo motorizado, de tal forma que ninguna parte de su peso descanse sobre el vehículo remolcador.

Retención de la Licencia de Conducir: Incautación del documento, dispuesta por la Autoridad competente.

Retención: Inmovilización de un vehículo, dispuesto por la Autoridad competente.

Semáforo: Dispositivo operado eléctricamente mediante el cual se regula la circulación de vehículos y peatones por medio de luces de color rojo, ámbar o amarilla y verde.

Semirremolque: Vehículo sin motor y sin eje delantero, que se apoya en el remolcador transmitiéndole parte de su peso.

Señal de Tránsito: Dispositivo, signo o demarcación, tocado por la Autoridad competente con el objeto de regular, advertir o encauzar el tránsito.

Servicios comunitarios: Son prestaciones gratuitas que realiza el peatón infractor de las normas de tránsito, en beneficio de la comunidad, con el objeto de promover y participar en la implementación de la educación y seguridad vial.

Sobrepasar: Maniobra mediante la cual un vehículo adelanta a otro que transita por distinto carril.

SUTRAN: Superintendencia de Transporte de Personas, Carga y Mercancías.

Tránsito: Conjunto de desplazamientos de personas, vehículos y animales por las vías terrestres de uso público (Circulación).

Vehículo: Artefacto de libre operación que sirve para transportar personas o bienes por una vía.

Vehículo automotor: Vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia.

Vehículo automotor menor: Vehículo de dos o tres ruedas, provisto de montura o asiento para el uso de su conductor y pasajeros, según sea el caso (bicimoto, motoneta, motocicleta, mototaxi, triciclo, motorizado y similares).

Vehículo combinado: Combinación de dos o más vehículos, siendo el primero un vehículo automotor y los demás remolcados.

Vehículo de Bomberos: Vehículo de emergencia perteneciente al Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú.

Vehículo Especial: Vehículo utilizado para el transporte de personas o de carga que excede el peso y medidas permisibles previstos en la reglamentación vigente.

Vehículo de emergencia: Vehículo utilizado para prestar servicio de auxilio en forma inmediata conforme a ley.

Vehículo oficial: Vehículo asignado a autoridades, los de su comitiva y los encargados de su protección y seguridad, conforme a Ley.

Vehículo Policial: Vehículo de emergencia perteneciente a la Policía Nacional del Perú.

Vía: Carretera, vía urbana o camino rural abierto a la circulación pública de vehículos y/o peatones, y también de animales.

Vía de acceso restringido: Vía en que los vehículos y las personas sólo tienen oportunidad a ingresar o salir de ella, por los lugares y bajo las condiciones fijadas por la Autoridad competente.

Vía Privada: Vía destinada al uso particular.

Vía Pública: Vía de uso público, sobre la cual la Autoridad competente impone restricciones y otorga concesiones, permisos y autorizaciones. Vía urbana: Vía dentro del ámbito urbano, destinada a la circulación de vehículos y peatones y eventualmente de animales (Calle).

Zona comercial: Parte de la ciudad calificada por Autoridad municipal competente, destinada para la ubicación de inmuebles para fines comerciales.

Zona de hospital: Zona situada frente a un Centro de Salud, que se extiende cincuenta (50) metros a los lados de los lugares de acceso al local.

Zona de seguridad: Área dentro de la vía, especialmente señalizada para refugio exclusivo de los peatones (Isla de refugio).

Zona escolar: Zona situada frente a un Centro Educacional, que se extiende cincuenta (50) metros a los lados de los lugares de acceso al local.

Zona residencial: Parte de la ciudad calificada por Autoridad municipal competente destinada para la ubicación de viviendas o residencias.

Zona rígida: Área de la vía en la que se prohíbe el estacionamiento de vehículos las 24 horas del día.

2.1.3. De las autoridades competentes

El art. 3 del D. S. N.º 016-2009-MTC señala quienes son las personas o entidades competentes para intervenir en un escenario de tránsito, dicho requisito resulta ser importante por cuanto nos permite conocer el escenario competencial del sujeto a quien va dirigido el medio corruptor, en este caso, miembro de la Policía Nacional, siendo así:

Artículo 3.- Autoridades competentes

Son autoridades competentes en materia de tránsito terrestre: **1** El Ministerio de Transportes y Comunicaciones; **2** SUTRAN; **3** Las Municipalidades Provinciales; Las Municipalidades Distritales; **4** La Policía Nacional del Perú; **5** El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI.

2.1.4. De la Policía Nacional como autoridad competente en materia de tránsito terrestre

El art. 7 del D. S. N.º 016-2009-MTC señala cuales son las competencias funcionariales de los miembros de la Policía Nacional en materia de tránsito terrestre, requisito de suma importancia para determinar el contexto y habilitación del destinatario del medio corruptor, por cuanto, no basta tener el estatus de efectivo policial, sino que además, se requiere tener vinculación funcional directa con el área de tránsito, caso contrario, el tipo penal no tendría contenido, siendo así:

> Artículo 7.- Competencias de la Policía Nacional del Perú
>
> En materia de tránsito terrestre, la Policía Nacional del Perú, a través del efectivo asignado al control del tránsito o al control de carreteras, de conformidad con el presente Reglamento, es competente para: **a)** Garantizar y controlar la libre circulación en las vías públicas del territorio nacional. **b)** Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito y seguridad vial por los usuarios de la infraestructura vial; así como aplicar las medidas preventivas dispuestas en el presente Reglamento. **c)** Ejercer funciones de control, dirigiendo y vigilando el normal desarrollo del tránsito. **d)** Prevenir, investigar y denunciar ante las autoridades que corresponda, las infracciones previstas en el presente Reglamento. e) Inscribir en el Registro Nacional de Sanciones, las papeletas de infracción y medidas preventivas que imponga en la red vial (vecinal, rural y urbana, regional y nacional). **f)** Las demás funciones que se le asigne en el presente Reglamento.

2.1.5. De las demás prerrogativas de los miembros de la Policía Nacional en materia de transito

El D. S. N.º 016-2009-MTC, señala diversas prerrogativas de las cuales aparece dotado los miembros de la Policía Nacional en materia de tránsito terrestre, dichas prerrogativas son de sumo interés para efectos consumativos, por cuanto, nos permite determinar el contexto y habilitación del destinatario del medio corruptor, siendo lo siguiente:

> Artículo 38.- Obediencia a los dispositivos de regulación del tránsito.
>
> Los conductores y los peatones están obligados a obedecer los dispositivos de regulación del tránsito, salvo que reciban instrucciones en contrario de un Efectivo de la Policía Nacional del Perú asignado al control del tránsito, o que se trate de las excepciones contempladas en este Reglamento, para vehículos de emergencia y vehículos oficiales.
>
> Artículo 57.- Obediencia al efectivo policial.
>
> Los usuarios de la vía están obligados a obedecer de inmediato cualquier orden de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú asignados al control del tránsito, que es la autoridad responsable de fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito. Las indicaciones de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito, prevalecen sobre las señales luminosas o semáforos, y éstas sobre los demás dispositivos que regulan la circulación.
>
> Artículo 58.- Posiciones básicas.
>
> Las siguientes posiciones básicas ejecutadas por los Efectivos de la Policía Nacional del Perú asignados al control del tránsito significan: 1) Posición de frente o de espaldas: obligación de detenerse de quien así lo enfrente. 2) Posición de perfil: permite continuar la marcha. Los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito, deben usar permanentemente distintivos que permitan reconocerlos a la distancia. Artículo 59.- Giros a la derecha e izquierda. Los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito, pueden permitir los giros a la derecha, cuando el flujo vehicular de la(s) dirección(es) en conflicto esté detenido, o sea tal, que en el momento permita

con precaución realizar la maniobra sin peligro de accidente; y pueden permitir los giros a la izquierda, sólo cuando el flujo vehicular de la(s) dirección(es) en conflicto estén detenidas, anulando así toda posibilidad de accidente.

Artículo 60.- Efectivo policial en intersección semaforizada.

Cuando los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, dirijan el tránsito en una intersección semaforizada, deben apagar las luces de todos los semáforos de dicha intersección.

Artículo 61.- Obligaciones del peatón.

El peatón debe acatar las disposiciones reglamentarias que rigen el tránsito y las indicaciones de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito. Goza de los derechos establecidos en este Reglamento y asume las responsabilidades que se deriven de su incumplimiento.

Artículo 68.- Cruce de la calzada.

En intersecciones señalizadas, los peatones deben cruzar la calzada por la zona señalizada o demarcada especialmente para su paso. En las intersecciones no señalizadas, el cruce debe realizarse en forma perpendicular a la vía que cruza, desde una esquina hacia otra, y de ser el caso, atendiendo las indicaciones de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú. Debe evitar cruzar intempestivamente o temerariamente la calzada.

Artículo 82.- Obligaciones del conductor.

El conductor debe acatar las disposiciones reglamentarias que rigen el tránsito y las indicaciones de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito. Goza de los derechos establecidos en este Reglamento y asume las responsabilidades que se deriven de su incumplimiento.

Artículo 91.- Documentación requerida

El conductor durante la conducción del vehículo debe portar y exhibir cuando la autoridad competente lo solicite, lo siguiente: a) Documento de Identidad. b) Licencia de Conducir vigente, correspondiente al tipo de vehículo que conduce. c) Tarjeta de Identificación Vehicular correspondiente al vehículo que conduce. d) Certificado de Inspección Técnica Vehicular vigente, según corresponda. e) Certificado vigente del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) o del Certificado Contra Accidentes de Tránsito (CAT), cuando corresponda del vehículo que conduce. f) Si se trata de un vehículo especial, llevará además el permiso de circulación que corresponda. "g) La autorización correspondiente en caso de uso de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados, cuando impida la visibilidad hacia el interior, a excepción de lo establecido en la Trigésima Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento Nacional de Vehículos aprobado por D. S. Nº 058-2003-MTC." En caso de no presentar la documentación señalada, se aplicará las sanciones y medidas preventivas señaladas en el presente reglamento.

Artículo 94.- Pruebas de intoxicación.

El conductor está obligado a someterse a las pruebas que le solicite el Efectivo de la Policía Nacional del Perú, asignado al control del tránsito, para determinar su estado de intoxicación por alcohol, drogas, estupefacientes u otros tóxicos, o su idoneidad, en ese momento, para conducir. Su negativa establece la presunción legal en su contra.

Artículo 108.- Discapacidad posterior.

El efectivo policial podrá impedir la continuación de la marcha, a todo conductor que denote discapacidad física no contemplada en la licencia de conducir.

Artículo 117.- Inscripción de infracciones y sanciones

Las papeletas por infracciones y las medidas preventivas señaladas en el presente Reglamento, cuando sean impuestas en la vía pública serán inscritas en el Registro Nacional de Sanciones, por la Policía Nacional del Perú y, en los demás casos, serán inscritas por las municipalidades provinciales o SUTRAN, según corresponda. Las sanciones que se impongan serán inscritas en dicho Registro, por las Municipalidades Provinciales y la SUTRAN, según corresponda.

Artículo 122.- Obligación general.

Los usuarios de la vía pública deben circular respetando los mensajes de los dispositivos de control del tránsito, las instrucciones de los Efectivos de la Policía Nacional del Perú, asignados al control del tránsito y el mandato de las normas legales y reglamentarias correspondientes.

Artículo 150.- Retroceso en cruces.

En vías urbanas sólo puede hacerse retroceder un vehículo en los cruces, cuando hubiera traspasado la línea de detención o por indicación expresa de un Efectivo de la Policía Nacional del Perú, asignado al control del tránsito.

Artículo 204.- Otros casos de detención.

Se considera también que un vehículo automotor se ha detenido, cuando se encuentre inmovilizado en la vía, por los siguientes motivos: 1) En cumplimiento de la orden de un Efectivo de la Policía Nacional o del mensaje de las señales o semáforos. 2) Para evitar conflictos en el tránsito.

Artículo 234.- Preferencias respecto a las normas de circulación.

Los Efectivos de la Policía Nacional del Perú asignados al control del tránsito, concederán preferencias respecto a las normas de circulación, a los siguientes beneficiarios en razón a sus necesidades: a) Los discapacitados, conductores o no; b) Los diplomáticos extranjeros acreditados en el país; c) Los profesionales en prestación de un servicio público o privado de carácter urgente y bien.

Artículo 256.- Uso de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados.

Está restringido el uso de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados a la autorización expresa otorgada por la Policía Nacional del Perú, de conformidad con las condiciones, requisitos y costos administrativos que dicha entidad proponga, los mismos que serán aprobados por D. S..

Artículo 261.- Obligación de portar y mostrar la Tarjeta de Identificación Vehicular. El conductor debe portar la Tarjeta de Identificación Vehicular del vehículo que conduce y mostrarla cuando un Efectivo de la Policía Nacional del Perú asignado al control del tránsito se lo solicite.

Artículo 275.- Obligaciones del conductor implicado en un accidente de tránsito.

El conductor implicado en un accidente de tránsito debe: [...]2) Suministrar sus datos y presentar los documentos que le requiera el Efectivo de la Policía Nacional del Perú interviniente.

Artículo 277.- Retención de la licencia de conducir y del vehículo ante la ocurrencia de un accidente de tránsito

277.1. En caso de accidente de tránsito, la Policía Nacional del Perú podrá retener el vehículo o los vehículos intervenidos, durante un plazo que no deberá exceder de 24 horas para realizar el trámite correspondiente al peritaje técnico y constatación de daños.

277.2. La Policía Nacional del Perú retendrá la licencia de conducir del conductor en caso de accidente de tránsito con daños personales a terceros.

277.3. En caso de accidente de tránsito, la Policía Nacional del Perú retendrá la licencia de conducir cuando advierta que el conductor tenga cien (100) o más puntos firmes acumulados en el Registro Nacional de Sanciones. La Policía Nacional del Perú, dentro de un plazo de veinticuatro (24) horas de impuesta la medida preventiva, la inscribirá en el Registro Nacional de Sanciones.

Artículo 299.- Clases de Medidas Preventivas

Las clases de las medidas preventivas son las siguientes:

1) Retención de Licencia de Conducir.- Es el acto de incautación del documento que habilita al conductor del vehículo. Esta medida será ejecutada, en los siguientes casos: a) Por la comisión de infracción sobre la que deba recaer la sanción de suspensión, cancelación definitiva e inhabilitación del titular de la Licencia de Conducir; b) Cuando el conductor haya llegado al tope máximo de cien (100) o más puntos firmes acumulados en el Registro Nacional de Sanciones. c) En caso de accidente de tránsito con daños personales a terceros. d) Cuando el conductor de un vehículo particular o el conductor que presta el servicio de transporte público de personas de ámbito provincial, con la última papeleta de infracción impuesta, acumule dos o más infracciones cuya calificación sean muy graves; cinco o más infracciones cuya calificación sean graves; o una infracción muy grave y tres o más infracciones cuya calificación sea grave." La Policía Nacional del Perú, dejará constancia de la retención de la licencia en

la papeleta impuesta y dentro de un plazo de veinticuatro (24) horas de retenida la misma inscribirá la medida preventiva de retención de la licencia de conducir en el Registro Nacional de Sanciones. Asimismo, remitirá, dentro del mismo plazo, la licencia de conducir a la Municipalidad Provincial o a la SUTRAN, según corresponda, para el procedimiento sancionador y custodia de la misma. Para los supuestos señalados en los literales a), b) y d) la retención de la licencia de conducir se mantendrá vigente hasta el pago efectivo de la multa correspondiente y/o el cumplimiento de la sanción de Suspensión o, de ser el caso, hasta la expedición de la resolución de absolución del presunto infractor. Cuando se aplique la presente medida preventiva por la comisión de infracción sobre la que deba recaer la sanción de Cancelación Definitiva e Inhabilitación del conductor para obtener Licencia de Conducir, esta medida se mantendrá hasta que quede firme la resolución de sanción, caso en el cual se procederá a la inutilización o destrucción de la licencia de conducir, o hasta que se absuelva al presunto infractor, en cuyo caso se procederá a la devolución de la licencia de conducir. Para el supuesto señalado en el literal c), se seguirá además el procedimiento establecido en el artículo 277 del presente Reglamento. La autoridad competente emitirá la resolución de sanción dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el plazo para presentar descargos o desde presentados éstos, lo que ocurra primero, bajo responsabilidad. El tiempo que medie entre la retención física de la licencia de conducir y la imposición de la sanción, de ser el caso, será compensado a favor del infractor.

2) Retención del Vehículo.- Es el acto de inmovilización del vehículo en la Comisaría de la jurisdicción dispuesto por la Policía Nacional del Perú, por un plazo máximo de veinticuatro (24) horas. Se ejecuta por la comisión de una infracción sobre la que expresamente recaiga esta medida en el Cuadro de Tipificación, Sanciones y Medidas Preventivas aplicables a las Infracciones al Tránsito Terrestre y en los demás casos señalados en el presente Reglamento. En caso que no se haya superado las faltas o deficiencias que motivó la retención del vehículo dentro del plazo máximo señalado en el párrafo anterior, el vehículo será internado en el depósito vehicular correspondiente. En caso se haya superado la falta que dio origen a la medida preventiva la subsanación y retiro del vehículo serán comunicados a la municipalidad provincial o a la SUTRAN por la comisaría interviniente. El traslado del vehículo lo realiza el conductor o, en caso éste se niegue, el efectivo de la Policía Nacional del Perú debe ordenar el traslado del vehículo a cuenta del propietario. Una vez en el local policial se debe levantar un Acta en la que se dejará constancia del estado del vehículo entregándose una copia al conductor o encargado del mismo El comisario de la Policía Nacional del Perú será responsable del vehículo en tanto permanezca retenido en las instalaciones de la comisaría a su cargo.

3. Niveles de intervención delictual

Respecto a los niveles de intervención delictual en la medida que la conducta delictual tiene vinculación directa con el tipo penal previsto en el art. 398-A, se aplicará las mismas reglas, es decir, se admite autoría directa y coautoría, más no así autoría mediata, por la figura personalísima del accionar delictual impuesto por los verbos rectores, los cuales son de comisión instantánea.

Respecto a la participación delictual, esto es, complicidad e instigación, resulta también posible en los mismos términos que el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

IV. DEL TIPO SUBJETIVO

La figura delictual analizada resulta ser de comisión dolosa, no se admite la culpa, por cuanto la técnica de tipificación no advierte expresamente dicha modalidad, conforme señala el art. 12 del CP.

V. DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

El art. 28 del CP, señala la existencia de diversas penas, siendo la pena privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derecho y multa, asimismo, el art. 31 del mismo cuerpo legal señala que las clases de pena limitativa de derechos resultan ser la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. En ese sentido, la figura delictual materia de comentario nos remite a la pena de inhabilitación, además de las penas impuestas en el art. 398-A del cuerpo legal penal, por lo tanto, surge la necesidad de precisar su contenido.

El art. 36 del CP, contiene, de manera específica, la pena de inhabilitación, señalando lo siguiente:

> Artículo 36°.- Inhabilitación
>
> La inhabilitación produce, según disponga la sentencia: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; 4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. 7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; 9. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley N° 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inc. 2 del artículo 316° del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal; 10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o, 12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios. 13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

De la misma forma, la pena de inhabilitación opera como pena principal o pena accesoria, así tenemos lo señalado por el art. 37 del citado CP, el contenido de dichas instituciones, pena principal y accesoria, aparece definida en los siguientes términos:

> Artículo 38°.- Duración de la inhabilitación principal
>
> La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36° del Código Penal.

> Artículo 39°.- Inhabilitación accesoria
>
> La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.

Finalmente, el legislador impone la pena de inhabilitación accesoria para los delitos culposos provenientes de un accidente de tránsito, conforme se indica a continuación:

> Artículo 40°.- Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito
> La pena de inhabilitación prevista en el artículo 36° inc. 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito.

1. De los lineamientos fijados por el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116

El Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116, estableciendo doctrina legal, precisa los alcances de la pena de inhabilitación, desarrollando los momentos de su aplicación como pena principal o pena accesoria, conforme se indicará en las líneas siguientes:

1.1. Del concepto de la pena de inhabilitación según el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116

El cons. n.° 6 del ítem III del Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116, respecto al concepto de inhabilitación, precisa:

> La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

En ese sentido, como puede observarse, la pena de inhabilitación, implica, tanto como pena principal o accesoria, la suspensión de determinados derechos, algunos de ellos de rango constitucional, como los derechos políticos, económicos, profesionales y civiles; empero, para el caso concreto, operará únicamente para la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, conforme señala el art. 36.7 del CP, por lo tanto, en este extremo se advierte que el tipo penal analizado, registra una conexión directa entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado medita la citada pena[1].

1.2. De la duración y computo de la pena de inhabilitación como pena principal y conjunta según el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116

Los cons. 9 y 10 del ítem III del Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116, respecto al concepto de inhabilitación, precisa:

> 9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena

1 En términos similares, aparece registrado en la parte final del cons. n.° 8 del Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ 116: Alcances de la pena de inhabilitación, al indicarse:
[...] En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

privativa de libertad, pues de ser así otra alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión. En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el art. 38 de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la naturaleza de las cosas", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inc. 6) del art. 36 del CP modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inc. 8) del art. 36 del CP importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

C. Respecto del inc. 1) del art. 36 del CP: "Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular", como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio —privación de titularidad—. Se trata por tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA—. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito.

1.3. De la ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio según el Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116

El Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116 deslindó una de las problemáticas generadas por criterios de interpretación jurisdicción suscitados por la aplicación del Acuerdo Plenario N.° 02-2008/CJ-116, en tal sentido, el cons. n.° 7 del Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116, precisó lo siguiente:

7°.Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas". "Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: *"La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...".* También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que *"El término de la*

inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme".

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal del 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

El cons. n.° 8 del Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116 continúa indicando, respecto a la temática aludida lo siguiente:

Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme. En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331° in fine ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio. En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

• • •

Finalmente, el cons. n.° 9 del Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116, concluye indicando:

> En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

CAPÍTULO XIII
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 399 CP)

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, aparece registrado en el art. 399 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 399

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111, del 26.11.13.).

II. ANTECEDENTES

El tipo penal materia de comentario tiene como referencia inicial el art. 201 del CP de 1863, el mismo que mantuvo referencia similar en el art. 345 del CP derogado de 1924, posteriormente, el art. 397 del CP vigente reguló dicha figura, posteriormente, con la Ley N.° 28355, de fecha 6 de octubre del 2004, el mencionado delito fue reubicado al art. 399 del mismo cuerpo legal. Finalmente, mediante Ley N.° 30111, de fecha 26 de noviembre del 2013, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, sufrió la última modificación, conforme aparece registrado líneas arriba[1].

III. TIPO OBJETIVO

A nivel del tipo objetivo, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, presenta una compleja configuración, conforme será tratado en las líneas venideras.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, esto es, sujeto activo y pasivo, existen diversos postulados, conforme serán explicados en los apartados venideros.

1 Cfr. Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., ob. cit., p. 566.

1.1. Sujeto activo

Según SALINAS SICCHA, el sujeto activo puede ser funcionario o servidor público y en tal condición, debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la administración pública. En consecuencia, además de exigirse que el agente. Cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito. Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación v favor del Estado, el hecho punible en hermenéutica jurídica no se perfecciona[2].

Con relación al sujeto activo, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, según la tesis de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, toda vez que, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, por lo tanto, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente o paralelo.

Por otro lado, desde una perspectiva normativa, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, respecto a la conducta, resultaría ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, esto es, administración pública, la misma que alberga un deber especial impuesto en el agente delictivo, el mismo que fundamentaría el injusto penal, por lo tanto, sobre el sujeto activo existe un rol especial, obligándolo a tener un deber de salvamento frente al bien jurídico tutelado.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", en ese sentido, conforme viene siendo mencionado en otros apartados, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Con relación a los elementos referentes a la conducta, se tiene los supuestos típicos propios del supuesto de hecho y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explicará.

2.1. De los indicadores vinculados a la configuración delictual

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, presenta determinados elementos descriptivos que coadyuvan al proceso de configuración delictual, los cuales son:

2 *Loc. cit.*

2.1.1. Del "interés indebido" desplegado por el sujeto cualificado

Respecto al término *"interés"*, desde el punto de vista semántico y coloquial, siguiendo a la RAE, proviene del latín *interess, importar*, en ese sentido, se trataría de "[...] inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración", en ese sentido, y de manera complementaria, BUOMPADRE, indica: "volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándose, interés particulares de terceros"[3]. Asimismo, nos parece acertada la versión de PORTOCARRERO HIDALGO, indica: "es natural que en el fondo el interés es económico, pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque en él no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función"[4]. Siendo así, entendemos por "interés" a toda injerencia o inclinación que despliega una persona, en este caso, el funcionario o servidor público sobre un asunto particular.

Respecto al término "indebido" la RAE, indica que se trataría de algo "[...] ilícito, injusto y falto de equidad", en ese sentido, se trataría de una pretensión contraria a lo lícito, al margen de la legalidad.

Por lo tanto, de manera conjunta, la terminología "interés indebido", para fines del delito de negociación incompatible, implicaría que el funcionario o servidor público, operando en razón del cargo funcionarial específico, emite actos de injerencia o volcamiento contrarios a la normatividad imperante con la finalidad de obtener una pretensión en beneficio propio o de un tercero.

Finalmente, es necesario precisar, que el término "interés", tiene una connotación activa y de comisión instantánea, no exigiéndose por mandato legal, la existencia de un resultado, por lo tanto, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad.

2.1.2. De "cualquier contrato u operación"

La técnica legislativa utilizada, resulta ser abierta, permitiendo al agente del derecho ubicarse en cada caso concreto, sin embargo, eso no significa interpretar dicha forma con indeterminación, por cuanto, en este extremo, la terminología aludida aparece ligada o vinculada a las actividades funcionariales en razón del cargo que ostenta y participa el sujeto cualificado, por lo tanto, si el sujeto cualificado participa en cualquier contratación u operación distinta al cargo que ostenta, entonces la figura deviene en atipicidad. Por otro lado, la contratación u operación, aparece amparada por soporte legal, es decir, existe en la medida que surja una pretensión conforme a derecho dentro del esquema de libertad contractual que ofrece un modelo constitucional de libre mercado.

---

3 BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, p. 290, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Legales, 2016, p. 921.

4 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Lima: Jurídica Portocarrero, 2012, p. 221.

2.1.3. De la terminología "en razón del cargo"

El tipo penal demanda un presupuesto de gran importancia y peso para fines consumativos, es decir, el sujeto cualificado tendrá que mostrar el interés indebido dentro de cualquier operación contractual, empero, únicamente en razón del cargo funcionarial que ostenta, es decir, el tipo penal aparece circunscrito a un supuesto específico, mediante el cual, el funcionario o servidor público tiene que tener competencia funcionarial en el escenario contractual respectivo, por lo tanto tiene que tener un ámbito competencial según las funciones que le otorga el cargo, dicho ámbito competencial, implica la participación directa en el escenario contractual o cualquier operación en la cual muestra interés indebido, por lo tanto, en el supuesto que el sujeto cualificado, intervenga en el hecho delictual, empero no tiene competencia funcional en el asunto, por no encontrarse habilitado por normatividad preexistente, entonces, la figura será atípica respecto al delito analizado.

2.1.4. Del interés en beneficio de un tercero

El tipo penal analizado precisa las cláusulas respecto al provecho o beneficio a favor de un "tercero", quien siempre aparece vinculado con el funcionario o servidor público, en ese sentido, pretendo entender que dicha técnica no resulta ser casual o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de *participación necesaria o delito de encuentro*, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso.

Por lo tanto, el tercero destinatario del beneficio indebido producto del interés del sujeto cualificado, en la medida que actué con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por lo tanto, deviene en pertinente los criterios jurisprudenciales fijados en la Cas. N.° 841-2015 Ayacucho, en la cual se indica:

> [...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus[5].

2.2. De los supuestos típicos

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, presenta los siguientes supuestos típicos: a) El sujeto cualificado, indebidamente, de forma directa se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; b) El sujeto cualificado, indebidamente, de forma indirecta se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; c) El sujeto cualificado, indebidamente, mediante acto simulado se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. A continuación, serán expuestos cada uno de los supuestos típicos aludidos.

5 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, Cas. N.° 841-2015 Ayacucho, Lima: 24 de mayo del 2016, f. j. n. ° 28.

2.2.1. El sujeto cualificado, indebidamente, de forma directa se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo

El supuesto aludido advierte que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en razón del cargo funcionarial específico, muestra, unilateralmente, interés indebido en el escenario contractual u operacional, es decir, el interés aparece al margen de la legalidad con la finalidad de aprovechar personalmente o favor de un tercero.

Asimismo, el supuesto aludido, exige una participación directa, es decir, desde un escenario fenomenológico, el tipo penal requiere que el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, participe de manera personal en el escenario contractual u operacional, mostrando intereses indebidos al margen del sistema legal.

2.2.2. El sujeto cualificado, indebidamente, de forma "indirecta" se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo

El presupuesto señalado, en términos similares que el anterior supuesto, advierte que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en razón del cargo funcionarial específico, encantándose habilitado por la normatividad laboral pre existente, interviniendo en un asunto de su competencia, ante ello y de manera unilateralmente, despliega interés indebido en el escenario contractual u operacional, es decir, el interés aparece al margen de la legalidad, con la finalidad de aprovechar personalmente o favor de un tercero.

Por otro lado, el supuesto aludido exige una participación indirecta, es decir, a través de un tercero, el cual no ostenta la condición especial o en su defecto, teniendo la condición de funcionario o servidor público, empero, no tiene vinculación directa con el escenario contractual u operacional, por lo tanto, no opera en razón del cargo, dicho tercero, en la medido que no tenga conocimiento del escenario pernicioso, sería un instrumento carente de responsabilidad, encontrándonos ante un caso de autoría mediata, empero, si el tercero, por ejemplo caso de los testaferros, tendría conocimiento del interés indebido con finalidad provechosa utilizado por el sujeto cualificado, entonces, operara como cómplice del delito analizado.

La participación de un tercero, nos advierte el trato diferenciado con el primer supuesto, en este caso, fenomenológicamente, el sujeto cualificado no aparece, fácticamente, en el escenario delictual, empero, el curso del delito se encuentra dominado por el funcionario o servidor público operante en razón del cargo específico.

2.2.3. El sujeto cualificado, indebidamente, mediante "acto simulado" se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo

El supuesto aludido, aparece determinado por la terminología "acto simulado", situación que implica que, el sujeto cualificado, operando en razón del cargo funcio-

narial, genera un escenario de "apariencia" en defensa de los intereses del Estado, que viene representando, es decir, encubre sus intenciones delictuales, empero, en la realidad, el sujeto cualificado busca obtener provecho propio o de tercero, por lo tanto, alcanza aceptación la tesis de CASTILLO ALVA, quien afirma que "en realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse"[6].

Siendo así, podemos advertir, que se trataría de una tetra o artimaña del sujeto cualificado, quien pretende simular su interés delictual, utilizando un escenario con apariencia de licitud, empero, en el trasfondo busca la defraudación de los interés estatales y los beneficios del autor o de un tercero con quien tiene una vinculación delictual, por ejemplo, el agente delictual crea una empresa registrada a nombre de un tercero, para que participe en un proceso de contratación en la cual el sujeto cualificado interviene en razón del cargo desempeñado, resultando esta última beneficiada en el proceso de licitación respectiva.

2.3. Clase de delito

Conforme se viene indicando, el delito aludido resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, exige para efectos consumativos, el solo interés por parte del sujeto cualificado en una contratación u operación en la cual participa en razón del cargo, interés indebido que opera a favor del agente delictual o de un tercero. Por otro lado, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción, busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*, propia de los delitos aludidos.

2.4. Forma de ejecución

El delito de negociación incompatible contiene un supuesto activo, es decir, es un tipo penal de acción, por la misma redacción fenomenológica del citado tipo penal, por lo tanto, se exige un hacer en el sujeto cualificado, por lo tanto, la forma omisiva no será posible, es decir, la figura de omisión propia no puede ser admita por cuanto, dicha técnica legislativo tiene que ser expresa, situación que no aparece, por otro lado, la figura de omisión impropia o de comisión por omisión, en la cual se exige una posición de garante en razón del estatus cualificado, si bien, en este extremo tenemos un sujeto cualificado con un deber específico, empero, también es cierto que la figura de omisión impropia funciona en los delito de resultado y no así en los delitos de comisión instantánea, es decir, de mera actividad, como resulta ser el presente caso[7].

2.5. De los tipos penales según la pluralidad de intervinientes

Existen algunos tipos penales, clasificados según el número de intervinientes, en ese sentido, aparecen dos clases de tipos penales respecto a la cantidad de intervinientes, siendo:

6 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 638.

7 SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad N.º 661-2009*, Lima: 10 de marzo del 2010. Dicha resolución niega la posibilidad de cometer el delito analizado bajo el presupuesto de comisión por omisión.

a. Tipos penales plurisubjetivos.- En este rubro se encuentran dos clases de tipos penales, siendo:

   i. Delitos de convergencia.- Dicha clase de delito, exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección[8], asimismo GARCÍA CAVERO, indica que dichos delitos demandan que la conducta típica sea realizada por varios sujetos *con actos similares y en la misma dirección* para la afectación al bien jurídico[9], ejemplo de ello se tiene los delitos de asociación ilícita y rebelión, previstos en los arts. 317 y 346 del CP.

   ii. Delitos de participación necesaria.- Estos delitos son conocidos también como *delitos de encuentro*, por cuanto los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo empero dichos intervinientes se encuentran en lados opuestos, ejemplo de ello, el delito de colusión agravada, previsto en el art. 384 del CP.

b. Tipos penales monosubjetivos.- Son aquellos tipos penales que aparecen fundamentos por la intervención de un solo sujeto activo, por cuanto el legislador, dispuso que la redacción típica aparezca determinada para un solo sujeto, es decir, por imperio de la ley, principio de legalidad, el radio de autores aparece restringido únicamente para los sujetos llamados a realizar los verbos rectores y los elementos descriptivos, en palabras de REÁTEGUI SÁNCHEZ, dicho delito tiene carácter unilateral[10] ejemplo, el delito de negociación incompatible, previsto en el art. 399 del CP.

En ese sentido, el delito de negociación incompatible, al considerarse un delito monosubjetivo, por su naturaleza unilateral, subsecuentemente, dicha característica resultaría ser la marca diferencial con el delito de colusión, simple o agravada, por cuanto este último delito resultaría ser un tipo penal de participación necesaria, en la cual se requiera la concurrencia típica de dos sujetos de naturaleza distinta, *intraneus* y *extraneus*, situación que no opera en el presente caso.

2.6. *De la naturaleza del delito de negociación incompatible desde su clasificación plurisubjetiva*

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el art. 399 del CP, pertenece a los tipos penales monosubjetivos, es decir, aquellos delitos que por imperio de la ley, han sido redactados mirando a un solo autor, por lo tanto, para el perfeccionamiento del injusto penal, no admiten la presencia de otros sujetos, como sí sucede en los delitos de participación necesaria (delitos de encuentro y delitos de convergencia), sin embargo, ello no significa la exclusión de las

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 67.
9 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, p. 313.
10 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 75.

diversas formas de participación delictual (complicidad e instigación), por cuanto, resulta perfectamente posible que el autor del delito citado intervenga con otros sujetos que hayan contribuido al plan delictual (cómplice primario o secundario) o caso contrario que el mencionado autor haya sido determinado por otro para la comisión delictual (instigación), por lo tanto, en estos dos últimos casos, en razón del principio de accesoriedad de la participación delictual, es perfectamente posible identificar las figuras de ampliación del tipo penal (complicidad e instigación).

2.6.1. De la fundamentación material de los delitos monosubjetivos

Los tipos penales de la parte especial, como es conocido, tienen dos dimensiones, tipo objetivo y tipo subjetivo, la estructura de dichas dimensiones fundamentan materialmente su existencia, en ese sentido, los presupuestos del tipo objetivo están vinculados básicamente con la técnica legislativa adoptada por el legislador al momento de positivizar las conductas prohibidas.

Siendo así, los elementos del tipo objetivo, contienen los sujetos, la conducta y los elementos concomitantes (bien jurídico, relación causal e imputación objetiva) conforme indica JESCHECK y WEIGEND [11] "describen la acción, el objeto material, el resultado (en su caso), las circunstancias externas del hecho y la persona del autor", siguen agregando los citados autores:

> 1. El núcleo de todo tipo es la acción; ésta puede ser determinada de un modo más detallado a través de circunstancias de distinto tipo como su relación con personas o cosas, su relación con el tiempo o el espacio, la forma y el modo de ejecución, así como mediante su conexión con otras acciones.
>
> 2. El objeto material es aquel elemento del mundo exterior sobre el que o en relación al cual se realiza la acción delictiva [...]. Dentro del mismo se engloba a las personas, las cosas y también a los objetos incorpóreos. Además, también hay tipos que por lo general carecen de este componente. Estos son los delitos de mera actividad como la bigamia [...], la usurpación del estado civil [...]. A menudo también el objeto material se concreta más detenidamente por medio de adjetivos calificativos. [...]
>
> 3. El resultado en sentido estricto, esto es, como efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente, tiene que ser objeto de una consideración separada. El resultado no es una parte integrante de la acción, pero si es (con frecuencia) un elemento del tipo. Este componente también puede ser determinado en el tipo de una forma más detallada a través de elementos adicionales. [...]
>
> 4. Al tipo objetivo pertenecen también la relación de causalidad entre la acción y el resultado [en los delitos de omisión impropia es la probabilidad cercana a la seguridad de que con la realización de la acción debida no habría acaecido el resultado [...] y la imputación objetiva del mismo que lo haga aparecer como "obra" del autor [...].
>
> 5. Las circunstancias externas del hecho designan la situación en la que la acción debe tener lugar para ser merecedora de pena.
>
> 6. En los delitos especiales propios el círculo de autores está limitado a personas con determinados elementos objetivos relativos al autor; en los impropios, los sujetos que pertenecen al círculo de personas cualificadas son castigos más severamente [...].Prescindiendo de los elementos referidos al autor, que designan una cualidad jurídica o una posición especial de deber, también se tienen en cuenta cualidades naturales como "hombre" [...] o "embarazada" [...].

El art. 399 del CP, regula el delito de negociación, señalando:

11 Cfr. HANS-HEINRICH, Jescheck y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. I, traducción de la 5.ª ed. alemana, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 404 y ss.

> 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 incs. 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Según el panorama expuesto, podemos afirmar que, materialmente el delito de negociación incompatible resulta ser un delito monosubjetivo, por cuanto, según la redacción típica impuesta por el operador legislativo, respecto a los componentes del tipo objetivo, específicamente, "elementos referentes al autor" y "elementos referentes a la conducta", podemos advertir, con relación al primero, el sujeto cualificado (funcionario o servidor público) mantiene una conducta personalísima, limitante y excluyente respecto al posible círculo de autores, por cuanto, además de su condición especial, se advierte la presencia de un elemento descriptivo unidimensional, "razón del cargo", situación que habilita al autor para que intervengan en el contrato u operación respectiva, en ese mismo orden de ideas, es perfectamente posible la existencia de autorías directas paralelas, por cuanto el mencionado delito, resulta ser un delito especial[12] de infracción de deber[13], en la cual cada sujeto cualificado, en la medida que se intereses en razón del cargo, en cualquier contrato u operación, con la infracción de su deber especial, fundamentaría el injusto penal.

Respecto al segundo indicador, "elemento referente a la conducta", se advierte que la conducta prohibida (supuesto de hecho) contiene un verbo personal, "interesar", siendo así, tanto el "elemento referente al autor" y "elemento referente a la conducta" aparecen determinados por el principio de legalidad, por una técnica legislativa personalísima, circunstancia que cataloga al delito de negociación incompatible como delito monosubjetivo.

Por otro lado, es prudente indicar, que si bien la redacción típica del delito aludido, hace referencia a los indicativos "indirectamente" y "provecho de tercero", empero dichos criterios descriptivos, no alteran el nivel personalísimo de la autoría, por cuanto estarían referidos a los partícipes e instigadores según el caso concreto, debiéndose recurrir a las reglas[14] y principios[15] que fundamentan la participación delictiva.

---

12 El delito de negociación incompatible, formalmente es un delito especial propia, en razón de la condición especial del sujeto activo, esto es, funcionario o servidor público, sin embargo dicha circunstancia no fundamentaría el injusto penal, toda vez que existe un supuesto de hecho determinado por una institución extrapenal, administración pública. En términos similares la sentencia de fecha 8 de febrero del 2013, en el Expediente N.° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Véase, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 28 y 29.

13 Asimismo, el delito de negociación incompatible, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, materialmente, el supuesto de hecho contiene una institución extrapenal, administración pública, de la cual emanan deberes positivos impuestos en el sujeto cualificado, en términos similares el Recurso de Nulidad N.° 722-2013 Tacna, de fecha 1 de agosto del 2013.

14 Entre ellas tenemos, la "unidad de imputación criminal", la cual implica que todos los sujetos intervinientes, autores y participes, están vinculados al hecho punible, a esto la doctrina lo conoce como, *unidad del título incriminatorio,* situación vigente por mandato legal según el D. Leg. N.° 1351, de fecha 7 de enero del 2017, mediante el cual, se logró modificar el art. 25 del CP, respecto a la participación delictual del extraño en delitos especiales.

15 Entre los principios de mayor importancia respecto a la temática, tenemos, el "principio de accesoriedad", presupone tomar parte en un *hecho* ajeno. Por ello, tiene carácter accesorio. Accesoriedad de la participación

3. Elementos concomitantes

Respecto al citado rubro, tenemos el bien jurídico y los criterios de imputación objetiva que serán analizados en las líneas siguientes.

3.1. Bien jurídico

Uno de los temas neurálgicos en derecho penal, resulta ser la temática de la identificación y protección del bien jurídico, por cuanto resulta ser el objeto de protección de la técnica legislativa de los diversos tipos penales de la parte especial, así como, justificaría, en cierta forma, la existencia del derecho penal en un sociedad debidamente organizada, subsecuentemente la validación de la intervención del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, es decir, el poder represivo del Estado a través de los mecanismos legales, en este caso, el delito y la pena.

En ese sentido, existen diversas posturas sobre el concepto de bien jurídico, las cuales aparecen, para fines didácticos, condensadas en dos grupos, conforme indica LUZÓN PEÑA:

> Una posición conservadora y positivista, que arranca de Binding, considera que bien jurídico es todo objeto (en sentido amplio, material o inmaterial) que la ley, y concretamente la ley penal en los respectivos tipos penales, considera digno de protección jurídica, y sólo ese objeto legalmente reconocido como valioso y protegido; es decir que el catálogo de bienes jurídicos se desprende de la ley y es definido por la propia ley. Frente a esto, una posición crítica y reformista, que arranca con Von Liszt y que hoy es mayoritaria, sostiene que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el Derecho positivo y consiste en un concreto interés, valor o realidad valiosa, de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de – éstas y que por ello merece protección jurídica[16].

Por otro lado, existe una tesis de contenido normativo, la misma que entiende que, el derecho penal es un instrumento de control social al servicio del Estado, con la finalidad de proteger "expectativas normativas", las cuales contienen los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales pueden ser individuales (vida, integridad, libertad, propiedad, etc.) y colectivos (tranquilidad pública, medio ambiente, sistema económico, trafico documental, administración de justicia y pública, etc.) todo ello a efecto de garantizar la convivencia social y el bien común.

---

quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o autores. Véase, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general,* Lima: Ara, 2004, p. 487. Respecto a la punición del participe se recurre a la diferenciación entre *accesoriedad cualitativa y accesoriedad cuantitativa,* en ese sentido, la forma *cualitativa* demanda ciertos presupuestos para que el hecho principal tenga contenido penal, ante ello la doctrina desarrolló cuatro criterios, siendo: *i) Accesoriedad mínima,* la cual basta con que el autor principal haya realizado una acción adecuada a una figura legal, es decir que el hecho principal sea típico. *ii) Accesoriedad limitada*, requiere que el hecho principal sea típico y antijurídico; iii) *Accesoriedad extrema*, requiere que el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable; iv) *Hiperaccesoriedad*, exige que todas las condiciones personales del autor principal se transfieren a los partícipes. De las posturas antes expuestas nuestro CP asume la teoría de la accesoriedad limitada. Por otro lado la *accesoriedad cuantitativa,* exige que el hecho principal tiene que haber sido ejecutado por el autor por lo menos en grado de tentativa ya sea acabada o inacabada. Véase, JULIO FIERRO, Guillermo, *La teoría de la participación criminal, alcances, modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad,* 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 548 y ss.

16 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Derecho penal. Parte general,* 3.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2016, p. 302.

En ese sentido se advierte un alejamiento a la teoría "monista" del bien jurídico, la cual sustenta su argumentación en el individuo y no así en la funcionalidad del sistema social, dicha postura no significa desconocer los derechos fundamentales o intereses del ser humano, empero estos deberán ser asumidos como parte del entorno social para fines del derecho penal. En ese mismo sentido, JAKOBS, indica: "La teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítimo per se la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos [...]"[17], es decir:

> [...] Una persona únicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren por lo general en sus intereses su propio sustento, porque si no, se rebelaría éste y el orden normativo perdería – no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí – su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representarían ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho, esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado[18].

Siguiendo el escenario aludido, no se debe perder de vista, a efecto del tema materia de análisis, el trato discriminado que debe imperar en el derecho penal respecto al objeto de protección, es decir, el sistema penal responde al *principio de protección de bienes jurídicos*, el cual, aparece enlazado al criterio de fragmentariedad del derecho penal, por cuanto en el derecho penal protege únicamente bienes jurídicos de elevada importancia para la viabilizarían de la convivencia social, por lo tanto el legislador en materia penal, tendrá la obligación de realizar un trato diferenciado respectos a las conflictos sociales a solucionar, considerando la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal.

Ante ello, es pertinente invocar a MIR PUIG, quien indica:

> Que el derecho penal no sólo debe proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal. El concepto de "bien jurídico" es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal[19].

En términos similares, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, precisa:

> Un derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Dicho negativamente, lo que el derecho penal puede y quiere evitar es la guerra general, la lucha impacífica de todos contra todos o, como antes se decía, la disolución del orden social[20].

17 JAKOBS, Günther, "¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal", en JAKOBS, Günther; Miguel POLAINO NAVARRETE; Miguel POLAINO–ORTS; José CARO JHON; Percy GARCÍA CAVERO y Juan GEMIGNANI, *Legitimación del derecho penal*, Lima: Ara, 2012, p. 23.

18 *Ibíd.*, p. 29.

19 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 89, citado por BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Eddili, 2002, p. 92.

20 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del Derecho penal. La nueva visión político criminal*, Bogotá: Temis, 1992, p. 32.

Bajo el mismo lineamiento y de manera complementaria, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ[21], considerando el criterio de fragmentariedad, indica: "El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad". Siguiendo el mismo norte ideario, VILLAVICENCIO TERREROS, citando a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN[22], precisa:

> Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Por otro lado, en el Perú, mayoritariamente se viene aceptando el hecho que para el derecho penal, el objeto de protección, resulta ser todo interés admitido por el derecho penal a efecto de garantizar la convivencia social, sin embargo, hasta donde puedo advertir, no existe una postura definida respecto a la fundamentación material, es decir, si el derecho penal protege interés ontológicos (propios del "ser") o expectativas sociales (propias del "debe ser"), por cuanto, recientemente existe un alto nivel de influencia de la doctrina funcional normativa en la interpretación de los tipos penales, evidencia de ello, se tiene el reciente R. N. N.° 2504-2015 Lima[23], de fecha 7 de abril del 2017, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Siendo así, el agente del derecho, deberá aplicar una interpretación teleológica o sistemática a efecto de discriminar entre los intereses administrativos e intereses de relevancia penal, situación advertida por la Corte Suprema en el *R. N. N.° 3763-2011 Huancavelica* de fecha 29 de enero del 2013, en la cual se indicó:

> La apropiación o el uso de cuatro hojas membretadas no reúnen la idoneidad necesaria para afectar el erario del Estado, la mejor forma de corregir esta irregularidad es mediante la absolución por carecer de sentido la imposición de una pena allí donde no existe bien jurídico lesionado.

En la misma sintonía académica, FRISANCHO APARICIO[24], citando a PARIONA PASTRANA, quien indica:

---

21 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general,* p. 94, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general,* 3.ª reimp., Lima: Grijley, 2010, p. 94.

22 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* p. 80, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 94.

23 Véase, SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2504-2015,* Lima: 7 de abril del 2017, f.j.n. ° 15, en la cual se establece lo siguiente:
[...] es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado. Hay accesibilidad normativa cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla.
Debiéndose precisar que, sobre el bien jurídico, subsiste la idea que en el delito de estafa, *el patrimonio,* resulta ser el objeto de protección.

24 Cfr. FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares,* 5.ª ed., Lima: Legales, 2017, p. 112.

> La función de protección de bienes jurídicos es de corte material y no meramente formal. El abogado y asesor de la Universidad estatal incurrió en una conducta ilícita, pero no toda ilicitud tiene directamente una connotación penal. La ilicitud en el presente caso fue de naturaleza administrativa y corresponde a ese ámbito, particularmente al disciplinario, y no al derecho penal, la resolución del conflicto[25].

Respecto al delito de negociación incompatible, se viene aceptando diversas posturas sobre el bien jurídico protegido, así tenemos, que para RODRÍGUEZ:

> El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública— y en sujeción a los interés públicos (tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal)"[26].

ROJAS VARGAS[27], indica que el bien jurídico protegido en dicho ilícito resulta ser, el normal funcionamiento de la administración pública, sin embargo, para SALINAS SICCHA[28], resulta ser el deber de "lealtad y probidad", indican que, por otro lado, existen otros autores quienes indican que el objeto de tutela en el citado delito, resulta ser, la "imparcialidad" y "objetividad", así tenemos a PEÑA CABRERA FREYRE[29] y en términos similares REÁTEGUI SÁNCHEZ[30]. Por otro lado y en sentido contrario a la última tesis expuesta, CASTILLO ALVA[31], concordando con SANCINETTI, indica que el bien jurídico protegido resulta ser la *transparencia en los contratos estatales y las operaciones.* De la misma forma, jurisprudencialmente, existe divergencias respecto al objeto de protección en el delito

---

25 PARIONA PASTRANA, Josué, "El bien jurídico como piedra angular de la función protectora del derecho penal. Apuntes de un juez penal en Delitos contra la administración pública", pp. 65-68, citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, 5.ª ed., Lima: Legales, 2017.

26 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ *et. al.*, *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 113.

27 El citado autor indica: "El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes [...]". Véase, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 818.

28 SALINAS SICCHA, informa:
Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones – desde su preparación, inicio, celebración y ejecución- a favor de la administración pública.
Véase, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2016, p. 644

29 El citado autor indica: "[...] Por consiguiente, nuestra postura es de anclar el objeto de tutela en los principios de "imparcialidad" *y* "objetividad", que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación administrativa". Véase, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., t.V, Lima: Idemsa, 2014, p. 649.

30 El aludido autor indica: "En consecuencia, el bien jurídico tutelado es genéricamente, la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad." Véase, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados*, Lima: Lex & Iuris, 2016, p. 22.

31 CASTILLO ALVA precisa:
El bien jurídico en este delito viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades de los participantes en el proceso de contratación.
Véase, CASTILLO ALVA, José, *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 15.

de negociación incompatible, así tenemos, por un lado, el R. N. N.° 000661-2009[32], de fecha 10 de marzo del 2010, en la cual se señala que el objeto de protección resulta ser el *deber de lealtad institucional y probidad funcional.*

En una postura diferente, tenemos el R. N. N.° 1674-2013[33], de fecha 12 de marzo del 2014, en el cual se indica que el objeto de protección resulta ser *la transparencia en los procesos de contratación,* asimismo, el R. N. N.° 2068-2012[34], de fecha 19 de abril del 2013, señala como objeto de tutela estaría vinculado *al interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública, vinculada al deber de imparcialidad del sujeto cualificado.*

Finalmente, tenemos el R. N. N.° 1360-2013-Cusco[35], de fecha 26 de marzo del 2014, indica que el objeto de tutela específico resulta ser, *el desarrollo funcional de la administración pública,* y en similar consonancia, la *Casación N.° 23-2016- Ica*[36], de fecha 16 de mayo del 2017, indica que el bien jurídico tutelado resulta ser el *correcto funcionamiento de la administración pública, frente al interés privado de sus agentes*

El escenario expuesto, doctrinal y jurisprudencial, advierte un trato discriminado en materia penal y en sede administrativo, sin embargo, considero que no basta el trato discriminador de los bienes jurídicos realizado por el derecho penal en mérito al principio de protección de bienes jurídicos[37], sino que además se deberá tener en cuenta la relación

32 Así el Recurso de Nulidad N.° 000661-2009 indica:
[...] si bien el tipo penal del delito de negociación incompatible está comprendido entre los Delitos contra la administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.
Véase, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados,* ob. cit., p. 23.

33 "No se trata solo de apreciar si el valor de lo adquirido es menor al precio referencial – rebasarlo sería ilegal en sí mismo-, sino, en estricto Derecho, si el concurso fue transparente, equitativo para todos los postores, y no se favoreció indebidamente a alguno de ellos, en perjuicio del tesoro municipal [...]". Véase, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible,* ob. cit., p. 15.

34 SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2068-2012,* Lima: 19 de abril del 2013.
[E]l bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública; que, en ese sentido, el funcionario o servidor público deber actuar imparcialmente – no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública [...], que el tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial [...]

35 El Recurso de Nulidad N.° 1360-2013-Cusco
[...] El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, al respecto del desarrollo funcional de la administración pública; por lo que no se afectó el patrimonio del Estado [...]

36 El considerando 4.35 de la Casación N.° 23-2016- Ica, indica:
[...] el bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la administración pública frente al interés privado de sus agentes, es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración.
Véase: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Casación N.° 23-2016- Ica,* Lima: 16 de mayo del 2017.

37 Dicho principio operaria como limitante del ejercicio del poder coercitivo del derecho penal. Véase, BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Lima: Eddili, 2002, pp. 91 y 92.

funcionarial entre el sujeto cualificado y el bien jurídico tutelado en sede penal, es decir la relación de dominio social, conforme indica GRACIA MARTÍN:

> En los delitos de los que nos ocupamos, por el contrario, la relación del sujeto con el bien jurídico se plasma en la norma de un modo positivo a través de la función que ejerce el sujeto caracterizado por un determinado status institucional [...]. En los tipos de dominio social, el bien jurídico protegido se encuentra precisamente involucrado en el ejercicio de una función a la que extiende su competencia sólo una clase de sujetos. El monopolio de esta clase de sujetos para el ejercicio de la función en la que se halla involucrado el bien jurídico determina la exclusión del resto de los miembros de la comunidad social del campo de las posibilidades de acción de lesión jurídico-penalmente relevante del bien jurídico. Dicho monopolio para el ejercicio de una función relevante para la tipicidad atribuye a los sujetos que la ejercen una posición de dominio social, esto es, de dominio del ámbito de protección de la norma y que se traduce en un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[38].

Por lo tanto, considero, que desde una perspectiva genérica resulta ser la administración pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos[39].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Recientemente, la *Casación N.° 23-2016 Ica,* del 16 de mayo del 2017, desarrolla uno de los temas de suma importancia, esto es, nos presenta el panorama respecto a los "defectos administrativos en proceso de contratación en situación de emergencia no son suficientes por sí solos para acreditar responsabilidad penal de los intervinientes", situación afín a los criterios de imputación objetiva, por lo tanto, en las líneas venideras se tratará la temática expuesta.

3.2.1. La delimitación del riesgo prohibido en derecho penal

El derecho penal aparece legitimado, además de los principios que lo empoderan según el *Ius puniendi*, en la medida que la conducta supere el riesgo permitido por el sistema social y jurídico, siendo así, el agente del derecho penal (juez y fiscal) en el proceso de atribución jurídicamente deberá tener presente los criterios que delimitan el "riesgo permitido".

Ante ello, la doctrina especializada y los criterios jurisprudenciales en materia penal, a efecto de delimitar la problemática relacionada a la admisibilidad de determinadas conductas admitidas por el derecho penal, recurren a la teoría de la *imputación objetiva*[40], en

38 GRACIA MARTIN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Teoría general*, t. I, Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 366-367. En términos similares y con mayor detalle respecto al acceso al dominio social, se tiene los fundamentos esbozados por el citado autor en GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Estudios Específicos del art. 15 Bis del Código Penal Español*, t. II, Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, p. 161 y ss.

39 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 644.

40 La teoría de la imputación objetiva, inicialmente fue ideada por Karl LARENZ, presentando sus aportes para el derecho civil con la finalidad de *excluir* la responsabilidad por daños imprevisibles. Véase, MIR PUIG, Santiago, "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 404.Asimismo, en 1930, Richard HONIG, traslada la imputación objetiva al derecho penal pretendiendo *restringir* de modo objetivo el concepto ilimitadamente objetivista del tipo penal, en

ese sentido, después de un largo proceso evolutivo, es decir, desde los aportes y debates llevados a cabo por la Escuela de Salamanca[41], pasando por los aportes del sistema final de Welzen, respecto a la teoría de la adecuación social, así como ingresando recientemente a los diversos criterios desarrollados por el sistema funcional normativo, entre ellos, aquellos aportes de Claus ROXIN, quien en 1970 presentó una conocida fórmula: "la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo penal"[42].

En ese contexto la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) El riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado –nexo causal-), se deberá analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto, siendo:

- Imputación objetiva de la conducta[43].- En este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse *"ex ante"* al resultado lesivo.
- Imputación objetiva del resultado[44]- La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post.*

---

aquel momento imperante en la teoría causalista. Véase, HIRSCH, Hans-Joachim, "Acerca de la imputación objetiva", en *Separata renueva Doctrina Penal,* 1998/A, p. 88.

41 Dicha Escuela, inicio sus estudios y debates respecto al tema de imputación, desde el siglo XIII, en torno al problema del *versari in re illicita*, en los cuales las doctrinas canónicas analizaban las "Decretales de Gregorio IX", a efecto de medir los alcances de la responsabilidad objetiva. Véase, ROBLES PLANAS, Ricardo, "La teoría de la imputación Objetiva: Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro", en FRISCH, Wolfgang y Ricardo ROBLES PLANAS, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Barcelona: Atelier, 2015, p. 21 y ss.

42 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general,* t. I, 2.ª ed., Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, 2000. p. 364.

43 Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta.

1.- Riesgo permitido.-El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2.- Disminución del riesgo prohibido.- El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción.
3.- Riesgo insignificante.- El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4.- Principio de confianza.- El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5.- Prohibición de regreso.- Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima.- Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

44 Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado.

1.- Relación de riesgos.- Denominado también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2.- Protección de la norma.- Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,
3.- Imputación objetiva por producto defectuoso.- Aparece cuando las empresas sacan productos al

Además del escenario expuesto, subsiste la demanda de conocer cuál sería el baremo referencial para cruzar la línea divisoria entre lo permitido y prohibido, entre el escenario extrapenal y penal.

3.2.2. De los indicadores delimitantes del riesgo permitido

Respecto a la temática, Claudia López[45], presenta cinco indicadores de gran interés para delimitar el riesgo permitido y subsecuentemente el ingreso al riesgo prohibido en derecho penal, entre ello tenemos:

i. Normas jurídicas.- Se recogen las pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación, para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Ej. En el derecho de la circulación; respetar semáforos, prelaciones, no conducir embriagado o bajo efecto de drogas en general.

ii. Normas técnicas y la Ley Artix.- Las pautas de seguridad las recogen agremiaciones particulares que se encargan de señalar los procedimientos cuando se realizan actividades que implican riesgos.

iii. La figura del modelo diferenciado.- Cuando no se cuenta ni con 1[46] ni con 2[47], debe tomarse como modelo la conducta que hubiera seguido un hombre prudente y diligente en la situación en que se encontraba el autor.

iv. El deber de advertir el peligro y los deberes de información.- Cuando alguien va a desplegar una actividad, el primer deber que tiene es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos. Surge para él un "deber de examen previo". Ej. El médico que va a operar debe ordenar exámenes de laboratorio). También tiene el deber de valorar su propia capacidad para realizar la acción: "quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo"

---

mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión.- En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto no se trata de una causa de justificación sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley.- El autor actúa bajo la existencia de un norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento.- En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12.- [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

45 Cfr. López Diaz, Claudia, "La teoría de la imputación objetiva", en Bolaños Gonzáles, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes, 2005, pp. 154-155.

46 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas jurídicas".

47 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas técnicas y la ley artix".

v. El significado social del comportamiento.- Si no hay 1[48],2[49],3[50] ni 4[51], entonces debemos acudir a los criterios materiales que legitiman la creación de un riesgo, es decir, la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de empresa o la aceptación general del peligro.

En ese sentido, si la conducta analizada, aparece inmersa dentro de cualquiera de los presupuestos esbozados, tendríamos que decir que no califica para ingresar a las esferas del derecho penal, por cuanto, no tiene la calificación de riesgo prohibido. En resumidas cuentas, podemos concluir, que los criterios de imputación objetiva, no resultarían aplicables en un delito de mera actividad, por cuanto, no contiene el escenario "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado, subsecuente el criterio consumativo será analizado según los criterios de inmediatez de los delitos de mera actividad.

IV. TIPO SUBJETIVO

Sin lugar a dudas, el tipo penal, resulta ser de comisión dolosa, no se admite la forma culposa, por cuanto el dolo es inferido y la culpa es expresa, conforme señala el artículo 12 del Código Penal, situación que no opera en el presente caso.

V. *ITER CRIMINIS*

El camino del delito será analizado en el siguiente presupuesto

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, los cuales pertenecen a la fase externa del delito, exigen una técnica legislativa expresa, es decir, en la medida que aparezcan un señalamiento típico, entonces, podrán ser invocados, caso contrario, resulta ser inexistente la figura delictiva aludida.

2. Tentativa

La tentativa opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, en ese sentido, en el delito de negociación incompatible, el delito tentado deviene en inexistente, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

3. Consumación

3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde una perspectiva de dominio, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con el solo interés indebido demostrado por el sujeto cualificado en cualquier contrato u ope-

48 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas jurídicas".
49 La autora, hace referencia al criterio denominado "normas técnicas y la ley artix".
50 La autora, hace referencia al criterio denominado "la figura del modelo diferenciado".
51 La autora, hace referencia al criterio denominado "el deber de advertir el peligro y los deberes de información".

ración en el cual interviene el sujeto cualificado en razón del cargo específico, es decir, no se requiere que el sujeto cualificado obtenga el provecho indebido, en caso de haberse concretado estaríamos ante un escenario pos-consumativo. En este extremo aparece apropiado el desarrollo de CASTILLO ALVA, quien indica:

> La consumación del delito se perpetra en el mismo momento y lugar en el que el funcionario público ha exteriorizado a través de cualquier acto su interés privado en el contrato u operación, ya sea suyo o de un tercero, al margen si se llega a suscribir o no. El hecho de que en la infracción se sancione el interesarse de manera indebida en un contrato u operación no quiere decir que sea necesario, desde el punto de vista del principio de legalidad, que el contrato se suscriba, o llegue a buen término, de manera obligatoria. Es posible que el contrato u operación nunca llegue a concretarse de manera definitiva y el núcleo del injusto se entienda de manera acabada y suficiente[52].

Por otro lado, para fines probatorios, la situación tiene alta complejidad, por el nivel subjetivo del término interés, empero, para efectos de acreditación, será pertinente evidenciar un acto administrativo propio del cargo funcionarial del sujeto cualificado, acto funcional que aparecerá manifiesto en cualquier operación o contratación en las cuales interviene el sujeto cualificado. En tal sentido, bastará la presencia del interés indebido o ilegal que busca como finalidad el provecho indebido del sujeto cualificado o de un tercero vinculado al sujeto cualificado. De la misma forma, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico.

3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo público, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "administración pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, el sujeto cualificado, al mostrar interés en una contratación u operación en la cual interviene en razón del cargo, infringe dicho deber especial, simultáneamente, lesión el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias.

3.3. De la línea divisoria entre los defectos administrativos y el riesgo jurídicamente relevante

Conforme aparece señalado precedentemente, respecto al lineamiento del "*riesgo permitido*", en la medida que la conducta expresada por el autor aparezca inmersa en el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, entonces dicho accionar deviene en inocuo, sin contenido penal, en ese sentido, ROXIN, indica que:

52 CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 138.

> [...] bajo riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que generalmente (independientemente del caso particular) es permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo[53].

Asimismo, los aporte de Claudia LÓPEZ DÍAZ señalados líneas arriba, considero que son pertinentes, por cuanto en los delitos contra la administración pública, debe tenerse presente, según el caso concreto, las *"normas técnicas extrapenales"* a efecto de verificar la existencia del *riesgo permitido* desplegado por los funcionarios y servidores públicos.

De la misma forma, también resultan correctos los postulados de FEIJOO SÁNCHEZ, quien indica:

> Los límites de la creación permitida de riesgos no dependen de criterios o magnitudes naturalísticos, estadísticos o matemáticos como la probabilidad de producción del resultado. No existe una frontera matemática o un nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del Derecho Penal[54].

En ese sentido, el *riesgo permitido*, aparece como el primer presupuesto que debe ser analizado en el proceso de atribución jurídico penal, es decir, funciona como un baremo *"ex ante"* del juicio de imputación jurídico penal, siendo así, el *riesgo permitido*, se encuentra ligado a los criterios de *"adecuación social"*[55], por cuanto dicho accionar no aparece típicamente prohibido por la ley penal, así tenemos, no existe prohibición para comprar un helado, tampoco está prohibido postular a una casa de estudios para obtener una profesión, de la misma forma, tampoco estaría prohibido convocar un proceso de contratación pública y emitir diversos actos administrativos en razón del cargo, todo ello, con la finalidad de suplir el requerimiento del área usuaria y operativizar los recursos públicos a favor del interés social, entender lo contrario, a primera vista, haría inviable el desarrollo de una sociedad. Sin embargo, el riesgo permitido, dejaría de ser tal, en la medida que la creación del resultado encuentre registro típico en la ley penal, dicho presupuesto, sería el segundo criterio a analizar en el proceso de atribución jurídico penal[56].

Un caso concreto, de interés para la presente temática, resulta ser, aquel que fue resuelto por la Casación N.° 23-2016 Ica, se tiene que los hechos versan sobre el proceso de Licitación Pública 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL, vinculado a la obtención de maquinarias y equipos para el proyecto, Fortalecimiento de la capacidad resolutiva

---

53 Cfr. ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en derecho penal*, Traducción por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Idemsa, 1997, p. 106.

54 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en derecho penal*, 1.ª ed., Lima: Grijley, 2002, p. 204.

55 La teoría de la *"adecuación social"*, llamada también teoría de la *"causalidad adecuada"*, implica el desarrollo de criterios de exclusión de responsabilidad penal, en mérito a la existencia de actividades sociales prefijadas, por lo tanto su análisis responderá, muchas veces, al baremo de previsibilidad objetiva propio del hombre promedio en sociedad. Véase, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 352.

56 El autor, PÉREZ ALONSO, precisa que los casos de riesgo permitido, resultan ser el primer principio de imputación objetiva, asimismo, la realización del riesgo en el resultado típico, resulta ser el segundo presupuesto para afirmar la imputación objetiva del resultado. Véase, PÉREZ ALONSO, Esteban, "Notas sobre la imputación objetiva en el derecho penal", en CARO JHON, José Antonio; Juan Luis FUENTES OSORIO; Elena Blanca MARÍN DE ESPINOZA; Iván MEINI MENDEZ; yván MONTOYA VIVANCO; María Rosa MORENO TORRES; Raúl PARIONA ARANA; Esteban PÉREZ ALONSO; Esther POMARES CINTAS; Guillermo PORTILLA CONTRERAS; Inmaculada RAMOS TAPIA y José Miguel ZUGALDIA ESPINAR, *teoría del delito-Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 84-85.

del servicio de equipo mecánico, sin embargo, a pesar de encontrarse en trámite dicho proceso de contratación pública, el gerente general del gobierno regional de Ayacucho, solicitó al consejero delegado la determinación de una situación de emergencia de atención del sistema vial de la citada región, habiéndose realizado el estudio técnico por personal del gobierno regional aludido.

Ante ello, los consejeros regionales, mediante acuerdo regional, declararon en situación de emergencia la red vial de la región Ayacucho, conllevando que el presidente del gobierno regional emitiera la Resolución Ejecutiva Regional respectiva, aprobando la adquisición de las máquinas mediante proceso de exoneración N.° 06-2011- GRA-SEDE CENTRAL por el monto de S/ 20,000,000.00, reemplazando de esta manera la Licitación Pública 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL y subsecuentemente la exclusión de los postores Komatsu y Volvo.

Por otro lado, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), requirió al presidente del gobierno regional de Ayacucho, deje sin efecto el proceso de exoneración por cuanto no existía situación de emergencia, en ese mismo sentido, la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, comunicó al citado Gobierno Regional, la existencia de veintitrés (23) observaciones al proceso de exoneración, sin embargo, a pesar de las recomendaciones realizadas por OSCE y el pedido resuelto del recurso de reconsideración presentado por el Presidente Regional, en el cual se indicaba dejar sin efecto el citado proceso de exoneración, el presidente regional, continuo con el citado proceso permitiendo que la entidad cancelará a los respectivos proveedores

Respecto al caso concreto, se evidencian diversas irregularidades administrativas, como son, *realizar pagos a los ganadores, sin respectar el tipo de cambio previsto en la Superintendencia de Banca y Seguros, según lo señalado por el informe pericial contable N.° 002-2013-MP-FEDCF-MBS/PAC; el Informe N.° 04-2012/EF63.01, emitido por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, en el cual señala la existencia de 23 observaciones al proceso de exoneración.*

Ante ello, surge la pregunta, ¿Los defectos administrativos evidenciados en un proceso de contratación pública o proceso de exoneración, forman parte del riesgo permitido?, consideramos que *sí*, por cuanto, si bien el ordenamiento jurídico no legitima en sentido positivo los defectos funcionales en sede extrapenal, empero, sí permite subsanarlos o corregirlos, por ejemplo el art. 68[57] del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado[58], por lo tanto, según el panorama expuesto, la solución al problema analizado, estaría según los lineamientos del riesgo permitido y no así por escenarios de *principio de confianza.*

57 PODER EJECUTIVO, *D. S. N.° 138-2012-EF*, Lima: 6 de agosto del 2016.
Artículo 68.- Si existieran defectos de forma, tales como errores u omisiones subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la técnica, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto. [...].

58 PODER EJECUTIVO, *D. Leg. N. ° 1017*, Lima: 31 de enero del 2009.

Por lo tanto, precisamos que, si bien existe una intensa discusión sobre la ubicación del *principio de confianza*[59] en la teoría de la imputación objetiva, esto es, algunos consideran que tiene autonomía propia, otros informan que aparece inmerso en el sistema del riesgo permitido, sin embargo, consideramos, que dicho principio mantiene autonomía propia, por cuanto pertenece al escenario del riesgo desaprobado para el derecho penal, es decir, su aplicación operaría en la medida que determinadas conductas superaron la línea del riesgo permitido, por lo tanto en este extremo, discrepamos con los lineamientos de la Corte Suprema[60], en la medida que el máximo tribunal entienda que dicha principio es autónomo, distinto de la institución del riesgo permitido.

Aunado a lo expuesto, considero que, la línea divisoria mediante la cual se evidencia la separación de los defectos administrativos de aquellos actos con contenido penal, resulta ser el "elemento subjetivo" del tipo penal, esto es, el dolo, por lo tanto la imputación subjetiva cumple un papel determinante tanto para identificar responsabilidad penal o negarla, ante ello, el nivel probatorio deberá centrarse en evidenciar el elemento subjetivo de los intervinientes en el hecho delictual, ya sea con prueba directa o prueba indirecta. Por lo tanto, los defectos administrativos evidenciados en un proceso de contratación pública o proceso de exoneración, forman parte del riesgo permitido, enervando los criterios de atribución jurídico penal, en la medida que no exista evidencia delictual, subsecuentemente, la línea divisoria entre los defectos administrativos y el riesgo jurídicamente relevante, en el delito de negociación incompatible, aparece determinada por el *tipo subjetivo* y no así por criterios de imputación objetiva, por cuanto, conforme se viene indicando, en un escenario de mera actividad resulta altamente cuestionado los criterios de imputación objetiva por la exigencia de un barema "espacio-temporal" propio de los delitos de resultado y no así de los delitos de comisión instantáneo, como resulta ser el delito de negociación incompatible, por lo tanto, el tipo subjetivo otorgará contenido penal a la conducta atribuida, situación que deberá ser evidenciado a nivel probatorio.

4. Agotamiento

La figura agotada, aparece identificada en la medida que el sujeto cualificado, después de haber manifestado su interés indebido, en beneficio propio o de tercero en el proceso de contratación u operación estatal en el cual interviene en razón del cargo funcional específico, concreta el beneficio indebido en favor suyo o de tercero, es decir,

59 La ubicación del principio de confianza, resulta ser un tema nada pacifico en la dogmática penal, por cuanto un sector de la doctrina, le asigna una ubicación propia (JAKOBS, STRATENWERTH, FEIJOO SÁNCHEZ y GARCÍA CAVERO), sin embargo, otro sector doctrinario precisa que se trata de un criterio de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo (ROXIN y REYES ALVARADO), finalmente una tercera postura, indica que se trataría de un criterio orientada para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos culposos (JESCHECK y WEIGEND). Véase, MEDINA FRISANCHO, José Luis, "La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal", en PARIONA ARANA, Raúl; Felipe VILLAVICENCIO TERREROS; Pablo SÁNCHEZ OSTIZ; Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ; Miguel NUÑEZ PAZ; José Luis MEDINA FRISANCHO; Shikara VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Pariona Arana y Heydegger Francisco (coordinadores), Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 126-127

60 F. j. n.° 4.44 y ss.

el delito agotado será evidenciado en la medida que aparezcan cualquier evidencia con posterioridad a la concreción del interés ilegal manifiesto por el sujeto cualificado.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito analizado, presenta diversas formas de intervención delictual, conforme serán analizadas en los apartados venideros.

1. Formas de autoría

Nuestro sistema penal, alberga diversas formas de autoría, las cuales aparecen previstas en el art. 23 del CP, las mismas que deberá ser interpretadas según la postura académica asumida, es decir, ya sea como delitos de domino o delitos de infracción de deber. Respecto a los primeros, se entenderá la existencia de *autoría directa*, en la medida que exista dominio de la acción delictual, *autoría mediata,* dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores.

En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el título formal de funcionario o servidor público y, además opere en razón del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la vinculación directa con el injusto penal, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el agente cualificado, siendo así, es perfectamente posible la admisión de la *autoría directa*, en la medida que el agente delictual domine por sí mismo, el curso causal delictual.

Respecto a la *autoría mediata*, también es posible, respecto al supuesto de hecho de interesarse indirectamente a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, por lo tanto, el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actué con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de analizado, por cuanto sobre él no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo.

Con relación a la *coautoría*, es posible en la medida que el acto funcional, vinculado al interés indebido en el proceso contractual u operaciones estatales, aparezcas dosificado en una pluralidad de intervinientes, según cada caso concreto.

Desde la óptica de los delitos de *infracción de deber*, conforme se viene sostienendo a lo largo del presente trabajo, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "administración pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo.

2. Formas de participación

El delito de negociación incompatible, desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus ex-

tremos, es decir, admite las formas de *complicidad* (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado que aparece ligado a interés indebido en beneficio propio o de tercero, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, la redacción típica se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto al supuesto delictual en provecho de un "tercero ", se advierte que en este extremo nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo tanto, según señala la Casación N.° 841-2015 Ayacucho[61], la intervención del "tercero", al encontrarse expresamente descrita en el tipo penal, nos advierte el estatus de cómplice primario.

Ante ello, el nivel de intervención del sujeto determinado con la cláusula "para otro", corresponde a cualquiera de las modalidades de la participación delictual, según el caso concreto, es decir, podrá ser cómplice, en la medida que, habiendo desplegado actos contributivos a favor del plan delictual del agente policial o en su defecto, será instigador[62] en las circunstancias que haya determinado al funcionario o servidor público que muestra interés en la contratación u operación estatal, debiéndose precisar que ambas figuras delictivas, complicidad e instigación, operaran únicamente en el extremo que, el tercero a quien se le impone la cláusula "tercero", tenga conocimiento del plan delictual del autor.

VII. PENALIDAD

El legislador impone una sanción contra 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, por lo tanto, en la medida que cumpla con el supuesto delictual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

---

61 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Casación N.° 841-2015 Ayacucho,* Lima: 21 de junio del 2016, f. j. n.° vigésimo octavo, en cual se indica:
[...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus.

62 En términos similares, CASTILLO ALVA, analizando la figura del instigador en los delitos de participación necesaria, esto es, en el delito de colusión, desarrolla una postura de interesante argumentación, puesto indica:
Puede, además, que el tercero interesado actué tanto como instigador en el hecho y a la vez cooperé efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho.
Véase, CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 560.

CAPÍTULO XIV
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 400 CP)

El delito de *tráfico de influencias* aparece registrado en el art. 400, del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 400

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36°; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, y 8 del artículo 36°; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Artículo modificado por el Art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22.10.16.)

II. ANTECEDENTES

Existe una diversidad de antecedentes, al respecto SALINAS SICCHA indica lo siguiente:

> El delito de tráfico de influencias también conocido en la doctrina en su acepción romana) como "venta de humo" no estaba regulado en el texto original del CP de 1924. El CP de 199I sí lo tipificó en su art. 400", no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de modificación por el art. 1 de la Ley N.° 28355 del 6 de octubre del 2004. Luego fue modificado por la episódica v polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio del 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio del 2011. Esta última ley volvió al texto impuesto por la Ley N.° 28355. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre del 2013, el contenido del tipo penal 400 del CP es el citado anteriormente[1].

Finalmente, el tipo penal fue modificado por el Art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016, conforme fue expuesto líneas arriba.

1 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 653-654.

III. TIPO OBJETIVO

El delito de tráfico de influencia, presenta una densa dimensión de verbos rectores, elementos normativos y descriptivos, conforme serán explicados en las líneas siguientes.

1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto al rubro aludido, tenemos la existencia de todos los sujetos vinculados directamente con el hecho delictual, es decir, fundamentalmente, el sujeto activo y pasivo, conforme serán analizados en las líneas venideras.

1.1. Sujeto activo

Según ROJAS VARGAS, indica respecto al sujeto activo:

> 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[2].

Desde la óptica de los delitos de dominio, el delito de tráfico de influencias, resulta ser un común, por cuanto, el tipo penal no exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, al no existir dicha condición especial, la misma que restringe el radio de autores, entonces nos encontramos ante un delito común, por lo tanto, cualquier persona, con capacidad de reprochabilidad puede cometer el ilícito penal aludido.

Respecto a la segunda parte, el legislador impone una situación especial respecto al agente delictivo, esto es, indica la presencia de un sujeto cualificado, funcionario o servidor público, sin embargo, es necesario precisar que en este caso, el tipo penal a pesar de fijar dicha cualificación especial, no convierte al ilícito penal en delito especial o delito de infracción de deber, por cuanto, la técnica de tipificación indica que para catalogar al delito, respecto a los sujetos, ya sea como tipos penales comunes o especiales, la redacción típica implica que el supuesto de hecho tiene que ser subsecuente a la individualización del sujeto activo, conforme se advierte en la parte inicial del artículo materia de comentario, situación que no opera en la parte final del art. 400 del CP. Por tal razón, no existirían, delitos agravados, sino, formas agravadas de delitos, es decir, no existe el delito de robo o hurto agravado, sino por el contrario, existe robo o hurto con agravantes.

La afirmación expuesta, siguiendo los lineamientos de ABANTO VÁSQUEZ, aparece recogida recientemente en la Casación N.° 558-2016 Lambayeque, del 15 de enero del 2018, en el f. j. n.° 17, indica:

> [...] sin tener que abandonar la teoría de la unidad del título de imputación, se podrá fundamentar una ruptura formal del título de imputación en el caso del delito de parricidio, si se entiende que en dicho delito la cualidad (del sujeto activo) prevista en el tipo penal, en realidad, no estaría relacionada con el injusto (no existiría una relación directa de ella con el bien jurídico) sino con la culpabilidad del agente; por lo tanto, tal cualidad tiene que ser siempre "incomunicable" en el sentido del art. 26

2 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 370.

> C.P. Entonces, los tipos penales peruanos de "parricidio" [...] solamente supondrían tipos penales de "homicidio" con culpabilidad agravada y atenuada respectivamente en función de cualidades colocadas en tipos penales formalmente independientes, pero que prevén un marco penal específico para la mayor o menor culpabilidad de los intranei; para los extranei deberían ser de aplicación el marco penal de los tipos comunes subyacentes.

En ese contexto, podemos afirmar, que la parte in fine del art. 400 del CP, cuando hace alusión al funcionario o servidor público, en este extremo, nos encontramos ante una circunstancia agravante especifica que intensifica la punibilidad, agravando el injusto penal, más no así fundamentándolo, por lo tanto se trataría, en este extremo, de un delito común operando con una circunstancia agravante especifica.

1.2. Sujeto pasivo

El Estado, sin lugar a dudas, resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", de la misma manera, conforme se viene indicando reiteradamente, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Casación N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a los elementos referentes a la conducta, se tiene los supuestos típicos y los indicadores configurativos, esto es, la clase de delito y la forma de ejecución, conforme se explica en las líneas venideras.

2.1. De los medios corruptores

El delito de tráfico de influencias, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo", "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito deviene en inexistente, por lo tanto, la identificación de los mismos, resultan ser determinantes para configurar el tipo penal aludido. Por otro lado, conforme se viene postulando en otros capítulos respecto a los delitos de corrupción de funcionarios, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de RAMOS MEJÍA, quien indica, respecto al concepto de dádiva:

> Cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[3].

3 RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, ob. cit., p. 81.

2.1.1. Del donativo

La RAE, conforme aparece explicado precedentemente[4], indica que la palabra donativo, proviene del latín "*donatīvum*", por lo tanto, significa, "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". De manera complementaria, el profesor ABANTO VÁSQUEZ, indica:

> Es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[5].

Siendo así, podemos concluir, conforme aparece asumida dicha tesis en todos los delitos de corrupción funcionaria, la "*dádiva*", puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble.

2.1.2. De la promesa

Según la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior[6], indica, que proviene del latín, *promissa*, situación que implica, "Expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades". En ese sentido, "prometer", implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, se puede advertir, que el legislador, optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

Respecto al presupuesto citado, se advierte una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

El profesor Sebastián SOLER, indica algo de sumo interés y apropiado para la temática, dicha autor precisa:

> Para determinar la existencia de un beneficio suele apelarse a criterios objetivos y subjetivos, el último de los cuales tiene, por cierto, mayor amplitud, pues de acuerdo con él se puede prescindir de considerar la naturaleza del don y su monto, para comprender todo aquello que el sujeto se representa como algo codiciable[7].

4 Véase a detalle el análisis del delito de cohecho pasivo propio.
5 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 433.
6 Véase el delito de cohecho pasivo propio.
7 SOLER, Sebastián, "Cohecho", en *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de Derecho Penal Especial*, ob. cit., p. 161.

En ese sentido, la ventaja o beneficio indebido, al responder a una técnica legislativa abierta, operará como medio corruptor, en la medida que tenga naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales o personales, forman parte de dicho conglomerado de beneficios.

2.2. De los elementos descriptivos

El tipo penal, presenta una diversidad de elementos típicos, entre ellos, las influencias reales e influencias simuladas, las cuales serán analizadas en las líneas siguientes.

2.2.1. De las influencias reales

El concepto de "influencia", según la RAE, en puridad, proviene del latín, *influens, -entis,* dicha terminología, de naturaleza eminentemente óntica, nos crea una situación con significado peculiar, "acción y efecto de influir. Poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otraspersonas o para intervenir en un negocio.Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puedeobtener una ventaja, favor o beneficio". ROJAS VARGAS, respecto a la temática, indica:

> El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo por sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados[8].

En ese sentido, podemos advertir, irremisiblemente, a la existencia de una determinación o influjo desplegada por una persona a favor de otra u otras, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello, con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación. Por lo tanto, respecto a las influencias reales, la terminología *"real"*, implica que el influjo tiene que ser objetivamente demostrable, es decir, que exista la evidencia palmaria o verificable que el agente delictual efectivamente tiene influencias sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En términos similares, PEÑA CABRERA FREYRE, indica: "Se dice en el enunciado normativo que la influencia puede ser "real", es decir, el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable"[9].

2.2.2. De las influencias simuladas

Con relación a las influencias simuladas, teniendo en consideración el mismo influjo psíquico desplegado por el traficante de influencia, quien impronta la determinación o influjo a favor de otra u otras personas, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello, con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación. Por lo tanto, respecto a las influencias *"simuladas"*, se advierte que el agente delictual, no cuenta con el poder o capacidad para obtener la pretensión espuria presentada al comprador de la influencia, por lo tanto, el agente delictual crea

8 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 559.
9 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 597.

un escenario fantasioso, propio de un ardid o engaño, pretendiendo generar convicción en el comprador de la influencia de tener influencias sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En términos similares, MOLINA ARRUBLA, indica:

> Basta con que el agente delictual haga aparecer como existente lo que en realidad no existe para que se configure la conducta como delictual, vale decir, basta con que ante el interesado en la obtención del favor haga aparecer como que él tiene la capacidad de manipular la voluntad del servidor público que tiene a su cargo resolver el asunto que le interesa al comprador, en la forma y términos en que a este último le interesa y le conviene, así ello no sea cierto[10].

2.2.3. Del interés en beneficio de un tercero

El delito de tráfico de influencias, precisa las cláusulas, respecto al destinatario del medio corruptor, precisándose que puede ser para sí o para un "tercero", quien siempre aparece vinculado con el agente delictual, en ese sentido, pretendo entender que dicha técnica, similar al delito de negociación incompatible, no resulta ser casual o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de *participación necesaria o delito de encuentro*, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la calidad de autor, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso.

Por lo tanto, el tercero destinatario del beneficio indebido producto del ofrecimiento indebido de interceder a favor del funcionario o servidor público vinculado, funcionalmente, al expediente administrativo o judicial, en la medida que actué con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por lo tanto, deviene en pertinente los criterios jurisprudenciales fijados en la *Casación N.° 841-2015 Ayacucho*, en la cual se indica:

> [...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*.[11]

2.3. De los verbos rectores

El delito de tráfico de influencias, presenta determinados verbos, siendo el "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer", los mismos que serán analizados en las líneas venideras.

Respecto al verbo "invocar", la autoridad en la temática, esto es, la RAE, indica que el citado verbo, proviene del latín *invocāre,* lo cual significa, "llamar en solicitud de ayuda de manera formal o ritual. Acogerse a una ley, costumbre o razón"; en ese sentido, respecto a la temática expuesta, se puede advertir, que el sujeto delictual, aduce tener un poder o nivel de autoridad, influencia o injerencia sobre el funcionario

10 MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Santa Fe: Leyer, 2000, p. 382 citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 597.

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Casación N.° 841-2015- Ayacucho,* Lima: 24 de mayo del 2016, f. j. n. ° Vigésimo Octavo.

o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, por lo tanto, ofrece interceder ante él, obteniendo a cambio el medio corruptor.

Respecto al verbo "tener", la citada entidad académica autorizada en el tema, indica, que el citado verbo proviene del latín *tenēre,* significando, "asir o mantener asido algo, *poseer,* tener en su poder", por lo tanto, respecto a la temática materia de análisis, el sujeto cualificado, el vendedor de influencias, aduce, afirma poseer o portar la suficiente influencia, real o simulada, frente al funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, todo, con la única finalidad, conforme aparece registrado en el tipo penal, de obtener el medio corruptor a cambio de ofrecer interceder ante el sujeto cualificado que conoce la pretensión del comprador de influencia.

Con relación al verbo "recibir", en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre,* es decir, "Dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, en el cual aparece evidenciado el pacto venal, todo ello, orientado al ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido.

Respecto al verbo "dar", según la RAE, proviene del latín, *dare,* por lo tanto, implica, "donar, entregar, Ofrecer materia para algo", en ese sentido, respecto al delito de tráfico de influencias, el legislador, utiliza la técnica de redacción, "hacer dar", situación que implica que el vendedor de influencias, en mérito al contundente influjo impreso en el comprador de influencias, logra que éste último, entregue el medio corruptor a favor del mismo traficante o de un tercero, todo ello, producto del ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido.

Con relación al verbo *"prometer"*, la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior[12], indica, que proviene del latín, *promissa,* situación referente a un escenario futuro, es decir, en términos de la citada entidad: "expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo. Persona o cosa que Promete por sus especiales cualidades". Por lo tanto, traslado el concepto al escenario concreto, se advierte que el traficante de influencias, en mérito al contunden influjo, respecto al peso de la influencia (real o simulada) generado por el ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido, logra que el comprador de influencias, prometa entregar, en tiempo futuro, el medio corruptor.

2.4. De los supuestos típicos

El delito analizado, tiene un panorama variopinto, respecto a las modalidades típicas, siendo las siguientes:

12 Véase el delito de cohecho pasivo propio.

2.4.1. Del primer supuesto típico

Encontramos los siguientes supuestos típicos:

i. Respecto a los verbos "invocar" y "recibir" influencias reales

   a) El traficante, invoca influencias reales, recibiendo para sí, 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.

   b) El traficante, invoca influencias reales, recibiendo para otro, 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.

ii. Respecto a los verbos "invocar" y "recibir" influencias simuladas

   a) El traficante, invoca influencias simuladas, recibiendo para sí, 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.

   b) El traficante, invoca influencias simuladas, recibiendo para otro, 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.

iii. Respecto a los verbos "tener" y "recibir" influencias reales

   a) El traficante, tiene influencias reales, recibiendo para sí, 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.

   b) El traficante, tiene influencias reales, recibiendo para otro, 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.

iv. Respecto a los verbos "tener" y "recibir" influencias simuladas

   a) El traficante, tiene influencias simuladas, recibiendo para sí, 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.

   b) El traficante, tiene influencias simuladas, recibiendo para otro, 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.

2.4.2. Del segundo supuesto típico

Tenemos los siguientes supuestos típicos:

i. Respecto a los verbos "invocar" y "dar" influencias reales

   a) El traficante, invocando influencias reales, hace dar para sí, 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.

   b) El traficante, invocando influencias reales, hace dar para otro, 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.

ii. Respecto a los verbos "invocar" y "dar" influencias simuladas

   a) El traficante, invocando influencias simuladas, hace dar para sí, 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.

   b) El traficante, invocando influencias simuladas, hace dar para otro, 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.

iii. Respecto a los verbos "tener" y "dar" influencias reales

   a) El traficante, teniendo influencias reales, hace dar para sí, 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.

   b) El traficante, teniendo influencias reales, hace dar para otro, 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.

iv. Respecto a los verbos "tener" y "dar" las influencias simuladas

   a) El traficante, teniendo influencias simuladas, hace dar para sí, 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.

   b) El traficante, teniendo influencias simuladas, hace dar para otro, 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.

2.4.3. Del tercer supuesto típico

Se advierten los siguientes supuestos típicos:

i. Respecto a los verbos "invocar" y "prometer" influencias reales

   a) El traficante, invocando influencias reales, hace prometer para sí, 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.

   b) El traficante, invocando influencias reales, hace prometer para otro, 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.

ii. Respecto a los verbos "invocar" y "prometer" influencias simuladas

   a) El traficante, invocando influencias simuladas, hace prometer para sí, 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.

   b) El traficante, invocando influencias simuladas, hace prometer para otro, 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.

iii. Respecto a los verbos "tener" y "prometer" influencias reales

   a) El traficante, teniendo influencias reales, hace prometer para sí, 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.

   b) El traficante, teniendo influencias reales, hace prometer para otro, 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.

iv. Respecto a los verbos "tener" y "prometer" influencias simuladas

   a) El traficante, teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí, 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.

   b) El traficante, teniendo influencias simuladas, hace prometer para otro, 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.

2.5. Clase de delito

El delito de tráfico de influencias, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho, esto es, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer"; en ese sentido, será un delito de mera actividad, por cuanto, los mencionados verbos rectores son de comisión instantánea, por lo tanto, resulta irrelevante, para efectos consumativos, si el traficante de influencias, cumple el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

De la misma forma, considerándose la técnica de redacción, respecto a la conducta del traficante de influencias, quien "ofrece interceder" ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, ante ello se puede advertir con meridiana claridad que la técnica legislativa, condiciona el supuesto de hecho a un tiempo futuro, dicha técnica resulta ser coherente con los delitos de peligro abstracto, buscándose adelantar la barrera de punibilidad, por cuanto, por criterios de política criminal, se pretende proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal. De la misma forma, la doctrina extranjera y nacional, indica que el delito aludido resulta ser, delito de mera actividad y de peligro abstracto, así tenemos las afirmaciones de VILLADA, quien indica:

> No requiere que en ningún modo de los casos se obtenga el fin propuesto. O sea, ni que se pague efectivamente, ni que el funcionario, (a quien se destina los dineros) se deje influenciar, ni que haga o deje de hacer o retarde (en cualquiera de ambos párrafo) por indicación del cohechado. Es una figura de peligro abstracto, de mera conducta, que no requiere causar daño externo alguno[13].

En términos similares, PEÑA CABRERA FREYRE indica:

> Como todo delito de peligro, la relevancia jurídico penal de la conducta, no solo debe valorarse exante, sino también expost; por lo tanto, la idoneidad del medio debe medirse en términos de aptitud lesiva, esto es, la posibilidad efectiva de poder afectar el bien jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico es la administración pública y no el patrimonio del titular interesado, pues el suyo no resulta protegido ni por el Derecho penal ni por las demás ramas del ordenamiento jurídico, en la media que se trata de un acto jurídico ilícito, por ende, no ampara por el derecho positivo vigente[14].

La argumentación expuesta, aparece aceptada por el sistema jurisprudencial, así tenemos:

> El tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, para el cual es irrelevante que se verifique si se ha producido o no la influencia efectiva sobre los funcionarios públicos; basta que los intervinientes en el hecho punible tengan la capacidad material para perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del funcionario que tiene conocimiento del caso judicial o administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a dichos bienes jurídicos institucionales[15].

---

13 VILLADA, Jorge, *Delitos contra la administración pública*, Córdoba: Advocatus, 2005, p. 275.

14 PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 598.

15 Cfr. Sentencia, de fecha 18 de Julio del 2013, emitida en el Expediente N.° 00193-2012-9-1826-JR. PR-03, correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Véase en REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2017, p. 1013.

De manera complementaria, se tiene otro criterio jurisprudencial, siendo:

> Nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito, Por ello [...] el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad (sic) sustantiva [...] la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación [16].

Por otro lado, en sentido adverso SALINAS SICCHA citando a ABANTO VÁSQUEZ, indica:

> El delito de tráfico de influencias tal como está regulado en nuestro sistema jurídico, se perfecciona o consuma con la sola promesa del traficante ante el tercero interesado, aunque luego aquel no cumpla su compromiso. Sin embargo, este aspecto de modo alguno puede llevar a concluir que estamos ante un delito de mera actividad, pues el agente necesariamente requiere que el tercero interesado le haga la promesa para actuar. Si el agente –traficante no logra que el tercero interesado le realice expresa o tácitamente la promesa de entregarle una ventaja indebida, todos los actos anteriores constituirían tentativa[17].

En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica:

> No es suficiente que la mera influencia alegada por el sujeto activo sea real o que el ofrecimiento que hizo para interceder en el caso sea efectivamente realizado. [...] Por ello, el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intersección, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación[18].

2.5.1. De la naturaleza del delito de tráfico de influencias

Según la redacción de los tipos penales de nuestro CP vigente, se advierte la existencia de algunos tipos según *la pluralidad de intervinientes,* dicha clasificación contiene dos clases de tipos penales, siendo:

i. Delitos de convergencia.- Exigen la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección[19]. Asimismo GARCÍA CAVERO, indica que dichos delitos demandan que la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afectación al bien jurídico[20], ejemplo de ello, se tiene los delitos de asociación ilícita y rebelión, previstos en los arts. 317 y 346 del CP.

ii. Delitos de participación necesaria.- Estos delitos son conocidos también como *delitos de encuentro*, por cuanto las `sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo empero dichos intervinientes se encuentran en lados opuestos, sin embargo, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión al bien jurídico.

16 Cfr. Sentencia, de fecha 26 de abril del 2013, emitida en el Expediente N.° 00172-2011, correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Véase en REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal,* ob. cit., p. 1014.

17 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 700.

18 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal,* ob. cit., p. 1014.

19 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano,* ob. cit., p. 67

20 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 313.

El profesor ABANTO VÁSQUEZ- citado en el "Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública"[21]. Nos muestra dos supuestos que pueden darse en los delitos de participación necesaria, siendo:

a. *Supuestos en los que el interviniente necesario es el titular del bien jurídico protegido por el delito:* Este supuesto se caracteriza por cuanto el tipo penal persigue, precisamente, la protección del interviniente necesario, es decir, presupone para su configuración alguna conducta de la víctima. En estos casos, la doctrina penal es unánime al sostener que el interviniente necesario nunca responderá penalmente como partícipe del delito, ejemplo de ello se tiene el delito de violación sexual previsto en el art. 170 del CP.

b. *Supuestos en los cuales el delito de encuentro favorece al interviniente necesario:* La persona que es interviniente necesario en el delito se beneficia de la conducta del autor. En estos supuestos, para saber si el interviniente responde penalmente o es impune hay que diferenciar dos tipos de casos:

   — *Cuando la ley penal sanciona la conducta del interviniente necesario a través de un tipo penal específico, debe aplicarse el tipo penal específico que sanciona al interviniente como autor,* es decir, se deja impune al interviniente como partícipe de un delito, pero se le sanciona como autor de otro especialmente pensado para sancionar su conducta, ejemplo de ello se tiene el delito de cohecho activo genérico previsto en el art. 393 del CP.

   — *Los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal.* Estos han planteado algunos problemas de interpretación entre los jueces y la doctrina pues no queda claro si el legislador pretendió dejar impune su conducta o, simplemente, quiso que se les aplicaran, como a cualquier otro delito, las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la PG del CP (art. 23 CP y ss.), ejemplo de ello se tiene el delito de tráfico de influencias previsto en el art. 400 del CP.

2.5.2. Naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias respecto a la pluralidad de intervinientes

El delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro o de participación necesaria respecto a la clasificación de los tipos penales según la pluralidad de intervinientes, por cuanto existen mínimamente dos sujetos intervinientes en el hecho punible los cuales persiguen un mismo objetivo, estos sujetos son conocidos como "el traficante o vendedor de influencias" – por un lado- y "el interesado o comprador de influencias" – por otro lado-, sin embargo dichos intervinientes se encuentran en lados opuestos necesitándose

21 Véase, MONTOYA VIVANCO, Yvan; Rafael CHANJAN DOCUMET; Yvana NOVOA CURICH; Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ y Fany QUISPE FARFÁN, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, Lima: INDEHPUEP y PUCP, 2013, p. 47 y ss.

complementariamente para dar vida al injusto punible. En esa misma dirección argumentativa, REAÑO PESCHIERA, nos indica que el delito de tráfico es un delito de encuentro porque su dinámica comisiva exige el acuerdo de dos voluntades para consumarlo[22].

Bajo ese orden de ideas, la fundamentación material de dicho ilícito radica en la concurrencia de sujetos en el hecho punible, de modo tal que, al no existir uno de ellos, dicho ilícito penal es inexistente. Respecto a los supuestos de intervención delictiva respecto al interesado o comprador de influencias, tenemos que el delito de tráfico de influencias, a nuestro juicio, se enmarca únicamente en *los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal,* debiéndose recurrir en tal sentido—vía cláusula de remisión—a las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la PG del CP; bajo ese contexto, el interesado siempre deberá responder penalmente ya sea como cómplice primario e instigador según el caso concreto en la medida que haya generado un riesgo jurídicamente relevante, pero nunca podrá responder como autor o coautor[23].

2.5.3. La técnica de tipificación del delito de tráfico de influencias respecto al objeto de protección

El derecho penal tiene como función esencial, la protección de bienes jurídicos[24], dicha situación nos permite justificar el concepto material del delito, postura que es afín a los criterios de la antijuricidad material del delito[25], siendo esto así, existen posturas dispares respecto al objeto de tutela en este delito, para un sector de la doctrina extranjera, considera a la "imparcialidad en la función"[26] [27], por otro lado la doctrina nacional, considera que el bien jurídico genérico resulta ser el "recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa", y de manera específica "el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa"[28] [29], sin embargo para nuestra Corte Suprema resulta ser, "el prestigio y buen nombre de la administración pública".

---

22 REAÑO PESCHIERA, José, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias,* Lima: Jurista Editores, 2004, p. 49 y ss.

23 En ese mismo orden de ideas Manuel ABANTO VÁSQUEZ, quien indica que "autor solo puede ser el 'intermediario'; el interesado es 'partícipe necesario', pero nunca coautor, pues no es él quien 'invoca' ni 'ofrece interceder'"; sin embargo, es necesario precisar que el citado autor, concluye que, "El interesado que compra la 'influencia' no responderá usualmente corno 'partícipe' de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el 'tráfico' y los actos que colaboran con este tráfico, es decir la parte de la 'venta de la influencia'; para la parte de la 'compra de la influencia' no se ha previsto nada específico. Sin embargo, si su contribución rebasa el 'mínimo necesario', hay doctrina que justificaría su punibilidad como 'inductor' [...]". Véase, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano,* 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003, pp. 535 y 536.

24 GRACIA MARTIN, Luis, *Fundamentos de dogmáticos penal, una introducción a la concepción de la responsabilidad penal,* Lima: Idemsa, 2005, p. 67 y ss.

25 CHAPARRO GUERRA, Ayar, *Fundamentos de la teoría jurídica del delito,* Lima: Grijley, 2011, p. 126.

26 CLEMENTE, José y Carlos I. RÍOS, *Cohecho y Tráfico de influencias,* Córdova: Lerner, 2011, p. 88 y ss.

27 MIR PUIG, Carlos, *Comentarios a los delitos contra la administración pública,* 1.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 120.

28 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit., p. 597.

29 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 785.

Bajo este contexto expositivo, todas las posturas señaladas concuerdan que el bien jurídico es de corte institucional mas no así personalísimo por cuanto el objeto de tutela está orientado al sistema de administración pública o jurisdiccional, razón por la cual el único titular del bien jurídico siempre será el estado en razón de la institucionalidad del interés, dicha postura viene siendo asumida —conforme señala SALINAS SICCHA[30]— por nuestra Corte Suprema en el Expediente 06-2007-A.V, (caso *Palacios Villar*), de modo tal que *el interesado o comprador de influencias nunca será agraviado* por cuanto es imposible que asuma la titularidad del bien jurídico por la naturaleza institucional[31] de este, de la misma forma, en el supuesto que fuera engañado por el "traficante" mediante la modalidad de *bendita di fumo* o "venta de humo", tampoco resultaría agraviado, por cuanto el derecho penal protege bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro se da dentro de un contexto de licitud respecto al agraviado mas no así cuando éste incrementa un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal, abandonando la esfera de protección que le otorga el sistema legal en su condición de agraviado, transándose a un plano de imputado por haber defraudado expectativas sociales, es decir, lesionado bienes jurídicos.

2.6. Forma de ejecución

El delito de tráfico de influencias, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer", subsecuentemente, no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, es decir, no es posible que el delito aludido pueda ejecutarse por omisión propia, por cuanto, el tipo penal citado, no registra expresamente dicha modalidad, situación necesaria para su admisión.

Por otro lado, la omisión impropia, no podría invocarse en el delito de tráfico de influencias, por cuanto, si bien es cierto la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso[32], empero dicha figura, solo opera en la medida que el tipo penal analizado su estructura corresponda a los señalamientos de un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio y tiempo", situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba.

---

30 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit, p. 605 y ss.

31 Véase, VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de bien jurídico y el principio del daño", en HEFENDEHL, Roland (coord.), *Teoría del bien jurídico, ¿ Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons,2007, p. 37 y ss

32 En términos similares, MUÑOZ CONDE, indica "[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase, en MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4.ª ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2000, pp. 274-275. Citado por BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 252.

3. Elementos concomitantes

El delito de tráfico de influencias, contiene diversos supuestos que forman parte del tipo objetivo además de los supuestos analizados líneas arriba, entre ellos, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

Según, ROJAS VARGAS, "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"[33]; de la misma forma, el Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116, respecto al rubro de tráfico de influencia simulada, indica que el bien jurídico específico, resulta ser el *buen nombre de la administración pública*[34].

Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[35], por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección, resulta ser conforme indica, SALINAS SICCHA:

> [...] El prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400° del Código Penal, le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias[36].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Conforme aparece indicado en diversos apartados, los criterios de imputación objetiva, dicha institución, tendrán presencia y compatibilidad según la naturaleza del delito, es decir, en la medida que el delito mantenga el binomio "espacio-tiempo", baremo propio de los delitos de resultado.

La institución jurídica aludida, es ajena a la estructura del delito de tráfico de influencias, por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer"; el citado delito, según la conducta, resulta ser delito de mera actividad, por lo tanto, los criterios de imputación objetiva, son ajenos por la carencia del baremo espacio-temporal, sin embargo, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto, cierto sector de la dogmática jurídico penal, viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad[37].

---

33 *Ibíd.*

34 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116*, Lima: 2 de octubre del 2015. Véase el f. j. n.° 17.

35 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir,* ob. cit., p. 161.

36 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit, p. 683.

37 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Reppertor, 2015 y MODOLELL GONZÁLEZ, Juan, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Política Criminal,* vol. 11, Talca: diciembre del 2016.Recuperado de <https://bit.ly/2HutbZN>.

IV. TIPO SUBJETIVO

Concordamos con la posición de ROJAS VARGAS, citado por SALINAS SICCHA, que señala lo siguiente:

> El delito de tráfico de influencias se perfecciona solamente por dolo directo, *ya que el agente —al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder—está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con ánimo de obtener ventaja*[38].

V. ITER CRIMINAL

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene diversas etapas las cuales serán analizados en las líneas venideras.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, pertenecen a la fase externa del camino delictual, de la misma forma tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que, por mandato del legislador aparezcan típicamente señalados, sin embargo, dicho supuesto no obra en el delito de tráfico de influencias.

2. Tentativa

La tentativa existe en la medida que el tipo penal pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal", empero dicho supuesto deviene en inexistente, por cuanto, conforme se viene sosteniendo, el delito de tráfico de influencias, resulta ser un delito de mera actividad.

3. Consumación

El delito de tráfico de influencias, pertenece a la categoría de los delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca al comprador de influencias, interceder a favor del funcionario o servidor público vinculado a la competencia del expediente administrativo o judicial, según el caso concreto. En términos similares, ROJAS VARGAS, quien indica:

38 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., ob. cit., p. 607.

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[39].

4. Agotamiento

La forma agotada, opera en la medida que, habiéndose concretado el pacto espurio, entre el traficante y el comprador de la influencia, el traficante, obtiene el medio corruptor o en su defecto cumple el ofrecimiento de interceder con el funcionario o servidor público vinculado a la competencia del expediente administrativo o judicial. Es necesario precisar que, en el caso de llegarse a concretar el ofrecimiento, esto es, el traficante de influencias logra contactar con el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo y este último acepta la pretensión ilegal del traficante, estaríamos ante el delito de cohecho pasivo específico, respecto al funcionario o servidor público, en la medida que este último acepte, reciba o solicite el medio corruptor en el ejercicio de sus obligaciones funcionariales, y respecto al traficante, debería responder por el delito de cohecho activo específico, por lo tanto, en este extremo, el delito de tráfico de influencias resultaría ser el acto preparatorio punible del delito de cohecho pasivo específico, según cada caso concreto.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de tráfico de influencias exige considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Las formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, por lo tanto, existiría *autoría directa*, en la medida que el sujeto no cualificado domine la acción delictual, *autoría mediata,* respecto al dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría,* en la medida que existe pluralidad de intervinientes con codominio funcional del hecho, la tesis expuesta es afín a los delitos de dominio.

El delito de tráfico de influencias, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la *autoría directa,* es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto no cualificado, esto es, traficante de las influencias reales o simuladas, quien dominando el curso causal delictual, por sí mismo, habiendo invocado o teniendo las 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.

Respecto a la *autoría mediata*, conforme se viene sosteniendo en los diversos apartados, no resulta posible su admisión en el delito de tráfico de influencias, por cuanto, al ser considerado dicho ilícito como delito de mera actividad, el alto nivel personalísimo,

39 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* ob. cit., p. 374.

impuesto por la técnica legislativo en la redacción de los verbos rectores, nos advierte la ejecución directa del autor, diluyendo la posibilidad de instrumentalizar a un tercero.

Con relación a la *coautoría*, de la misma forma que el supuesto anterior, no sería posible por el criterio personalísimo impuesto por los verbos rectores, propio de un delito de mera actividad.

2. Formas de participación

Conforme se viene sosteniendo en anteriores capítulos, la participación delictual, aparece fijada en el art. 24 y 25 del CP, esto es, instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la *complicidad,* será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, sea coadyuvando a la creación de un escenario ficticio, respecto a la figura de influencias simuladas o en su defecto, reforzando en plan criminal del autor frente al comprador de influencia, respecto al ofrecimiento de la influencia, según el caso concreto.

De la misma forma, respecto al destinatario del medio corruptor, esto es, el "tercero", quien siempre aparece vinculado con el agente delictual, deberá responder como cómplice primario del delito de tráfico de influencias, en la medida que con anterioridad o al momento de la comisión delictual tenga conocimiento del escenario ilícito, por cuanto en este extremo, estaríamos ante una modalidad delictual de *participación necesaria o delito de encuentro.*

Por otro lado, será *instigador,* el sujeto que determina al autor directo, creando o gestando la idea criminal en él, con la finalidad que presente el ofrecimiento, real o simulado, de la influencia respecto al tercero, comprador de la influencia. Finalmente, conforme se viene sosteniendo, la participación delictual (complicidad e instigación) deberá ser analizada, según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa y cuantitativamente.

2.1. La problemática del interesado en el delito de tráfico de influencias según el Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CJ-116

De conformidad con el Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre del 2015, nuestra Corte Suprema a través de las Salas Penales Permanente y Transitoria, señalan —por unanimidad— como doctrina legal que, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado como instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico[40], de la misma forma, se afirma categóricamente que el

40 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 11, que a la letra dice:
En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de

comprador de influencias en el caso que el traficante de influencias oferte la influencia ilegal al comprador o interesado, este último nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del art. 25 del CP, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia[41].

2.1.1. De la tesis de punición del interesado en el delito de tráfico de influencias

Ante los postulados expuestos por el Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116, y en sentido contrario, afirmamos la punición del "interesado" o "comprador de influencias" en el delito previsto en el art. 400 del CP, ante ello, presentamos los criterios que sustentan nuestra tesis:

2.1.1.1. De la unidad del injusto penal

La conducta típica y antijurídica, es concebida, por el legislador como un solo accionar que contiene la norma prohibitiva o *neminen laedere*[42], dirigida a todos los ciudadanos como el mensaje propio de una política de prevención negativa, la misma que se manifiesta como el deber general de "no dañar". En ese sentido, tanto el autor como el partícipe de un delito infringen el deber general negativo de todo ciudadano, aunque

---

influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

41 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116,* Lima: 2 de octubre del 2015, f. j. n.° 8, que a la letra dice:
[...] Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

42 La conducta del ser humano en sociedad se encuentra determinada por deberes y derechos, en ese orden de ideas existen diversos deberes, entre ellos tenemos los deberes negativos y los positivos, los cuales se configuran como dos instituciones fundamentales que constituyen la estructura en la cual es posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona. Por un lado, se encuentra la institución negativa (deberes negativos) cuyo fundamento proviene del principio iusfilosófico *neminen laedere* y, por otro, la institución positiva (deberes positivos) que se sustentan en la responsabilidad institucional y en la solidaridad para el caso de la omisión de socorro, en ese orden. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El delito de omisión: concepto y sistema,* 2.ª ed., Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2003, p. 478.

con una menor intensidad en el caso del partícipe por haber tenido un dominio del riesgo prohibido cuantitativamente menor[43], en ese mismo pensamiento, tenemos el R. N. N.° 3203-2002 Lima[44], R. N. N.° 546-2012 Lima[45].

La doctrina extranjera autorizada viene asumiendo mayoritariamente la tesis de la unidad del injusto penal, tesis que se encuentra vinculada a la teoría de la accesoriedad de la participación, por cuanto, quien considera el carácter accesorio de la participación, se obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en el mismo"[46]. Siendo esto así, la conducta delictual vinculada al delito de tráfico de influencias, deberá ser considerada como un solo acto delictual que contiene un solo injusto penal, en el cual intervienen tanto el traficante de influencias como el interesado y ambos lesionan el deber negativo general de "no dañar" los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, en este caso, el prestigio y buen nombre de la administración pública.

2.1.1.2. La comunicabilidad del injusto penal respecto a los intervinientes en el hecho punible

Conforme se señaló, tanto el autor como el participe se encuentra comunicados con el injusto penal, por lo tanto, las circunstancias y cualidades personales propias de los autores son los únicos presupuestos que no se comunican a los demás autores y participes del hecho punible. Esta afirmación tiene pleno sustento en nuestro ordenamiento jurídico penal, por cuanto, el accionar de los autores y participes se encuentran ligados al hecho punible, según lo señalado por nuestro legislador en los art. 23, 24 y 25 del CP.

Bajo dicha descripción, es necesario precisar, que el término "hecho punible", resulta ser una categoría jurídica que responde a los esquemas de un derecho penal de

---

43 En términos similares, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 583 y ss.

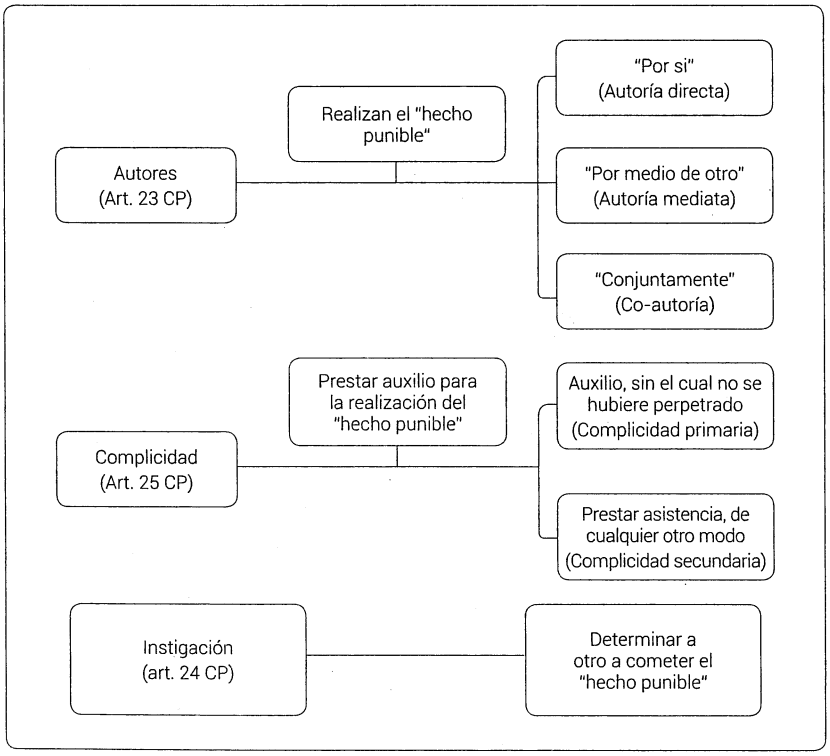
44 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Nulidad N.° 3203-2002-Lima*, Lima: 14 de enero del 2003.
La ausencia en el agente de las cualidades especiales que requiere el tipo penal, no es amparable por el juzgador, en orden a la vigencia del principio de accesoriedad limitada que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal, por el que las condiciones personales del autor vinculadas al injusto se transmiten a éste en su calidad de participe

45 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Nulidad N.° 546-2012-Lima*, Lima: 6 de mayo del 2013.
[...] La partición de *extraneus* en el delito de peculado y del juicio de imputación, es de rigor puntualizar: **1)** El delito de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administración de caudales o efectos, sino que se requiere de un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada. 2) *Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación* [...]

46 DIEZ RIPOLLES, José y Luis GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1.ª ed., Madrid: Tirant lo Blanch, 1993, p. 163. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Madrid: Tirant lo Blanch, 1993 p. 163. GÓMEZ MARTIN concluye que la problemática referida al título de imputación por el que debe responder el *extraneus* en un delito especial impropio se resuelve a favor de la teoría unitaria por varios argumentos, entre los que destaca la vulneración de los principios. GÓMEZ MARTIN, Víctor, *La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales*, p. 447, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo; Enrique PEÑARANDA RAMOS; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES; María Ángeles RUEDA MARTIN; Víctor GÓMEZ MARTIN y Eduardo JAVIER RIGGI, *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad,* Montevideo- Buenos Aires: IB de F, 2014, p. 234 y ss.

acto, en la cual la conducta humana resulta ser el soporte del edificio jurídico de la teoría del delito, este accionar, viene siendo —*mayoritariamente en el Perú*—entendido como un hacer o un dejar de hacer bajo la *fenomenología naturalistica* del delito, conforme se evidencia del artículo VII del TP del CP, en el cual se señala que esta proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva.

Aunado a lo expuesto, la comprensión del hecho punible también se encuentra vinculada al accionar típico o antijurídico, es decir al concepto de injusto penal, conforme señala en términos similares, REYES ECHANDÍA, "hecho punible significaba hecho típico y antijurídico"[47], y dado a que la imputabilidad se entendía como capacidad del sujeto para ser sometido a pena. Respecto a las categorías de autoría y participación, se viene asumiendo la concepción de la teoría del dominio del hecho, pero bajo una concepción ontológica "del ser" en armonía de las categorías "naturalisticas del delito" conforme lo ha deja sentado nuestra Corte Suprema en la Cas. N.° 367-2011 Lambayeque, ante ello graficamos las ideas en los siguientes términos:



Según lo señalado, la conducta desplegada por los partícipes en el delito de tráfico de influencias, están ligadas al hecho punible, es decir, a la conducta típica y antijurídica propia del injusto penal que contiene la norma prohibitiva propia del deber negativo

47 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La imputabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 283 y ss.

general de "no dañar", mas no así, dichas conductas están ligadas al autor, por esta razón, a nuestro juicio, los lineamientos del Acuerdo Plenario N.° 03-2015- CIJ-116, están errados, por cuanto hacer depender la "determinación" y "la prestación del auxilio", propios de la instigación y complicidad respectivamente, del autor [48], implica otorgarle al principio de accesoriedad un contenido diferente a su esencia, conforme indica Enrique BACIGALUPO, dicho principio implica que la participación quiere decir, entonces, dependencia del *hecho* de los partícipes respecto del *hecho* del autor o autores[49].

No deseo pasar por alto, el desarrollo que viene realizando recientemente el Supremo Tribunal Español respecto a la intervención de los partícipes en el hecho punible, relativizando el principio de accesoriedad de la participación y regresando al principio de "accesoriedad objetiva", implicando que no es necesario que algún sujeto intranei sea castigado para sancionar a los extranei, en un supuesto de delito fiscal, es decir en un caso concreto, el Supremo Tribunal Español, absolvió a los intranei que venían siendo imputados en calidad de autores pero se condenó como inductor al extranei que habia diseñado y planificado cuidadosamente la operación defraudatoria, según las sentencias, STS 606/2010 y STS 539/2003, de fechas 25 de junio del 2010 y 30 de abril del 2004, respectivamente. De la misma forma, en la sentencia STS 222/2010, de fecha 4 de marzo del 2010, en la cual se condenó al participe *extranei* como inductor del delito especial propio de prevaricato, pese a la expresa absolución del acusado como autor[50].

Según el panorama expuesto, tanto el *principio de accesoriedad limitada y/o principio de accesoriedad objetiva*, concluyen que el accionar de los intervinientes en el hecho delictual, autores y participes, se encuentran ligados al hecho punible, es decir, al injusto penal y no con el autor en sí mismo.

2.1.1.3. La técnica de tipificación de los delitos fijados en la parte especial del Código Penal fue redactada únicamente para autores y no para participes

Los tipos penales autónomos registrados en la parte especial, se caracterizan fundamentalmente por tener una técnica de tipificación, esto es, contienen relacionamente un orden, siendo: artículo, sujeto activo, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, evidencia de ello se puedo verificar cualquier delito, entre ellos el art. 400 del CP.

Aunado a ello, considerando el *iter criminal*, los tipos penales autónomos, fueron redactados observando únicamente la fase consumativa del delito, es decir, no existe en la parte especial del CP delitos tentados o delitos agotados, con excepción de los actos preparatorios en la medida que estos sean punibles expresamente, como resulta ser en el

48 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 03-2015-CIJ/116*, Lima: 2 de octubre del 2015, cons. n.° 7 que establece:
El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto respectivo de autor. Según este principio, el participe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, *el autor*.

49 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal parte general*, ob. cit, p. 487.

50 ROBLES PLANAS, Ricardo; Enrique PEÑARANDA RAMOS; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, María Ángeles RUEDA MARTÍN; Víctor GÓMEZ MARTÍN; Eduardo JAVIER RIGGI, *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, ob. cit., p. 355 y ss.

caso del delito de tráfico de influencias que es el acto preparatorio punible de los delitos de cohechos, según el caso específico.

Según este panorama, la autoría y participación, aparece como elementos de ampliación del tipo penal, es decir, al momento que el agente del derecho—abogado, fiscal o juez—, realice el juicio de subsunción concluyendo, de ser el caso, con una atribución jurídico penal, deberán recurrir obligatoriamente, vía cláusula de remisión, a la parte general, específicamente a los art. 23, 24 y 25 del CP, a efectos de identificar el centro de imputación y el grado de intervención delictual[51].

En esa concatenación de ideas, los conceptos de autoría —autor directo, mediato o coautor— y participación —complicidad necesaria e innecesaria— no se encuentran registrados en los tipos penales de la parte especial del CP. Precisándose, que el concepto de sujeto activo responde a una descripción formal utilizada en la parte especial del tipo penal para identificar al sujeto que realiza "fácticamente" la acción típica, empero el concepto de autor responde a un análisis material de atribución, por cuanto es perfectamente posible imputar "autoría mediata" o "coautoría" a pesar que dichos sujetos no realizaron "fácticamente" la acción típica, de la misma forma dicho razonamiento opera para los partícipes, entender lo contrario, implicaría exigir una técnica de tipificación "número clausus", es decir, la conducta del autor y partícipe deberían encontrase expresamente señaladas en el tipo penal de la parte especial, lo cual sería una exageración.

Habiendo concebido, que las reglas de imputación respecto al grado de intervención de los autores y participes del delito se encuentran reguladas en la parte general, entonces resulta coherente entender que los elementos descriptivos y normativos del tipo penal de cada delito se encuentra fundamentalmente ligado a la norma prohibitiva del deber general negativo de "no dañar" y no así a la formalidad descriptiva de la conducta realizada por el sujeto activo, entender lo contrario tendríamos que decir que ningún artículo de la parte especial admitiría los grados de participación, para citar un ejemplo básico, el delito de Homicidio simple previsto en el art. 106 del CP, señala expresamente "el que mata a otro", es obvio que el sujeto activo, entendido como autor directo, es el único que puede realizar formalmente el citado delito, empero conocemos que por técnica de remisión dicho artículo admite las diversas formas de autoría y participación a pesar que la técnica legislativa fue creada únicamente para el sujeto activo que cumple el verbo rector "matar".

Siendo esto así, resulta ser errada la idea de nuestros magistrados de la Corte Suprema, cuando señalan en la parte final del considerando octavo del Acuerdo Plenario *in comento*, al indicar:

51 En ese mismo orden de ideas, CARO JOHN, citando a JAKOBS, precisa: Los tipos penales de la parte especial se refieren más bien a un sistema de intervención, donde pueden converger perfectamente las aportaciones provenientes de una persona individual con las otras que obran conjuntamente pero en todo caso, está referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad de infringir la norma contemplada en el tipo penal. Esto es así porque cada interviniente, hasta el cómplice más secundario, tiene un poder de configuración sobre la realización del tipo.
Véase, CARO JOHN, José citado por BUTRÓN ZEBALLOS, Udelia; Luis CHAYÑA AGUILAR, Aldo CALCINA HANCCO; José Antonio CARO JOHN y otros, en *Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa*, Lima: Grijley, Lima, 2016, p. 35 y ss.

> [...]El Comprador o solicitante de influencias [...] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 CP, como persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancias.

El error se evidencia, en el sentido de hacer depender literalmente el aporte del interesado a los verbos rectores del tipo penal, esto es, "recibir", "hacer dar" o "prometer", por cuanto dichos verbos rectores nunca fueron creados para el participe, sino para el sujeto activo, conforme aparece en el delito de homicidio simple y cualquier otro tipo penal autónomo, sin embargo, conforme hemos venido indicando, la conducta del participe está ligada a la norma prohibitiva del deber negativo general de "no dañar", norma prohibitiva que le asiste a todo ciudadano para que no dañe los bienes jurídicos, esta norma se encuentra perennizada en el injusto penal o hecho punible a efecto que sujeto activo cumpla con ejecutar los elementos descriptivos del tipo penal, resultado lesivo que es comunicable a todos los intervinientes del injusto penal en mérito al principio de accesoriedad de la participación.

Finalmente, ante la pregunta planteada en nuestra realidad problemática respecto al hecho de negar la punición del "interesado" o "comprador de influencias" a título de cómplice primario en el delito de tráfico de influencias, podemos responder que no es correcto postular la absolución del interesado, por los argumentos expuestos y además por cuanto el aporte del interesado a título de cómplice primario, no resulta ser un aporte descriptivo ni literal propio de la morfología del art. 400 del CP, sino un aporte material, el mismo que será medido cualitativa y cuantitativamente.

2.1.1.4. De las conclusiones respecto a la punición del interesado en el delito de tráfico de influencias

Después de haber analizado la realidad problemática respecto a la punición del interesado en el delito de tráfico de influencias, surgen las siguientes conclusiones, las cuales expuestas en determinadas publicaciones ajenas a la presente.

a) En un delito de encuentro, existen dos únicas posibilidades concurrente por las cuales el participe no es responsable penalmente, siendo: a) Por técnica legislativa, el participe resulta favorecido al no haberse señalado expresamente su responsabilidad en el tipo penal. b) El participe resulta ser titular del bien jurídico lesionado. Ejemplo, los delitos de estafa, violación sexual, seducción, etc.

b) El delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro, por cuanto participan necesariamente dos sujetos, interesado y traficante de influencias, quienes intervienen en diferentes ángulos delictivos.

c) El interesado en el delito de tráfico de influencias deberá responde como instigador en la medida que este solicita al traficante la influencia venal frente al funcionario vinculado al expediente judicial o administrativo, debiendo ser dicha solicitud determinante, generando en el traficante la aceptación de la

propuesta venal, accediendo este último a cualquiera de los medios corruptores señalados en el art. 400 del CP.

d) El interesado en el delito de tráfico de influencias deberá responde como cómplice primario, en la medida que haya aceptado la oferta del traficante de influencias, ya sea en su vertiente real o simulada, por cuanto su aporte es necesario en la medida que su accionar está vinculado con los medios corruptores, dádiva, ventaja o beneficio.

e) La punición del partícipe a título de cómplice primario en el delito de tráfico de influencias, encuentra justificación jurídica en mérito a tres razones: a) No es el titular del bien jurídico tutelado, b) Su participación delictual se encuentra registrada en la primera parte del art. 25 del CP. c) Su participación delictual se encuentra comunicada con el injusto penal del art. 400 del CP y no así con el autor, por cuanto el injusto penal del delito de tráfico de influencias es único, es decir, se trata de un injusto de intervención y no de participación.

f) El aporte del interesado a título de cómplice primario, no resulta ser un aporte descriptivo ni literal propio de la morfología del art. 400 del CP, sino por el contrario, se trata de un aporte material, el mismo que será medido cualitativa y cuantitativamente.

VII. PENALIDAD

El tipo penal, presenta dos niveles penológicos, el primero en la medida que el vendedor de la influencia, 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, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Por otro lado, y en segundo nivel, el reproche aparece intensificado, esto es, en la medida que el vendedor de la influencia, ostente el cargo de funcionario o servidor público, en este caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2, y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO XV
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 401 CP)

El delito de enriquecimiento ilícito aparece registrado en el art. 401 del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 401.**
> El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
> Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
> Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. (Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22.10.16).

II. ANTECEDENTES

El tipo penal analizado tiene un considerable tracto de modificaciones y diversos antecedentes, conforme indica, Rojas Vargas, el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 401 del CP de 1991, en la legislación nacional, tiene su antecedente más inmediato en el art. 361-A introducido en el CP de 1924 por el D. Leg. N.° 121 de 1981. No obstante, continúa el citado autor, el texto original del art.401 del CP de 1991 ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas. La primera que se limitó a incorporar un segundo párrafo al texto original, se realizó por la Ley N.° 27482 del 15 de junio del 2001. La segunda modificación que cambió toda la estructura típica del hecho punible, se realizó por el art. 1 de la Ley N.° 28355 del 6 de octubre del 2004[1]. De la misma forma, se tiene por tercera vez, el art. 401 fue modificado por la Ley N.° 29703, del 10 de junio del 2011, para luego ser derogada en parte por la Ley N.° 29758, del 21 de julio del 2011. Por otro lado, se advierte una cuarta modificación según Ley N.° 30111, del 26 de noviembre del 2013. Finalmente se presenta una quinta modificación, según el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, del 22 de octubre del 2016.

1 Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 613.

III. TIPO OBJETIVO

El tipo penal materia de análisis tiene diversos elementos que vienen a dotarle de contenido, entre ellos tenemos:

1. Elementos referentes a los sujetos

El delito de enriquecimiento ilícito presenta diversos sujetos intervinientes en el escenario delictual, conforme se estable en los términos siguientes.

1.1. Sujeto activo

El delito analizado, desde la perspectiva de los delitos de dominio, exige un sujeto cualificado, es decir, funcionario o servidor público, por lo tanto, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, por lo tanto, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. En términos similares, REÁTEGUI SÁNCHEZ, indica: "En el primer párrafo del art. 401, solo serán considerados autores los funcionarios o servidores públicos, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el art. 425 del CP"[2].

1.2. Sujeto pasivo

Según SALINAS SICCHA, el "sujeto pasivo solo es el Estado, único titular del bien jurídico protegido como es el recto y normal funcionamiento de la administración pública"[3]. En ese sentido, el Estado resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "administración pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.º 23 de la Cas. N.° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta delictual, se tiene la presencia de diversos supuestos, así tenemos, determinado elementos típicos, los cuales serán analizados a continuación.

2.1. De los elementos típicos

Los principales elementos típicos de la conducta delictual aparecen determinados en tres niveles, conforme será explicada en las líneas siguientes.

---

2 REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados,* ob. cit., p. 574.

3 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit., p. 719.

2.1.1. Del abuso del cargo público

El tipo penal, por mandato legal, señala que el agente delictual cualificado, tiene que ostentar un cargo en la administración pública, dicha situación, resulta ser el primer escenario configurativo del tipo penal, por cuanto, en el caso que no exista tal designación funcionarial, el tipo penal deviene en inexistente.

Por otro lado, el tipo penal exige, que el sujeto cualificado, abuse de sus atribuciones propias del cargo, es decir, se comporte al margen de la normatividad que habilita la función pública. En ese sentido, el exceso de las funciones conlleva al agente delictual a otorgarle una finalidad distinta al cargo encomendado, distorsionando la función pública, sin embargo, es necesario precisar que dicho ejercicio abusivo no tiene afinidad con el abuso de las atribuciones previsto en el delito de abuso de autoridad, por cuanto en este delito, el agente delictual, si bien emite un acto funcional excediéndose de sus atribuciones, empero, dicho acto abusivo no busca enriquecerse con los cuales públicos, sino, por el contrario busca emitir un acto caprichoso o injusto[4].

De la misma forma, el abuso del cargo público, si bien aparece como elemento normativo del tipo, por cuanto exige un juicio de valoración para determinar su configuración, empero, también es cierto que dicho presupuesto típico no genera un deber de fomento específico sobre determinados bienes, efectos o caudales encomendados al sujeto cualificado, sino por el contrario, se advierte que el sustento de la norma prohibitiva inmersa en el supuesto de hecho, radica básicamente en el aprovechamiento del cargo público y no así en la administración de determinados bienes, situación que tendría reproche penal, por cuanto, es posible que el agente delictivo, teniendo dichos bienes, efectos o caudales públicos en administración, pueda aprovecharse de los mismos, usándolos o apropiándose, empero deberán subsumirse estos últimos hechos por el tipo penal específico, es decir, peculado de uso o peculado por apropiación, respectivamente y no así por el delito de enriquecimiento ilícito.

La tesis expuesta en las líneas precedentes responde a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, es decir, la figura delictiva materia de comentario podrá ser invocado en la medida que no exista tipo penal específico que subsuma integrante el hecho atribuido, todo ello, por cuanto el delito de enriquecimiento ilícito no goza de autonomía típica, toda vez que, conforme se advierte de su redacción, nos remite a la identificación del "abuso del cargo funcionarial", situación que permite colegir que se trataría de cualquier actividad funcional abusiva desplegada por el sujeto activo; dicha situación genérica mermaría, en la medida que se identifique la figura delictual especifica prexistencia, por lo tanto no se podría hablar de concurso delictual.

---

4 De manera complementaria, con la finalidad de diferenciar entre lo arbitrario y lo injusto, criterios propios de la conducta delictual de abuso de autoridad, los autores GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, invocado criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (Auto del 24 de octubre de 1976), indican: "lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad". GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del 2000*, 2ª. ed., Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 476.

En términos similares, ALADINO GÁLVEZ, señala, respecto al delito de enriquecimiento ilegal, que se estaría frente a supuestos de agotamiento del delito previamente cometido, en tal sentido, el posterior incremento patrimonial, aun cuando objetivamente realice el tipo del enriquecimiento ilícito resulta subsumido por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad[5].

Finalmente, en el supuesto hipotético que el agente delictual encontrándose operando en el cargo funcional, adquiera bienes muebles e inmuebles de procedencia ilícita, por haber participado en hechos punibles ajenos a la función pública, situación que permite el incremento patrimonial del agente delictual, dicho supuesto fáctico no tiene ninguna vinculación con el delito de enriquecimiento ilícito por la ausencia del elemento normativo exigido por el tipo penal, esto es, abusar del cargo funcionarial, situación que deberá ser subsumida en la figura especifica o en su defecto al delito de lavado de activos de darse el caso, es decir al encontrarse identificado los verbos rectores, esto es, conversión, transferencia, tenencia u ocultamiento, respectivamente y según cada caso concreto.

2.1.2. Del incremento ilícito del patrimonio

El tipo penal exige que el sujeto activo cualificado incremente su patrimonio de manera ilegal, al margen de la normatividad preexistente, dicha ilicitud aparece vinculada, siempre, en razón del cargo funcionarial, es decir, abusando de las atribuciones y prerrogativas que le otorga el estatus especial de funcionario o servidor público. En ese sentido, la técnica de tipificación, utiliza es escenario comparativo, considerando como indicador referencial los "ingresos legítimos" del sujeto activo, es decir, ingresos obtenidos por la actividad funcionarial y otros amparados por la ley, por ejemplo, ejercicio de la docencia, herencias, donaciones justificadas, rentas o utilizadas por alquiler de bienes, etc.; sin embargo, dichos ingresos aparecen sobredimensionados con manifiesta evidencia, en términos del articulado, incrementados notoriamente, sin existir una justificación técnica y objetiva, por cuanto, los ingresos precisados en la declaración jurada de bienes y rentas del sujeto activo, al momento de iniciar su actividad funcionarial, resultan ser ajenos al incremento, posterior, del patrimonio del sujeto activo.

2.1.3. De la forma agravada

El delito de enriquecimiento ilícito intensifica la penalidad y el reproche, en la medida que el sujeto activo ostente determinados cargos funcionariales de alto nivel, así tenemos, "[...] 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 [...]". En ese sentido, los cargos de alta dirección aparecen precisados por las normas extrapenales, para citar algún indicador referencial, personas de alto nivel funcionarial, resultarían ser el presidente de la República; representantes al Congreso; ministros de Estado; miembros del Tribunal Constitucional; miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; vocales de la Corte

5 ALADINO GÁLVEZ, Tomas, "Delito de enriquecimiento ilícito, autonomía o subsidiaridad", p. 223, citado por SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., ob. cit., p. 712 y ss.

Suprema; fiscales supremos; defensor del pueblo contralor general quienes según el art. 99 de la Carta Magna, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas, en este catálogo de delitos, aparece el delito de enriquecimiento ilegal.

Por lo tanto, los sujetos cualificados en el ejercicio de cargos de alta dirección de las entidades, organismos o empresas estatales, al incrementar su patrimonio, abusando del cargo funcionarial, sin existir, justificación alguna del incremento aludido, el mismo que se condice con el abuso del cargo funcionarial, entonces, es posible subsumir la conducta en el tipo penal materia de análisis.

2.1.4. Del indicio del enriquecimiento ilícito

El tipo penal materia de comentario, señala 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.

El escenario aludido, más que un elemento configurador típico, deviene en un indicador propio del escenario de probanza, por cuanto, el escenario indiciario no forma parte del tipo penal en razón de ser un supuesto de hecho, toda vez que el citado supuesto de hecho, que contiene la norma prohibitiva y los elementos descriptivos y normativos del tipo, aparecen en los dos primeros supuestos típicos, por lo tanto, dicha técnica de redacción, fortalece la tesis que se trata de un delito residual.

2.2. Clase de delito

El delito de enriquecimiento, resulta ser un delito de resultado, por cuanto el escenario delictual plasmado en el supuesto de hecho, advierte la existencia del baremo, tiempo y espacio, es decir, entre la acción y el resultado lesivo existe un escenario distante, permitiendo albergar el delito tentado.

Además de ello, el citado delito, resulta ser de ejecución continua y de consumación permanente[6], por la misma redacción típica, por cuanto, el enriquecimiento, mayoritariamente, requiere pluralidad de actos funcionales abusivo, con finalidad enriquecedora.

2.3. Forma de ejecución

El tipo penal, es un delito de acción, es decir, exige que el sujeto activo, despliegue actos abusivos funcionales en razón del cargo, por cuanto la redacción típica demanda que el enriquecimiento se produzca por un hacer, es decir, emitir el acto abusivo, con fines de incrementar, ilegalmente, el patrimonio del agente delictual.

6 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116*, Lima: 12 de junio del 2017. En términos similares el f. j. n.° 15.

Respecto a la forma omisiva, no resulta posible, específicamente la forma de omisión propia, toda vez que no aparece señalada expresamente, característica necesaria en esta clase de delitos, con relación a la forma comisiva por omisión, es decir, omisión impropia, no tiene impedimento para ser admitida, por cuanto, existe deberes funcionales recaídos en el sujeto activo, otorgándole la postura de garante, asimismo, dicha forma puede ser admitida por cuanto su existencia es inferida y no expresa conforme se exige en la forma de omisión propia, de la misma forma, el tipo penal es un delito de resultado, por lo tanto, si puede admitirse el delito de enriquecimiento ilegal por omisión impropia.

3. Elementos concomitantes

En este rubro serán analizados, el bien jurídico protegido y los criterios de atribución, considerando la imputación objetiva.

3.1. Bien jurídico

El bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por cuanto, la finalidad de la redacción típica aparece dirigida a la protección del interés público[7], por otro lado, de manera específica, conforme indica SALINAS SICCHA, resulta "el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación"[8].

3.2. Relación causal e imputación objetiva

Al considerarse el delito de enriquecimiento ilícito, un delito de resultado, entonces, no existe problema alguno para poder aplicar los criterios de imputación objetiva, por lo tanto, se deberá considerar según cada caso concreto, los criterios, tanto de imputación objetiva y de resultado. Respecto a los criterios de *imputación objetiva de la conducta*[9], se deberá tener en cuenta que, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo, dichos filtros de eliminación de responsabilidad penal, deberán ser aplicados en la medida que la naturaleza del caso aparezca afín, por cuanto existen algunos supuestos que son de imposible aplicación, por ejemplo la auto puesta en peligro de la víctima, por

7 Cfr. BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 161.
8 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., ob. cit., p. 715.
9 Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta.
1.- Riesgo permitido. -El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2.- Disminución del riesgo prohibido. - El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.
3.- Riesgo insignificante. - El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4.- Principio de confianza. - El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5.- Prohibición de regreso. - Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6.- Autopuesta en peligro de la propia víctima. - Se trata que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

la misma impropiedad del escenario. Respecto a la *imputación objetiva del resultado*[10], implica la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post,* de la misma forma sus presupuestos serán aplicados en la medida que aparezca aplicable al supuesto de hecho invocado.

IV. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal es de naturaleza dolosa, exigiéndose dolo directo, no siendo posible la forma culposa, por la misma exigencia expresa que demanda el art. 12 del CP, situación que no existe en el caso concreto. Así tenemos, por un lado a ROJAS VARGAS, quien indica que "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"[11].

V. *ITER CRIMINAL*

El camino delictual del tipo penal analizado, contiene los siguientes presupuestos analizados en las líneas siguientes.

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios conforme se viene sosteniendo en apartados anteriores, pertenecen a la fase externa del camino delictual. Asimismo tienen relevancia para el derecho penal, en la medida que por mandato del legislador tengan, típicamente, naturaleza punible, supuesto que no existe en el presente caso.

---

10 Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado.

1.- Relación de riesgos. - Denominado también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.

2.- Protección de la norma. - Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,

3.- Imputación objetiva por producto defectuoso. - Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.

4.- Cumplimiento de deberes de función o profesión.- En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto no se trata de una causa de justificación sino que su accionar no es típico.

5.- Obrar por disposición de la ley.- El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.

6.- El consentimiento.- En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12.- [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

11 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., ob. cit., p. 364.

2. Tentativa

La tentativa es perfectamente posible en el delito mencionado, por cuanto se trata de un delito de resultado, apropiado al escenario del delito tentado, no existiendo problema alguno para su admisión.

3. Consumación

Consideramos adecuada la tesis de ROJAS VARGAS, quien señala lo siguiente:

> 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 prevalimento hecho del cargo o del abuso de funciones, usualmente durante el tiempo de vigencia de la condición de funcionario o servidor público[12].

En ese sentido, el indicar consumativo resulta ser el enriquecimiento, situación que responde a estándares cuantitativos propios de la actividad pericial. En términos similares, el R. N. N.° 4923-2007 Arequipa, del 28 de mayo del 2009, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria, señala lo siguiente:

> El perjuicio económico concreto a la entidad agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito de enriquecimiento ilícito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado de los encausados. Cuarto. [...] [Es] necesario [...] la realización de [...] una pericia contable respecto al patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento; debiéndose determinar en dicha pericia, las fechas en que fueron adquiridas las propiedades, los pagos realizados y por cancelar con posterioridad a la compra, los financiamientos respectivos, los ingresos y egresos de los encausados por todo concepto, y todo dato contable que resulte necesario a efectos de esclarecer los hechos investigados [...]. Quinto. [Si] bien la [...] Corte Suprema [ordenó realizar en un] nuevo juicio oral, "la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada"; también es, que como se ha referido anteriormente, para efectos del esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesario la pericia contable respecto al patrimonio de los encausados; [...] "(...) el perjuicio económico concreto a la agraviada, resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado" [...].

En ese mismo sentido, el criterio asumido por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N.° 00001-2011-4-1826-JR-PE-01, según Sentencia de fecha 27 de enero del 2012, en la cual se estableció:

> En relación a lo anotado, el delito de enriquecimiento ilícito bajos los alcances de las Leyes N.°s 28355, 29703 y 29758, considera como indicio de su comisión, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, regla que incide directamente en el derecho probatorio penal. Sin embargo, la desproporción notoria del incremento del patrimonio del servidor o funcionario público no es prueba acabada o determinante, pues se hacen necesarias pruebas adicionales o concurrentes que corroboren dicho indicio, ya que difícilmente es posible a partir de la presunción de inocencia, exigir al agente que pruebe que su conducta es atípica, antijurídica e inculpable; ello sería aceptar la inversión de la carga de la prueba.

12 *Loc. cit.*

Por otro lado, el escenario consumativo, aparece marcado por la permanencia del abuso del cargo con fines de enriquecimiento, así aparece señalado en el f. j. n.° 13 del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio del 2017, indica:

> [...] Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito[13].

4. Agotamiento

La forma agotada aparece manifiesta, en la medida que, con posterioridad al enriquecimiento indebido, el agente delictual comienza a disponer o usar de los bienes con los cuales incremento indebidamente el patrimonio personal, por lo tanto, se trataría de todas las modalidades sobrevinientes al incremento indebido del patrimonio.

VI. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

El delito de enriquecimiento ilícito, demanda considerar las diversas formas de intervención delictual, conforme se indicará a continuación.

1. Formas de autoría

Conforme se viene indicando en apartados anteriores, las formas de autoría aparecen previstas en el art.23 del CP, por lo tanto, existiría *autoría directa*, en la medida que el sujeto no cualificado domine la acción delictual, *autoría mediata*, respecto al dominio de la voluntad del instrumento, y la *coautoría*, en la medida que existe pluralidad de intervinientes con codominio funcional del hecho, la tesis expuesta es afín a los delitos de dominio.

El delito de enriquecimiento ilícito, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la *autoría directa*, es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto cualificado que por si solo desplegó actos funcionariales, abusando del cargo, obteniendo producto de ello, un incremento notorio de su patrimonio.

Respecto a la *autoría mediata*, también resultaría posible, por cuanto, el delito resulta ser de resultado, no teniendo problema alguno, todo ello en la medida que exista un tercero instrumentalizado, operando bajo los efectos de error y coacción, por parte del hombre de atrás, todo ello, con la finalidad de lograr el incremento ilegal del patrimonio del sujeto activo.

Con relación a la *coautoría*, es posible su admisión, en la medida que existan pluralidad de sujetos cualificados, ligados con el mismo deber funcional en razón del cargo público, quienes, bajo un escenario de acuerdo previo, repartición de roles y codominio

13 MONTOYA VIVANCO, Yvan, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 64 y ss.

funcional del hecho, dispongan afectar la correcta administración pública, incrementando indebidamente su patrimonio.

2. Formas de participación

Conforme aparece en anteriores capítulos, la participación delictual, aparece fijada en el art. 24 y 25 del CP, esto es, instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la *complicidad*, será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, coadyuvando en el incremento indebido del patrimonio.

La temática expuesta, presentó un punto controversial plasmado en la Cas. N.° 782-2015 Del Santa, de fecha 6 de julio del 2015, en la cual, se establece, como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamentos jurídicos contenidos a partir del numeral dos (2) hasta el trece (13) de la citada casación; entre estos fundamentos jurídicos, se tiene el décimo (10) fundamento, estableciendo, que el art. 26 del CP recoge la tesis de la ruptura del título de imputación, significando que en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él, concluyéndose que todo aquel que no tenga la condición especial propia del autor, escaparía al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

En ese sentido, la problemática expuesta, fue tratada por la Corte Suprema, habiéndole otorgado una solución mediante doctrina legal, así tenemos el f. j. n.° 14 del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio del 2017, el mismo que señala:

> Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcionarial de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25 del Código Penal, por el artículo 2 del D. Leg. 1361, que expresamente señala: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él". Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional.

Por otro lado, habiéndose superado la problemática, al menos por el momento, nos asalta la interrogante en que momento deberá ser considerada la participación delictual en el delito materia de comentario, ante ello, nos parece acertado el f. j. n.° 15 del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, el cual señala:

> Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcionarial del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcionarial que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401° del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de ejecución continua y de consumación

permanente (Cfr. Yvan Montoya Vivanco. Manual Sobre Delitos contra la Administración pública. Idehepucp. Lima.2015, p. 125; Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 4. Ob. cit., p.81. El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcionarial una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcionarial. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcionarial del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegué aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos.

Por otro lado, y bajo el mismo esquema de responsabilidad, será *instigador* el sujeto que determina al autor directo, en este caso, el sujeto cualificado, creando o gestando la idea criminal en él, con la finalidad de emitir el acto funcional abusivo con finalidad de enriquecerse ilegalmente productos del escenario funcional público, por lo tanto dicha intervención, deberá ser analizada, según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa y cuantitativamente, según cada caso concreto.

VII. PENALIDAD

Por mandato legislativo, el tipo penal analizado tiene dos niveles penológicos, el primero, aparece en la medida que el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, por lo tanto, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Por otro lado, el nivel de reproche aparece intensificado, en el segundo extremo, en la medida que el agente, 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, por lo tanto, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

CAPÍTULO XVI
DECOMISO DE DONATIVO

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 401-A CP)

La figura de decomiso de donativo aparece registrado en el art. 401-A del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 401-A.
En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados. (Artículo incorporado por el art. 2° del Decreto Ley N.° 25489, del 10.05.92).

II. DEL DECOMISO

El decomiso, según ALADINO GÁLVEZ:

> Resulta ser la pérdida de parte del agente del delito o de eventuales terceros de los objetos, efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva o de los demás bienes o activos establecidos por la ley, y el correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado, la misma que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediando un debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes. En caso que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o bienes sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce como derechos reales a los particulares, el decomiso es automático y realizado por cualquier autoridad competente. Normalmente, el decomiso se concreta en el proceso penal y excepcionalmente fuera de esta, por medio de la acción de pérdida de dominio[1].

III. BASE LEGAL

El decomiso o comiso, pertenece a la categoría de las consecuencias accesorias, las mismas que aparecen registras en el art. 102 del CP, el mismo que indica:

> Artículo 102°.- Decomiso de bienes provenientes del delito
>
> El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el D. Leg. N.° 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de

1 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decòmiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, 2.ª ed., Lima: Ideas, 2015, pp. 39 y 40.

> dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos. Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes. Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso. [...].

IV. DE LOS BIENES OBJETO DE DECOMISO

El art. 401-A, señala que los donativos, dádivas o presentes, serán decomisados, es decir, todo el medio corruptor vinculado al hecho punible evidenciados en los delitos de corrupción de funcionarios, deberán ser puestos a buen recaudo por la autoridad competente e inmediata en la intervención, esto es, Ministerio Público, como sujeto procesal persecutor del delito. Además de ello, estos bienes, vinculados al decomiso, resultan ser el dinero, los efectos del delito, las ganancias, instrumentos del delito y títulos valores.

Los "bienes", según BOTTKE, citado por ALADINO GÁLVEZ son:

> A toda cosa con valor económico o patrimonial sobre la cual se puede reconocer derechos reales; debiendo comprenderse dentro de estos a los derechos y valores patrimoniales, los cuales muchas veces se discute si pueden ser incluidos dentro del concepto de "bien" establecido por la legislación civil[2].

A nuestro entender, "bien" no es solo una cosa material, sino también cualquiera que goza de un valor de cambio en el mercado respecto a la cual puede establecerse un derecho transmisible.

Respecto al "dinero", "se trata del efectivo circulante, puede tratarse de dinero en moneda nacional o extranjera, sea que se encuentre circulando libremente o se encuentre depositado en una entidad bancaria o financiera; y si estuviera en alguna de estas entidades, no interesa la condición o contrato u operación bancaria a la que se estuviera sometido[3].

Con relación a los "efectos", conforme indica el Acuerdo Plenario N.° 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre del 2005, "Son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables"[4]. Es decir, "son todos los activos o productos que se obtienen o tienen como causa de su existencia a la actividad criminal previa [...]"[5].

Respecto a las "ganancias", resultan ser:

> Los efectos mediatos del delito, los que son obtenidos a través de operaciones aparentemente lícitas sobre los efectos del delito previo; es decir, los bienes, activos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a partir de las actividades criminales

2 BOTTKE, Wilfried, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, p. 4. Véase, GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 53.

3 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 53.

4 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 04-2005/CJ-116*, Lima: 30 de setiembre del 2005, f. j. n.° 7.e.

5 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 55.

> previamente realizadas; pero cuyo origen o génesis no está directa no inmediatamente vinculado a la acción delictiva, sino solo de modo mediato[6].

Con relación a los "instrumentos del delito", conforme indica MANZANARES SAMANIEGO constituyen instrumentos del delito los medios u objetos con los cuales se cometió o intentó cometer un ilícito, sea que este delito haya sido consumado o haya quedado en grado de tentativa[7], complementando la idea, GÁLVEZ VILLEGAS, indica, siempre que se trate de delitos dolosos[8].

Respecto a los "títulos valores", resultan ser:

> Documentos que representan o en los que se ha incorporado un valor patrimonial o monetario (el valor se ha incorporado al soporte material del título). Obviamente, para tener la calidad de título valor tiene que reunir los requisitos estipulados por la ley de la materia (Ley de títulos valores o alguna ley específica). Es característica esencial del título valor su transmisión por endoso o por cualquier otro modo de transferencia (como su entrega material o la cesión del derecho contenido en el título) que implica, a la vez, la transferencia o entrega del valor patrimonial incorporado o representado en el título[9].

V. DE LA FINALIDAD DEL DECOMISO

El decomiso, tiene como finalidad primordial, garantizar la efectividad de una eventual reparación civil producto de los procesos penales instaurados, por cuanto, si bien la institución de responsabilidad civil pertenece al derecho privado, empero, el derecho penal, incursiona en sus esferas punitivas la aplicación de criterios de resarcimiento, por lo tanto, la institución de reparación civil, habiendo sido traslada al escenario punitivo, trabaja conjuntamente con la pena como un instrumento de eficacia de las pretensiones estatales, por tal razón, el legislador mediante el art. 92 del CP, se indica: "La reparación civil se determina conjuntamente con la pena". Asimismo, de conformidad con el art. 93 del mismo cuerpo legal, se indica que la reparación civil, "comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios".

Por otro lado, si bien, con el decomiso se pretende evitar que las pretensiones penales, respecto al rubro de resarcimiento, queden impagas o ineficaces en su cumplimiento, también es cierto, que los bienes decomisados, esto es, dinero, efectos e instrumentos del delito, ganancia, títulos valores, etc., no forman parte de la reparación civil, por lo tanto, no pueden ser deducidas del momento íntegro de reparación civil, por cuanto, dichos bienes, aparecen vinculados directamente con la actividad ilícita y no así con el bien materia de restitución, subsecuentemente, el agente delictual, deberá, además de sufrir la pérdida de los bienes antes expuestos, asumir con bienes propios de naturaleza lícita, la reparación del daño materia de resarcimiento.

---

6 *Ibid.*, p. 56.

7 MANZANARES SAMANIEGO, José, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, pp. 264-265, citado por GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, 2.ª ed., Lima: Ideas, 2015, p. 57.

8 *Loc. cit.*

9 *Ibid.*, p. 59.

CAPÍTULO XVII
ADJUDICACIÓN DE BIENES DECOMISADOS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 401-B CP)

La figura de adjudicación de bienes decomisados, aparece registrado en el art.401-B del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

> **Artículo 401-B.**
> Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad. De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario. Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público. (Artículo incorporado por el art. 2 del Decreto Ley N.° 25489, del 10.05.92).

La figura típica expuesta, nos advierte dos instituciones de naturaleza procesal, el decomiso e incautación, las cuales aparecen vinculadas a los bienes materia de aseguramiento en el proceso penal respectivo, que serán puestos a disposición de la autoridad competente para los fines pertinentes.

1. Del decomiso

Conforme aparece explicado en el capítulo anterior, con relación al art. 401-A, El decomiso, según ALADINO GÁLVEZ:

> Resulta ser la pérdida de parte del agente del delito o de eventuales terceros de los objetos, efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva o de los demás bienes o activos establecidos por la ley, y el correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado, la misma que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediando un debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes. En caso que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o bienes sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce como derechos reales a los particulares, el decomiso es automático y realizado por cualquier autoridad competente. Normalmente, el decomiso se concreta en el proceso penal y excepcionalmente fuera de esta, por medio de la acción de pérdida de dominio[1].

1 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., pp. 39-40.

II. DE LOS BIENES OBJETO DE DECOMISO

El art. 401-B del CP, tan igual que el art. 401-A del acotado cuerpo legal, señala que los donativos, dádivas o presentes, serán decomisados, es decir, todo el medio corruptor vinculado al hecho punible evidenciados en los delitos de corrupción de funcionarios, deberán ser puestos a buen recaudo por la autoridad competente e inmediata en la intervención, esto es, Ministerio Público, como sujeto procesal persecutor del delito. Además de ello, estos bienes, vinculados al decomiso, resultan ser el dinero, los efectos del delito, las ganancias, instrumentos del delito y títulos valores.

Los "bienes", conforme se indicó en el capítulo anterior, según BOTTKE, citado por ALADINO GÁLVEZ es:

> [...] Toda cosa con valor económico o patrimonial sobre la cual se puede reconocer derechos reales; debiendo comprenderse dentro de estos a los derechos y valores patrimoniales, los cuales muchas veces se discute si pueden ser incluidos dentro del concepto de "bien" establecido por la legislación civil[2].

A nuestro entender, "bien" no es solo una cosa material, sino también cualquiera que goza de un valor de cambio en el mercado respecto a la cual puede establecerse un derecho transmisible.

Respecto al "dinero":

> Se trata del efectivo circulante, puede tratarse de dinero en moneda nacional o extranjera, sea que se encuentre circulando libremente o se encuentre depositado en una entidad bancaria o financiera; y si estuviera en alguna de estas entidades, no interesa la condición o contrato u operación bancaria a la que se estuviera sometido[3].

Con relación a los "efectos", conforme indica el Acuerdo Plenario N.° 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005, "son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables".[4] Es decir, son todos los activos o productos que se obtienen o tienen como causa de su existencia a la actividad criminal previa [...]"[5].

Respecto a las "ganancias", resultan ser:

> Los efectos mediatos del delito, los que son obtenidos a través de operaciones aparentemente lícitas sobre los efectos del delito previo; es decir, los bienes, activos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a partir de las actividades criminales previamente realizadas; pero cuyo origen o génesis no está directa no inmediatamente vinculado a la acción delictiva, sino solo de modo mediato[6].

Con relación a los "instrumentos del delito", conforme indica MANZANARES SAMANIEGO, "constituyen instrumentos del delito los medios u objetos con los cuales se cometió o intentó cometer un ilícito, sea que este delito haya sido consumado o haya

2 BOTTKE, "Mercado, "Criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", art. cit., p. 4.
3 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 53.
4 Véase, el fundamento jurídico 7.e.
5 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 55.
6 *Ibid.*, p. 56.

quedado en grado de tentativa"[7], complementando la idea, GÁLVEZ VILLEGAS, indica, siempre que se trate de delitos dolosos[8].

Respecto a los "títulos valores", resultan ser:

> Documentos que representan o en los que se ha incorporado un valor patrimonial o monetario (el valor se ha incorporado al soporte material del título). Obviamente, para tener la calidad de título valor tiene que reunir los requisitos estipulados por la ley de la materia (Ley de títulos valores o alguna ley específica). Es característica esencial del título valor su transmisión por endoso o por cualquier otro modo de transferencia (como su entrega material o la cesión del derecho contenido en el título) que implica, a la vez, la transferencia o entrega del valor patrimonial incorporado o representado en el título[9].

III. DE LA INCAUTACIÓN

El concepto de incautación tiene sus complicaciones, por la similitud con otras medidas cautelares, como resultar ser el secuestro, en ese sentido, por un lado, GÁLVEZ VILLEGAS, precisa la necesidad de realizar un trato diferenciado entre incautación y secuestro, por cuanto, son instituciones distintas y con finales diferenciadas, indicando:

> [...] En efecto, en todos los instrumentos o normas internacionales se hace referencia a la incautación, como medida cautelar que afecta a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, orientada a asegurar el decomiso de dichos bienes o efectos; no atribuyéndole a la incautación fines propios de investigación o del esclarecimiento de los hechos, lo que dejan a cargo del secuestro, al cual en todo caso lo llama con otro nombre pero siempre diferenciándolo de la incautación[10].

Por otro lado, el sector que considera a la incautación como instrumento legal en la búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos, así tenemos el f. j. n. ° 7 del Acuerdo Plenario N.° 5-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, en el cual se establece:

> La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos (artículos 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-), y como medida de coerción -con una típica función cautelar (artículos 316° al 320° del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del Código Penal -en adelante, CP-.

La temática expuesta, advierte, sin lugar a dudas que el secuestro y la incautación son instituciones procesales diferenciadas a pesar que buscan la misma finalidad, asegurar

---

7 MANZANARES SAMANIEGO, José, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona: Bosch, 1983, p. 264 y 265.

8 *Loc. cit.*

9 *Ibid.*, p. 59.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, ob. cit., p. 215.

los instrumentos del delito para un eventual cumplimiento de la reparación civil impuesta en el proceso penal. A pesar de lo expuesto, con relación a la incautación, el CPP, dota de contenido instrumental en la investigación penal, así tenemos el art. 316.1 del cuerpo legal adjetivo, el cual indica:

> Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.

En ese sentido, los cons. 8 y 9 del Acuerdo Plenario N.° 5-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, a la incautación, le dotan de un contenido instrumental y cautelar respecto al desarrollo del proceso penal, así tenemos:

> 8°. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende por: A. "Cuerpo del delito", además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas. B. Las "cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento", son tanto las "piezas de ejecución": medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible. 9°. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera. B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera. C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica. En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

De la misma forma, el citado Acuerdo Plenario, precisa la finalidad que pretende la incautación, así tenemos el f. j. n.° 10, en el cual se indica:

> Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-. Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

IV. BASE LEGAL

La incautación, encuentra sustento en los arts. 218 al 234 y 316 al 320 del CP, dichos apartados legales, precisan tanto el contenido de la institución, así como el procedimiento aplicable para su ejecución, por lo tanto, nos remitimos a ello.

Por otro lado, respecto al decomiso, el art. 102 del CP, regula la institución y sus respectivas consecuencias.

V. DEL DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS E INCAUTADOS

El legislador, respecto a los bienes decomisados e incautados, precisa que los bienes vinculados a un escenario delictual, deberán ser puestos a disposición del Ministerio de Justicia; dicha entidad, asignará para uso exclusivo del servicio oficial de determinadas instituciones, entre ellas, el Poder Judicial, el Ministerio Público y el mismo Ministerio de Justicia. En ese sentido, la finalidad legislativa, busca, en cierta forma, operativizar el servicio de la administración pública, por cuanto dichas entidades aparecen avocados a dicha finalidad, con los mismos elementos obtenidos por los agentes delictuales, dicho escenario, tiene un efecto dual, por un lado, se advierte la desmantelación del patrimonio del agente delictual y por otro lado, la utilidad eficaz de los bienes en beneficio del Estado.

Por otro lado, se advierte el supuesto de la absolución, es decir, en el caso de desvanecerse la imputación jurídico penal, y contra el imputado se enerven los cargos mediante sentencia judicial absolutoria, se dispondrá la devolución del bien a su propietario, dicha devolución deberá ser ordenada por el mismo órgano jurisdiccional, realizando el tramite respectivo ante la entidad a la cual fue designado el bien incautado o ante el Ministerio de Justicia, conforme aparece señalado en el articulado.

Un último supuesto, se advierte que los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del tesoro público.

VI. DE LA FINALIDAD DEL DECOMISO

El decomiso, tiene como finalidad primordial, garantizar la efectividad de una eventual reparación civil producto de los procesos penales instaurados, por cuanto, si bien la institución de responsabilidad civil pertenece al derecho privado, empero, el derecho penal, incursiona en sus esferas punitivas la aplicación de criterios de resarcimiento, por lo tanto, la institución de reparación civil, habiendo sido traslada al escenario punitivo, trabaja conjuntamente con la pena como un instrumento de eficacia de las pretensiones estatales, por tal razón, el legislador mediante el art. 92 del CP, se indica: "La reparación civil se determina conjuntamente con la pena". Asimismo, de conformidad con el art. 93 del mismo cuerpo legal, se indica que la reparación civil, "comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios".

Por otro lado, si bien, con el decomiso se pretende evitar que las pretensiones penales, respecto al rubro de resarcimiento, queden impagas o ineficaces en su cumplimiento, también es cierto, que los bienes decomisados, esto es, dinero, efectos e instrumentos del delito, ganancia, títulos valores, etc., no forman parte de la reparación civil, por lo tanto, no pueden ser deducidas del momento íntegro de reparación civil, por cuanto, dichos bienes, aparecen vinculados directamente con la actividad ilícita y no así con el bien materia de restitución, subsecuentemente, el agente delictual, deberá, además de sufrir la pérdida de los bienes antes expuestos, asumir con bienes propios de naturaleza lícita, la reparación del daño materia de resarcimiento.

CAPÍTULO XVIII
MULTA APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 401-C CP)

La figura de multa aplicable a las personas jurídicas aparece registrado en el art. 401-C del CP vigente, cuya descripción típica resulta ser la siguiente:

Artículo 401-C.
Cuando las personas jurídicas señaladas en el artículo 2° de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional resulten responsables por el delito previsto en el artículo 397°-A, el juez impone la medida de multa, conforme al literal "a" del artículo 5° de la citada norma, sin perjuicio de las demás medidas administrativas allí previstas que resulten aplicables. (Artículo incorporado por el art. 3 del D. Leg. N.° 1351, del 07.01.17).

II. DEL TRACTO LEGISLATIVO

El artículo materia de comentario, se refiere a las personas jurídicas vinculadas al delito de cohecho activo transnacional, en ese sentido, aplica una técnica de remisión a normas específicas de naturaleza administrativa, así se indica que, "las personas jurídicas señaladas en el art. 2 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas [...]"; ante ello, la ley aludida, resulta ser la Ley N.° 30424, publicada en el diario *El Peruano*, el 21 de abril del 2016, dicha ley, respecto a las personas jurídicas, delimita el campo de acción, la clase de responsabilidad administrativas, el sistema de prevención y otros afines.

Es pertinente precisar que, con fecha 7 de enero del 2017, fue publicado en el diario *El Peruano*, el D. Leg. N.° 1352, el mismo que modificó algunos artículos de la Ley N.° 30424, en ese sentido, el D. Leg., amplió la aplicación de la Ley N.° 30424, respecto a otros delitos, esto es, respecto a los arts. 397, 397-A, y 398 del CP, lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y delitos de terrorismo, conforme aparece detallado en el art. 1 del mencionado dispositivo legal.

Finalmente, el 12 de marzo del 2018, se publicó en el diario *El Peruano*, la Ley N.° 30737—Ley que Asegura el Pago Inmediato de la Reparación Civil a favor del Estado Peruano en Casos de Corrupción y Delitos Conexos — en ese sentido, la estructura de la ley aludida adiciona medidas disciplinarias de carácter penal y administrativo, distintas a la multa, así tenemos:

1. De las sanciones aplicables a las personas jurídicas

El art. 401-C del CP, implícitamente ha sufrido modificación, en razón de la entrada en vigencia de la Ley N.° 30737, por lo tanto, el radio de sanciones aparece extendido, ingresándose nuevas medidas sancionatorias, conforme fue explicado a detalle en la primera parte del presente trabajo, y en este caso, por la misma necesidad de esclarecimiento, serán reproducidos dichos argumentos.

1.1. De las Medidas que aseguran el pago de la reparación civil a favor del Estado por la comisión de delitos contra la administración pública lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes

El art. 2 de la Ley N.° 30737, por criterios de prevención, con la finalidad de asegurar la pretensión civil respecto a injustos penales vinculados a los delitos contra la administración pública lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes, señala algunas medidas de naturaleza administrativa las mismas que consistirían, en puridad, a medidas de coerción real, así tenemos:

> Artículo 2. Medidas que aseguran el pago de la reparación civil a favor del Estado por la comisión de delitos contra la administración pública lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes
>
> Las entidades públicas aplican a las personas comprendidas en el artículo 1 las medidas siguientes:
>
> a. Suspensión de transferencias al exterior.
> b. Adquisición y retención del precio de venta en el Fideicomiso de Retención y Reparación.
> c. Retención de importes a ser pagados por las entidades del Estado.
> d. Anotación preventiva.

Conforme se puede advertir, el legislador, pretende poner a buen recaudo las pretensiones civiles surgidas en el proceso penal, todo ello, propio de una política de prevención, situación que nos parece correcta y oportuna.

1.2. De la suspensión de transferencias al exterior

El art. 3 de la Ley N.° 30737 registra una medida de coerción real aplicable a las personas jurídicas, es decir, por mandato legal se suspenden la vida comercial vinculada a las transferencias bancarias y de cualquier índole, todo ello, con la finalidad de evitar que se deje impagas las eventuales reparaciones civiles surgidas de los procesos penales, en ese sentido, el citado artículo señala:

> **Artículo 3. Suspensión de transferencias al exterior**
>
> Se suspende el derecho de las personas comprendidas en el artículo 1 de transferir al exterior, bajo cualquier título, total o parcialmente, lo siguiente:
>
> a. El íntegro de sus capitales provenientes de las inversiones en el país, incluyendo la venta de activos, acciones, participaciones o derechos, sin importar que impliquen o no reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas.
> b. El íntegro de los dividendos o las utilidades provenientes de su inversión, así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país y de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial.

La suspensión de las transferencias al exterior tiene vigencia hasta el momento en que se presenten cualquiera de las situaciones siguientes:

a. Se efectúe el pago de las obligaciones laborales, con proveedores, financieras y demás obligaciones con terceros de las personas comprendidas en el artículo 1, que se encuentren vencidas, generadas por los proyectos en el Perú. Así como el íntegro de la reparación civil a favor del Estado y el íntegro de la deuda tributaria exigible.
b. Se dicte sentencia absolutoria firme a favor de las personas jurídicas o entes jurídicos comprendidos en el artículo 1.
c. Se adopte resolución que ponga fin a los procesos.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a solicitud de parte y previa evaluación, puede aprobar, según las disposiciones del reglamento de la presente ley, de manera individual o conjunta según fuera el caso, las correspondientes transferencias al exterior por concepto de deuda de acreedores u otros pagos que puedan afectar el valor de las concesiones o de los activos ubicados en el Perú de titularidad de las personas a las que se refiere el artículo 1.

1.3. De la retención de importes a ser pagados por las entidades del Estado

Otras de las medidas a título de sanciones administrativas, resultan ser aquellas señaladas en el art. 6 de la Ley N.° 30737, las cuales hacen referencia a todo tipo de retenciones de importes que deberían ser pagados por diversas entidades estatales a favor de los entes ideales, dicha medida, impone una norma de mandato, es decir, cualquier entidad estatal, tiene la obligación de retener sobre cada pago que realicen los entes ideales, conforme al contrato, un margen neto de ganancia de hasta el diez por ciento (10 %) del pago respectivo, sin incluir IGV, en la medida que la persona jurídica se encuentre inmersa en cualquiera de las siguientes causales: a) condenadas con sentencia firme, en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano. b) cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados con sentencia firme en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano. c) que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido o reconocido la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes ante autoridad nacional o extranjera competente. d. vinculadas a las personas jurídicas o entes jurídicos de los literales a, b y c.

En términos literales, tenemos el artículo redactado en la siguiente forma:

Artículo 6. Retención de importes a ser pagados por el Estado

6.1. Las entidades del Estado que resulten obligadas a efectuar algún pago por cualquier título a favor de las personas a las que se refiere el artículo 1, así como a las sociedades o consorcios en los que estas participen, incluyendo los correspondientes a contratos de concesión, contratos de construcción o contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios, están en la obligación de retener sobre cada pago que realicen conforme al contrato, un margen neto de ganancia de hasta el diez por ciento (10%) del pago respectivo, sin incluir IGV, salvo que ostenten garantías financieras otorgadas por el Estado peruano al amparo del artículo 54 del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, aprobado por el D. S. 130-2017-EF.
Las personas comprendidas pueden presentar ante la entidad pública, la información pertinente que acredite un margen neto de ganancia distinto al establecido en el párrafo anterior a efectos que sobre este se produzca la retención.

El margen neto de ganancia se aplica en función a la participación que corresponda a las personas comprendidas en el artículo 1 de la presente norma.
Las entidades del Estado, directamente o a través de terceros, deben asegurar que los recursos que sean transferidos a los concesionarios o contratistas se destinen exclusivamente a garantizar la continuidad de la cadena de pagos, oportuna ejecución y/u operatividad de las obras de infraestructura y la prestación de los servicios públicos. Para tal efecto, las entidades del Estado, excepcionalmente, están facultadas para contratar directamente los servicios de terceros, no siendo aplicable la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias o norma que lo sustituya, salvo que esté inhabilitado para contratar con el Estado. No puede ser contratado para estos fines ninguna persona natural o jurídica que haya mantenido una relación jurídica con el proyecto u operación materia del contrato.

6.2. Los fondos objeto de retención son abonados por la entidad pública correspondiente en una cuenta del fideicomiso a que se refiere el artículo 7.

6.3. En el caso de pagos a favor de consorcios o cualquier otro contrato asociativo del que las personas a las que se refiere el artículo 1 sean partes, se aplican las reglas siguientes:

a. El contratista que haya contratado con el Estado en el marco de las normas de contrataciones del Estado y sus modificatorias, queda facultado para acordar la sustitución de la persona consorciada incursa en alguno de los supuestos del artículo 1, sin que ello sea motivo de terminación de la relación jurídico-obligacional que mantiene el contratista con la entidad pública que corresponda en el marco del contrato de obra correspondiente.

b. En caso se produzca la sustitución conforme a lo dispuesto en el literal a, la entidad pública suscribe el acuerdo de modificación correspondiente, a fin de que la composición del contratista sea variada. Esta disposición debe entenderse sin perjuicio de los criterios que las normas de contrataciones tengan previstos como requisitos para la contratación con entidades públicas. Una vez perfeccionada la sustitución, se informa al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo que establezca el reglamento.

c. Una vez perfeccionada la modificación del consorcio o contrato asociativo, todo pago que deba efectuar el Estado no está sujeto a la retención dispuesta en el párrafo 6.1.

6.4. El contratista queda sujeto a las reglas previstas en los párrafos 6.1 y 6.2 hasta que no se produzca la sustitución.

6.5. No están comprendidos en el ámbito del presente artículo los pagos incondicionales e irrevocables que deba efectuar el Estado a favor de terceros, distintos a los señalados en el artículo 1, a quienes se hubiera cedido los correspondientes derechos de cobro hasta la fecha de publicación que los incluya en la relación de las personas comprendidas en el portal institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conforme con el artículo 1.

1.3.1. De la adquisición y retención del precio de venta en el fideicomiso de retención y reparación

El art. 4 de la Ley N.° 30737, señala las reglas para la adquisición y retención del precio de venta en el fideicomiso de retención y reparación impuesto a los bienes de las personas jurídicas, correspondiendo al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos informar sobre las solicitudes respectivas de las personas interesadas en adquirir bajo cualquier título algún bien o derecho de las personas jurídicas inmersas en los supuestos delictuales del art. 1 de la citada ley, así tenemos el tenor literal del aludido artículo.

Artículo 4. Reglas para la adquisición

4.1. Cualquier persona que pretenda adquirir, bajo cualquier título, algún bien o derecho de alguna de las personas a las que se refiere el artículo 1, así como acciones u otros valores representativos de derechos de participación emitidos por personas constituidas en el Perú comprendidas en el artículo 1, aun cuando estos bienes, derechos, acciones o valores hubieren sido transferidos en fideicomiso o bajo otra modalidad semejante, debe presentar previamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos una solicitud escrita manifestando su interés. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos informa a través de su portal institucional la presentación de solicitudes de adquisición, así como el estado de trámite ante dicha entidad y su resolución aprobatoria o

denegatoria, según el caso. Asimismo, puede requerir información adicional y documentación sustentatoria que considere pertinente conforme al reglamento.
El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos solicita opinión a la entidad pública a la que corresponda el proyecto, obra pública o concesión a que se refiera la solicitud. Tratándose de concesiones del Gobierno Nacional, se solicita opinión al Ministerio de Economía y Finanzas, de conformidad con los criterios que se establezcan en el reglamento de la presente ley.

4.2. Cualquier persona que realice la adquisición de bienes, derechos, acciones o valores a los que se refiere el párrafo 4.1, sin seguir previamente el procedimiento y realizar el depósito al fideicomiso conforme a lo previsto en los artículos 5 y 7, así como cualquier sucesiva adquisición de dichos bienes, derechos, acciones o valores, son nulas de pleno derecho. El adquiriente queda impedido para contratar con el Estado conforme a las normas de Contrataciones del Estado.

4.3. En caso se realice la adquisición de los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores de los sujetos comprendidos en el artículo 1, siguiendo los procedimientos establecidos en el presente artículo y acreditando el depósito de las cifras correspondientes en las respectivas cuentas a que se refiere el artículo 7, los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores representativos de derechos materia de transferencia, automáticamente no podrán ser afectados, bajo ningún título, como consecuencia de las acciones u omisiones de los sujetos comprendidos en el artículo 1. Asimismo, se levanta de oficio la anotación preventiva.
Las adquisiciones realizadas antes de la vigencia del Decreto de Urgencia 003-2017 no pueden ser afectadas, bajo ningún título, salvo que la autoridad jurisdiccional determine que dichas adquisiciones hayan sido realizadas de mala fe por las partes.
La regla prevista en el párrafo precedente aplica a las personas jurídicas o entes jurídicos hasta antes que estos figuren en la relación de las personas comprendidas en el portal institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a que se refiere el artículo 1.4.

4.4. El monto a aplicar por concepto del fideicomiso de retención y reparación a que se refiere el artículo 7 es hasta el monto de la deuda tributaria exigible más el importe de la reparación civil por concepto de daños y perjuicios ocasionados por las personas comprendidas en el artículo 1, determinada a ese momento por el Procurador Público del Estado que corresponda, a requerimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de conformidad con lo dispuesto en la quinta disposición complementaria final.

4.5. Tratándose del supuesto regulado en el segundo párrafo del párrafo 4.1, la aprobación de la venta se realiza mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, previa opinión de la entidad pública correspondiente y en su caso, del Ministerio de Economía y Finanzas.

4.6. Las daciones en pago sobre bienes muebles de carácter no financiero a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas reguladas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial aprobado mediante el D. S. 013-2013-PRODUCE que actuaron en calidad de proveedores de las personas comprendidas en el artículo 1, están exoneradas de la aplicación de las reglas y procedimientos contenidos en el presente título. La dación en pago debe recaer sobre bienes muebles de carácter no financiero que cubran acreencias cuyo valor total no supere las 100 UIT y por obligaciones contraídas antes de la vigencia del Decreto de Urgencia 003-2017.
Tratándose de dación de pago de bienes muebles de carácter no financiero que cubran acreencias cuyo valor total supere las 100 UIT, las solicitudes siguen el procedimiento general establecido en el presente título y son atendidas en un plazo máximo de 10 días hábiles. La dación en pago no tiene carácter indemnizatorio.

1.4. De la constitución de fideicomiso en garantía que coadyuve al pago de la reparación civil

Una de las innovadoras medidas que presenta la Ley N.° 30737, con respecto a garantizar la eficacia del pago de la reparación civil en el proceso penal, respecto al patrimonio de las personas involucradas en un proceso penal respecto a los delitos contra la administración pública y lavado de activo, alcanzando también a las personas jurídicas, resulta ser, la constitución de fideicomiso en garantía, es decir, una persona (fideicomitente o fiduciante) trasmite la titularidad de ciertos bienes o derechos a otra persona o a

un patrimonio administrado por otra persona (fiduciario), quien está obligada a disponer de los bienes o ejercitar los derechos para la realización de ciertos fines preestablecidos, en beneficio de una tercera persona (beneficiario o fideicomisario) o del mismo fideicomitente o fiduciante[1].

En ese sentido, el art. 11 de la citada ley, indica:

> Artículo 11. Constitución de fideicomiso en garantía que coadyuve al pago de la reparación civil
>
> 11.1. Establécese la obligación de las personas señaladas en el artículo 9 de constituir un fideicomiso con el fin de garantizar el pago de la reparación civil y los intereses a favor del Estado peruano, evitar la ruptura de la cadena de pagos y mantener la continuidad de la ejecución de obras públicas y de la prestación de servicios públicos para coadyuvar al pago de la reparación civil.
>
> 11.2. La obligación prevista en el párrafo 11.1 se cumple en un plazo máximo de noventa días hábiles. El fideicomiso de garantía se realiza sobre los activos, bienes, derechos, acciones, flujos ciertos o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado para coadyuvar al futuro pago por reparación civil. El plazo se cuenta desde la estimación de dicho monto conforme a las reglas establecidas en el artículo 12.
>
> 11.3. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 11.2, la persona incluida en el presente artículo, a partir de la entrada en vigor de la presente ley, puede presentar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el acto constitutivo del fideicomiso, para que dicha entidad verifique el monto que coadyuve al pago de la reparación civil conforme a las reglas indicadas en el presente título, dentro del plazo que establezca el reglamento, bajo responsabilidad.
>
> 11.4.Cada fideicomiso está conformado por el fideicomitente, representado por las personas señaladas en el artículo 9, el cual transfiere en dominio fiduciario, activos, bienes, derechos, acciones o participaciones a otra persona, denominada Fiduciario, con la finalidad de constituir un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de cubrir el monto estimado para coadyuvar al pago de la futura reparación civil a favor del Estado por concepto de daños y perjuicios. Semestralmente, se actualiza el valor del patrimonio fideicometido a efectos de mantener el equivalente del monto estimado de reparación civil. Este Fideicomiso es administrado por el Banco de la Nación o aquellas empresas del sistema financiero autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que no tengan conflictos de interés.
>
> 11.5. El fideicomitente, previa aprobación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, puede sustituir los bienes entregados en fideicomiso por otros activos, bienes, derechos, acciones o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado.
>
> 11.6. En caso la persona incluida en el artículo 9 no cumpla con la constitución del fideicomiso dentro del plazo establecido ni con el cronograma de cumplimiento de obligaciones establecido en el párrafo 12.4 del artículo 12, se sujeta a la retención prevista en el Título IV, Sección I cuyos montos son depositados en la cuenta del "Fideicomiso de Retención y Reparación - FIRR", administrado por el Banco de la Nación.
>
> 11.7. Alternativamente, la persona a la que hace referencia el artículo 9 puede presentar una carta fianza a favor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por el monto estimado siempre que sea emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y ostente carácter incondicional, irrevocable y de realización automática.

1.5. De los beneficios de las personas jurídicas sometidas al proceso de colaboración eficaz

Uno de los temas interesantes, plasmados en la Ley N.° 30737, resultan ser los beneficios que le asiste a las personas jurídicas, sometidas a un proceso de colaboración

1 Véase, BENEGAS O HARA, Fabián, "El fideicomiso de garantía y la hipoteca", en *Color abc*, Asunción: 21 de enero del 2007. Recuperado de <https://bit.ly/2HTkDwO>.

eficaz, quienes, como todo imputado, habría aceptado cargos delictuales, en ese sentido, se tiene el art. 475 del nuevo CPP, cuyo tenor indica:

> Artículo 475.- Requisitos de la eficacia de la información y beneficios premiales
>
> [...] 7. Cuando el colaborador sea una persona jurídica, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración, podrá obtener como beneficio premial los siguientes: exención de las medidas administrativas aplicables, prescritas en el artículo 5 de la Ley 30424, modificada por el D. Leg. 1352, disminución por debajo de los parámetros mínimos establecidos, remisión de la medida para la persona jurídica que la esté cumpliendo y los beneficios establecidos en las normas especiales que lo regulan.

Respecto a la temática expuesta líneas arriba, el sistema premial, beneficia a los entes ideales, exonerándolos de sanciones administrativas, como resulta ser la multa y suspensión de contratar, por cuanto, dicho dispositivo legal, hace mención a la exención de las medidas administrativas registradas en el art. 5 de la Ley N.° 30424, las cuales son:

> Artículo 5. Medidas administrativas aplicables
>
> El juez aplica, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resultaren administrativamente responsables de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, tipificado en el artículo 397-A del Código Penal:
>
> a. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.
> b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
> 1. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.
> 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
> 3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.
> c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
> d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.
> e. Disolución.

Conforme al panorama expuesto, el art. 401-C del CP deberá ser interpretado de manera complementaria con la Ley N.° 30737, subsecuentemente, las sanciones aplicables a las personas jurídicas, emplazadas en un proceso penal, además de la multa y de las consecuencias accesorias previstas en los arts. 102 al 105 del CP, deberán ser aplicadas las sanciones antes expuestas para los delitos señalados líneas arriba y no solo al delito de cohecho activo transnacional.

PARTE V

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El proceso penal reglado por los lineamientos del nuevo CPP del 2004, el mismo que viene tomando vigencia escalonadamente en diversos distritos judiciales, presenta interesantes novedades las cuales deberán ser tomadas en cuenta para aquellos que están inmersos en el sistema jurídico penal, en ese sentido, uno los temas de suma importancia, resulta ser la prueba y su respectiva actividad probatoria, la transcendencia de dicha temática, aparece evidenciada en la tesis incriminatoria y en las resoluciones jurisdiccionales que ponen fin al proceso, tanto, mediante sentencias condenatorias y absolutorias. Por lo tanto, la importancia expuesta, no solo aparece plasmada para los tipos penales convencionales, como tipos penales de sangre (homicidios y lesiones) sino que también se extiende a los delitos contra la administración pública.

En el presente apartado, se analizará las diversas categorías vinculas a la prueba así como los principios y sistemas probatorios. Asimismo, para efecto de acreditar o enervar responsabilidad penal, se desarrolla los presupuestos, contenido y estructura de la prueba indiciaria, mediante la cual se puede arribar a tesis incriminatoria o en su defecto, en el caso que se demuestre insuficiencia en la argumentación indiciaria, entonces se deberá arribar irremisiblemente a tesis absolutoria.

Por otro lado, se analizará el nivel subjetivo del tipo penal y su aspecto probatorio de los tipos penales de la parte especial, optándose, como tesis apropiada para acreditar la configuración de los tipos vinculados a la administración pública, la tesis del dolo normativo, tesis afín a un sistema de libre valoración.

CAPÍTULO I
ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los puntos determinantes, en el proceso penal, resulta ser la demostración de los hechos invocados por cada sujeto procesal, según su teoría del caso específica, en ese sentido, una labor titánica y de alta complejidad, resulta ser la acreditación de los hechos vinculados a los delitos contra la administración pública, incluyendo los delitos de corrupción funcionarial. En las líneas venideras se analizará la acreditación de los hechos bajo las reglas de imputación jurídico penal respecto a los delitos contra la administración pública, considerando la naturaleza de los tipos penales, esto es, como delitos de dominio o delitos de infracción de deber.

I. DE LA ACREDITACIÓN DEL HECHO CONSTITUTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La acreditación de los hechos en un proceso penal, responde a la dinámica procesal de la valoración de prueba, la cual exige dos momentos, siendo: i) La acreditación de los hechos y ii) El análisis y valoración de los medios de prueba de cargo y descargo. Respecto a la "acreditación de los hechos", se debe partir, considerando en primer orden, los "hechos constitutivos" del tipo penal específico, por cuanto, con ellos se inicia una imputación jurídico penal, en ese sentido, el responsable de su acreditación resulta ser el representante del Ministerio Público, quien opera como el titular de la acción penal pública y a la misma vez es el obligado por ley respecto a la carga de la prueba de este tipo de hecho, conforme se evidencia en el inc. 1 del art. IV del TP del nuevo CPP, art. 11 y 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. N.° 052).

Siendo así, la acreditación del "hecho constitutivo" en los delitos contra la administración pública, estará ligada a la estructura del tipo penal previsto en los capítulos I, II y III del título XVIII del segundo libro del CP, apartados que contienen los delitos contra la administración pública y delitos de corrupción funcionarial, por lo tanto, según nuestra posición, la demostración del ilícito penal se deberá realizar siguiendo un análisis metodológico, conforme se expondrá en las líneas siguientes.

II. DE LA ACREDITACIÓN DEL HECHO CONSTITUTIVO A NIVEL DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A nivel del *tipo objetivo*, tenemos tres elementos: i) elementos referentes a los sujetos, ii) Elementos referentes a la conducta y iii) Elementos concomitantes. En ese sentido, por cuestiones metodológicas, analizaremos cada uno de los elementos aludidos en el orden señalado.

1. De la acreditación de los elementos referentes a los sujetos

En este rubro, se encuentra el sujeto que realiza el hecho punible, esto es, sujeto activo, responsable de la conducta delictual, por lo tanto la forma y circunstancia de acreditación dependerá de su capacidad de reprochabilidad, (respecto a los delitos comunes) y cualificación (respecto a los delitos especiales).

1.1. Del sujeto activo

Respecto al "sujeto activo", se deberá tener presente, la naturaleza del agente delictual, es decir, verificar si se trata de un sujeto común o sujeto cualificado, por cuanto, por técnica de tipificación, los tipos penales contienen los sujetos que realizan el verbo rector y cumplen la norma prohibitiva o infringen la norma de mandato.

Respecto a los *delitos de dominio común*, el cual no exige cualificación especial en el autor, por ejemplo, los delitos cometidos por particulares, previstos en el capítulo I del título XVIII del segundo libro del CP, así como aquellos tipos penales previstos en la sección IV del capítulo II, del mencionado título y libro del CP, específicamente, los delitos de cohecho activo genérico (art.397), cohecho activo transnacional (art.397-A), cohecho activo específico (art.398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (art.398-A) y tráfico de influencias (art.400); en estos casos, el nivel de acreditación se limitara a demostrar la mayoría de edad del imputado, esto es, una edad cronológica fijada a partir de los 18 años, conforme se colige, en sentido contrario, del art. 20.2 del CP [1]; por lo tanto la acreditación de este supuesto se realizara por diversos medios de prueba posibles, así tenemos, a nivel documental, el documento nacional de identidad (DNI), ficha de RENIEC, partida de nacimiento, odontograma, etc.

Respecto a los *delitos de dominio especial*, en los cuales, por mandato del legislador, se impuso una condición especial sobre el sujeto cualificado, esto es, el título de funcionario o servidor público, miembro de la Policía Nacional, magistrados, fiscal y juez, perito, árbitro, auxiliar jurisdiccional, etc., tipos penales previstos en los capítulos II y III del título XVIII del segundo libro del CP, en tales casos, se deberá acreditar dicha cualificación

1 Precisamos que el art. 20.2 del CP señala que la minoría de edad a partir de los 18 años, asumiendo un criterio biológico, por lo tanto, dicho criterio opera como causal de exclusión de responsabilidad penal, sin embargo, este indicador opera como baremo para partir en forma ascendente a determinar la mayoría de edad. Véase. Recurso de nulidad N.° 2990-99 Lima, del 29 de octubre de 1999. Respecto al criterio biológico, véase, PÉREZ LÓPEZ, Jorge, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 73

con la pieza documental pertinente, es decir, con la resolución de alcaldía, resolución de gerencia, contrato, memorando u otro medio documental afín, mediante el cual se advierta la designación expresa del título funcionarial en razón del cargo específico, por lo tanto, en el caso que no se logre la acreditación de la cualificación especial del sujeto, es decir, que no ingrese dicha formalidad cualificada, el tipo penal atribuido no podría acreditarse, por lo tanto, dicho requisito es de suma importancia para fines de acreditación y probanza.

2. De la acreditación de los elementos referentes a la conducta

El objeto materia de probanza, está vinculado a la forma de ejecución del hecho, el cual puede darse por acción u omisión (omisión propia e impropia), en ese sentido, se deberá acreditar el supuesto de hecho específico, según el caso concreto, para lo cual, se deberá recurrir a los diversos medios de prueba, entre los principales tenemos, testimonios (directos e indirectos), prueba documental, prueba pericial, escuchas telefónicas, videos, etc. En ese sentido, por la propia naturaleza de los delitos materia de análisis, cuya característica fundamental, resulta ser la clandestinidad o la forma subrepticia y sinuosa en la cual actúan los agentes delictuales, se deberá recurrir a la prueba indirecta o indiciaria, por cuanto la prueba directa resulta ser escaza, subsecuentemente, para fines de acreditación, el método indiciario aparece ser de obligatoria utilización.

Por tal razón, antes de realizar los juicios indiciarios, se deberá tener presente las categorías de indicios, por cuanto, con ello, se logra entender los nexos de causalidad y los juicios argumentativos, en ese sentido, a continuación, se presentará las categorías indiciarias.

3. De las categorías indiciaria

La prueba indiciaria, conforme indica LAMAS PUCCIO:

> No es otra cosa que un método para interpretar un hecho a probar; y coincidiendo en el mismo sentido con una gran parte de la doctrina procesal penal de los últimos años, la prueba indiciaria no es una prueba en los términos como se define esta, sino un hecho que requiere ser corroborado a través de un proceso lógico y metodológico en el que hace unos de la inferencia y la deducción, para arribar a una determinada conclusión[2].

En ese sentido, considerando los diversos lineamientos presentados por el autor señalado, se deberá tener en cuenta las categorías indiciarias, todo ello, con la finalidad de poder realizar los respectivos razonamientos inferenciales, dentro de los principales tenemos:

3.1. De los indicios del delito en potencia

Según CÁCERES JULCA, refiere que estos indicios:

2 LAMAS PUCCIO, Luis, *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Lima: Instituto Pacífico, p. 93.

> Son datos que no vinculan directamente al sospechoso con la realización del delito en concreto, sino que solo permiten afirmar la capacidad del sospechoso al realizarlo. Está claro que este indicio resulta bastante débil para probar la intervención en el hecho delictivo, pero puede reforzar el valor probatorio de otras pruebas o indicios más concluyentes[3].

3.1.1. Indicios de capacidad de delinquir

Siguiendo los desarrollos de CÁCERES JULCA:

> Los indicios de capacidad para delinquir permiten determinar si el imputado tiene la capacidad para cometer el ilícito, es decir, si tiene las condiciones físicas, disposición material, sea por acceso directo; esto significa que se debe determinar si el investigado ha realizado acciones tendientes a adquirir instrumentos que sirva para cometer el delito o para preparar el mismo[4].

Y agrega que:

> Se trata de indicios que son inferidos de la personalidad del inculpado que nos llevan a determinar que su conducta actual o pasada, así como su costumbre, sea compatible con las características del sujeto que cometió el ilícito. La conducta humana genera el indicio, ya sea a través de circunstancias, particularidades, antecedentes, etc., que son punto de partida para analizar la acción o una omisión incurrida, que nos lleve a establecer un neo de causalidad con otros elementos que nos permitan formar un criterio a través de nuestros sentidos sobre los hechos investigados[5].

De esta manera CÁCERES JULCA, refiere que para determinar la aptitud se requiere analizar los siguientes indicios: 1) la correspondencia entre la actividad mental con lo exteriorizado en el ámbito de control, pues quien quiere realizar una acción u omisión debe exteriorizar los elementos subjetivos del tipo penal; 2) el indicio de la relación objetiva a través de la cual se ha expresado el acto humano; el indicio de correspondencia entre el pensamiento abstracto y lo finalmente realizado por el sujeto[6].

3.1.2. Indicios de oportunidad personal

Según ELLERO, citado por PABÓN GÓMEZ:

> La oportunidad para delinquir se refiere, según queda dicho, ya a las cualidades personales del acusado, ya a las relaciones en que este se encontraba con as cosas, toda vez que las acciones criminales, como todas las demás acciones, se verifican con ciertos medios. Estos medios son la inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas o de las obras ajenas; resulta claro que algunos de estos medios son propios del acusado, y otros no. [...] Este indicio de la oportunidad personal, o sea de la capacidad intelectual y física, puede resultar de pruebas reales y personales, directas e indirectas, y de presunciones [...]. Debe advertirse también que la oportunidad, al igual que el móvil, no sólo es un indicio, sino también una condición del delito; por lo que no puede prescindirse de ella, sino que es preciso siempre probarla o presumirla[7].

---

3 CÁCERES JULCA, *La prueba por indicios en el proceso penal,* ob. cit., p. 71.
4 *Loc. cit.*
5 *Ibid.,* p. 72.
6 *Ibid.,* p. 74.
7 PABÓN GÓMEZ, Germán, *Lógica del indicio en materia criminal,* t. I, DC: nueva jurídica, Bogotá, 2007, pp. 97- 98.

3.1.3. Indicio de motivo

Según los lineamientos alcanzados por PABÓN, quien cita a ELLERO:

> La causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e interno, pues, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa al delito; hay, pues, móviles más o menos especiales, más o menos próximos ya más o menos fuertes. La necesidad, por ejemplo, es un móvil para todo delito que pueda satisfacerla y son casi todos, directa o indirectamente[8].

Por su parte, CÁCERES JULCA señala que "en estos tipos de indicios requerimos determinar si existieron manifestaciones previas en el investigado relacionadas con amenazas o conversaciones anteriores con el agraviado del que se pueda concluir una razón para la afectación del bien jurídico tutelado"[9]. Y agrega lo siguiente:

> Para que los indicios de motivo adquieran significancia deben relacionarse con otros indicios, de modo que refuercen la tesis incriminatoria. Así, debe verse a este tipo de indicio como el primer eslabón de la cadena argumentativa para construir la prueba indiciaria[10].

3.1.4. Indicios de presencia física en el lugar del hecho

Al respecto CÁCERES JULCA refiere que "para determinar si es relevante la presencia física del imputado en el lugar de los hechos, debemos establecer el momento temporal concreto en que se cometió el delito"[11].

3.1.5. Indicios de participación en el delito

Los indicios de participación "indican que el sospechoso, además de hallarse o poder hallarse en el lugar de los hechos, parece haber tenido participación en él. Para ello es necesario disponer de huellas o contraseñas que lo involucren en el hecho, como huellas dactilares, huellas de pisadas, las ropas o enseres que el sospechoso ha dejado abandonas en el lugar"[12].

3.1.6. Indicios de actitud sospechosa

Los indicios de actitud sospechosa, "están vinculados al descubrimiento de fuentes o elementos de prueba que relacionen al imputado con el delito, mediante la exteriorización de una conducta que manifiesta una acción contraria a la que la cabría esperar un investigado en una situación similar"[13].

3.1.7. Los indicios del delito en acto

Aquí encontramos los indicios antecedentes, concomitantes y subsecuentes, conforme será expuesto en las líneas siguientes.

---

8 *Ibid.*, p. 95.
9 CÁCERES JULCA, *La prueba por indicios en el proceso penal,* ob. cit., p. 79.
10 *Ibid.*, p. 80.
11 *Ibid.*, p. 82.
12 *Loc. cit.*
13 *Ibid.*, p. 84.

3.1.7.1. Indicios antecedentes

Aquí encontramos dos tipos de indicios, *indicios de realización de actos preparatorios* e *indicios de manifestaciones anteriores del imputado o de conductas previas anteriores*. En cuanto a los primeros indicios mencionados, CÁCERES JULCA señala que "son actos que no tienden directamente a ejecutar o consumar el delito, sino más bien a preparar las condiciones necesarias para que el delito se materialice"[14]. Mientras que en relación a los segundos, GARCÍA CAVERO señala que:

> [L]a manifestación de cometer el delito tiene una fuerza probatoria menor que el indicio de realización de actos preparatorios, pues no requiere de esfuerzo y la perseverancia de la preparación del delito, sino que muchas veces depende de estados de ánimo pasajeros en los que hay poco espacio para reflexionar. Por tanto, no será utilizable como indicio si se trata de simples exteriorizaciones de despecho nacidas de un estado de ánimo momentáneo. Sin embargo su valor probatorio aumenta si es que no se limita a expresar una voluntad delictiva, sino que pone manifiesto procedentemente una forma de ejecución que se corresponde con la que finalmente fue utilizada para cometer el delito[15].

3.1.7.2. Indicios concomitantes o de huellas del delito

En este ámbito se tienen los efectos, los instrumentos y los objetos del delito. En cuanto a los primeros, estos son:

> Aquellos elementos materiales obtenidos como resultado del delito, ya sea que se trate de efectos o de resultados de la acción. [...] Efectos son en general las ventajas patrimoniales obtenidas como producto de la comisión del delito"[16].

Los instrumentos "son cualquier objeto del que hace uso el autor para cometer el hecho delictuoso. Dentro de este ámbito tenemos las armas, el veneno o cualquier otro medio utilizado para la comisión del hecho delictivo"[17]. Mientras que los objetos del delito "son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos, en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la drogas en el tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para los que se requiere una regulación específica"[18].

3.1.7.3. Indicios de mala justificación

Respecto a los indicios de mala justificación, "se trata de indicios referidos a la falta de criterio a la hora de verter una explicación, deducida tanto de las incongruencias o poco sentido que estas tengan, o el caso de la falsa explicación"[19]. Para MIRANDA, citado por CÁCERES JULCA, "el papel del indicio de falsa justificación es mucho más restringido, pues debe limitarse a robustecer indirectamente el valor epistemológico de los indicios

14 *Ibid.*, p. 85.
15 GARCÍA CAVERO, *La prueba por indicios en el proceso penal*, ob. cit., p. 47.
16 CÁCERES JULCA, *La prueba por indicios en el proceso penal*, ob. cit., p. 87.
17 *Ibid.*, p. 88.
18 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N.° 5-2010- CJ/116*, Lima: 16 de noviembre del 2010. Veáse, f. j. n.° 9.
19 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, ob. cit., p. 95.

incriminatorios ya acreditados, al resultar desacreditada la hipótesis fáctica explicativa (alternativa) ofrecida por el acusado"[20].

3.2. De la construcción de la prueba indiciaria en los delitos contra la administración pública

La prueba indirecta o indiciaria, presenta tres elementos, siendo: *i) el indicio base, ii) la inferencia lógica y iii) la conclusión razonada.* En las líneas venideras, serán analizados cada uno de los supuestos de utilidad para acreditar los hechos constitutivos en los delitos contra la administración pública.

3.2.1. El indicio base

Respecto al indicio, CÁCERES JULCA, señala:

> No es un medio de prueba, sino un elemento (dato fáctico) de prueba a partir del cual se construye la presunción judicial [...] El indicio es un elemento (estructural) integrante de la presunción, concretamente, de la afirmación base (AB), pero no agota todo su contenido ni estructura. Constituye lo que podemos denominar su elemento estático, esto es, el punto de apoyo o de arranque a partir del cual se llega a la afirmación consecuencia (AC) a través de un enlace preciso y directo (elemento dinámico = E), en cuanto elementos integrantes de la estructura de toda presunción judicial[21].

Sin embargo, como bien afirma CÁCERES JULCA:

> No pueden tomarse como indicios afirmaciones fácticas que no pueden ser constatadas en la realidad, un hecho incierto menos aún un juicio de valor (porque no tiene la fuerza requerida para excluir otras opciones de interpretación) o una sospecha (porque plantea solo una posibilidad basada en un presentimiento o intuición) que no permite una deducción del que puede afirmarse un hecho oculto-hipótesis[22].

De manera complementaria, CUBAS VILLANUEVA manifiesta:

> El indicio para ser tal, debe ser un dato comprobado 'inequívoco e indivisible'. Ningún dato de carácter dubitativo, incierto, ni otro medio probatorio incompleto o disminuido pueden ser considerados como dato indiciario; pues considerar a estos como indicio es desnaturalizar el concepto y por tanto la prueba indiciaria[23].

De esta manera, CÁCERES JULCA concluye lo siguiente:

> El indicio es todo hecho conocido que nace en el seno del proceso, mediante la proposición de una concreta acción u omisión debida y razonablemente comprobada por medios de prueba u otros indicios y susceptible de llevarnos, por vía del raciocinio o inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido, denominado hecho consecuencia[24].

Sin embargo, hay quienes confunden al indicio con la presunción, por ello ZAVALA BAQUERIZO precisa lo siguiente:

---

20 *Ibid.*, p. 99.
21 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal,* ob. cit., p. 38.
22 *Ibid.*, pp. 40 y 41.
23 CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación,* ob. cit., p. 352.
24 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal,* ob. cit., p. 42.

> La presunción llega al proceso después que el juez ha aceptado los indicios vigentes en el proceso –permítasenos el pleonasmo—, los ha elaborado, los ha criticado, los ha aprehendido y sobre ellos ha basado su raciocinio que se objetiviza en la presunción. El indicio es la manifestación de un hecho; la presunción es la manifestación del razonamiento. El primero tuvo su vida indicial en la realidad y fue indicio en tanto es pertinente con objeto del proceso y tiene conexión lógica con los otros indicios; la segunda solo vive como consecuencia del razonamiento judicial fundada en los indicios[25].

3.2.1.1. De los requisitos del indicio base

Ahora bien, a fin de que la prueba indiciaria y en este caso, el indicio base, para ser admitido y esté revestida de valor probatorio, el CPP establece en el art. 158.3 literal c) que los indicios deben cumplir cuatro requisitos. Los mismos que serán desarrollados a continuación:

A. Del requisito de contingencia

Un aporte ilustrativo resultan ser las afirmaciones de ALZATE NOREÑA, quien señala lo siguiente:

> Todos los indicios no necesarios son contingentes. Enseña la Filosofía y lo patentiza el sentido común, que donde resulta un efecto debe antes haberse presentado una causa suficiente, y, al contrario, toda causa produce sus efectos: de modo que puede siempre inducirse, sin lugar a duda, la existencia de la causa por el efecto, y viceversa. Pero un mismo efecto cuando no es indicio necesario, puede significar distintas causas, y al revés, una causa puede producir diversos efectos. Por esta razón, para afirmar la existencia de una causa por un efecto, será indispensable analizar todas las causas que han podido producirlo, cosa difícil por lo limitado del conocimiento humano. Muchas veces se atribuye un efecto a una causa que pueda producirlo, pero que en realidad no lo produjo; lo que sucede es que hay algunos efectos que pueden indicar diversas causas. La fuga, por ejemplo, puede verificarse, o como consecuencia de un delito, o por cualquier otro motivo. Lo que incumbe en esos casos es examinar todas las causas que pudieron producir el efecto rechazando aquellas que no lo produjeron, o cual debe verificarse examinando los otros efectos, que, ligados con aquel, demuestren que todos ellos no pudieron tener más que una sola causa. O lo que es lo mismo, debe procurarse reducir el grupo de efectos a uno solo, y esto determinará, más o menos, la calidad del indicio, y determinará, más o menos también, la unidad de la causa[26].

En este sentido, CÁCERES JULCA afirma:

> No basta que exista una pluralidad de indicios, se requiere que los indicios sean contingentes, es decir, que de ellos se pueda obtener varios hechos deducidos. Lo dicho significa que la fuerza de los indicios contingentes para crear convicción en la mente del juzgador reside en su apreciación en conjunto y no en su análisis aislado. La prueba plena puede surgir tanto de un solo indicio necesario como de varios contingentes que equivalgan al necesario al proyectar una gran cohesión probatoria[27].

No obstante esto último, CÁCERES JULCA, señala que "el indicio contingente no debe ser confundido con el indicio necesario, pues ambos no tienen la misma naturaleza probatoria, el indicio necesario establece convicción por sí solo, mientras que el indicio contingente permite la afirmación de otras posibles interpretaciones"[28]. Agrega CÁCERES JULCA que los indicios contingentes pueden ser graves, leves o levísimos. En cuanto a

25 ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, Quito: Edino, 1989, p. 100.
26 ALZATE NOREÑA, Luis, *Pruebas judiciales*, Manizales: Imprenta Departamental, 1981, p. 139.
27 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, ob. cit., p. 51.
28 *Ibid.*, p. 54.

los *indicios contingentes graves* precisa que son "aquellos capaces de producir tal grado de probabilidad que producen certeza objetiva sobre el hecho incriminado"[29].

En relación a los *indicios contingentes leves*, QUINTERO OSPINA señala:

> [E]l indicio contingente será tanto más leve o débil cuanto menor sea el nexo entre el efecto y la causa, puesto que aun estando probado el hecho indicador, es apenas posible o probable que él señale el hecho desconocido que trata de probarse. En estas condiciones, el indicio leve es un medio probatorio muy débil o de escasa convicción, y solo puede servir para formar certeza en torno al hecho punible o a la responsabilidad del procesado unido a otra índole[30].

Mientras que, sobre los *indicios contingentes levísimos*, CÁCERES JULCA precisa:

> Puede ocurrir que varios indicios reunidos revelen una sola cosa; resultando en este caso que el concurso valdrá como un indicio necesario, ya que de él resulta la cosa necesariamente indicada. Si de los indicios considerados acumuladamente se eliminan varias de las distintas cosas contingentemente indicadas, se puede llegar por mutua compensación a aquella que resulte necesariamente manifiesta. Según esto, la prueba perfecta, objetiva y subjetiva, puede surgir, tanto de un indicio necesario como de varios contingentes que unidos equivalgan al necesario[31].

B. Del requisito de concordancia

Sobre la concordancia, CÁCERES JULCA indica que "el indicio concordante es aquel que guarda una correlación, esto es, conexión o armonía que conduzca por su fuerza vinculatoria a un concreto razonamiento o consecuencia respecto de los hechos que se pretendan probar"[32].

C. Del requisito de convergencia

Respecto a la convergencia, CÁCERES JULCA manifiesta que "no basta con la concurrencia de varios indicios o que estos sean contingentes para que exista prueba indiciaria, sino que además deben conducir lógica y naturalmente al hecho que interesa averiguar para ser concluyentes y convertirse en prueba indiciaria"[33].

Por su parte AZUL CAMACHO, precisa:

> Algunos autores confunden la concordancia con la convergencia, pero son diferentes, aunque exista conexidad entre ellas. Esa diferencia se manifiesta incluso en la propia norma al mencionarlas en forma separada. En efecto —como bien lo observa DELLEPIANE—, la convergencia se refiere al hecho indicador y consiste en "que se ensamblen entre sí, de manera de producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias. En la concordancia todos los indicios se entrelazan, se corroboran o confirman recíprocamente[34].

29 *Ibid.*, p. 51.
30 QUINTERO OSPINA, Tiberio, *La prueba en materia penal*, Bogotá: Leyer, 1997, p. 138.
31 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, ob. cit., p. 54.
32 *Ibid.*, p. 55.
33 *Ibid.*, p. 57.
34 AZUL CAMACHO, Jaime, "Indicios y presunciones", en *Indicios y presunciones. Compilación y extractos*, Bogotá: Jurídica Bolivariana, 2002, p. 148.

D. Pluralidad de indicios

En relación a la pluralidad de indicios, DEL AMO señala lo siguiente:

> La concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta las probabilidades de cada uno de ellos, con la probabilidad resultante de todos en conjunto. Recíprocamente se robustecen unos a otros y el valor de todos es poderoso, como el de la cuerda formada por varios hilos. Debe entenderse que la apreciación nunca se hace matemáticamente, ni depende la fuerza de los indicios de un número mínimo fijo de ellos, o de la suma numérica del mérito de cada uno; sino más bien de su gravedad, pluralidad, concurrencia, concordancia y convergencia, lo cual constituye en conjunto una base sólida para inferir con certeza la verdad del hecho que se trata de averiguar[35].

Por su parte, DEVIS ECHEANDÍA afirma:

> La opinión de que cada indicio aumenta las probabilidades de los demás, con una nueva probabilidad que resulta de la unión de todas las otras, ha sido rechazada, porque implica una especie de cálculo matemático, de simple suma, que por sí solo no tiene fundamento lógico, pues ese resultado no depende solo del número de indicios, sino de las calidades y condiciones de cada uno, de su conexión, concordancia y convergencia. La verdadera razón consiste en que si no existe razón seria para dudar de la autenticidad de esos hechos indiciarios, cuando su concordancia es perfecta y las inferencias que de ellos resultan convergen hacia el mismo resultado, al aumentar su número va disminuyendo la posibilidad de que su conexión con el hecho desconocido que indica sea obra de la causalidad o del azar o producto doloso de maniobras humanos, y aumenta la probabilidad de que ese conjunto de indicios corresponda a la ordinaria manera de sucederse los acontecimientos naturales y los fenómenos humanos, físicos, morales y sicológicos; por consiguiente, de la analogía que existe entre el hecho investigado y el que algunas de las reglas de la experiencia es causa o efecto ordinario de esos hechos indiciarios, se concluye que estos hacen presumir lógicamente la existencia de aquel, en virtud del principio de causalidad[36].

Finalmente, CÁCERES JULCA, agrega que "la regla es que en el proceso se presenten numerosos indicios que en conjunto deben formar una regla de inferencia lógica y suficientemente sólida entre los mismos y el hecho que se declare probado para fundar convicción en el órgano jurisdiccional"[37].

Todo lo afirmado trae a colación el tema del *indicio único*. Al respecto, QUINTERO OSPINA, afirma:

> Un solo hecho indicador no puede producir sino un solo indicio. Si multiplicamos las diferentes pruebas del mismo hecho indicador, el indicio se fortificará subjetivamente cada vez más, pero objetivamente, en cuanto a su contenido probatorio, seguirá siendo el mismo indicio. Lo anterior es cierto aun cuando las diversas pruebas demuestren partes diversas del único hecho que prueba, o momentos distintos, siempre que la prueba de esas diferentes partes del hecho indicador no se refiera sino a la prueba de ese hecho[38].

En virtud de ello, JAUCHEN precisa lo siguiente:

> El mayor o menor peso probatorio de un hecho indiciario equivale al grado de conexión que tenga con el hecho principal. Esta conexión es producto de las apreciaciones subjetivas de quien la contempla, la fuerza probatoria no será otra cosa que la persuasión de su parte. En casos de pluralidad de indicios no es aconsejable deducir su fuerza probatoria exclusivamente de un cálculo matemático a fin de establecer

35 DEL AMO, León, *La clave probatoria,* Pamplona: Universales de Navarra, 1978, p. 99.
36 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales,* t. I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 651.
37 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal,* ob. cit., p. 61.
38 QUINTERO OSPINA, *La prueba en materia penal,* ob. cit., p. 138.

el grado de posibilidades, pues esta fórmula científica sería más aparente que útil, ya que tales grados de fuerza no son ni uniformes ni permanentes, variando según las diversas clases de pruebas indiciarias[39].

3.2.2. La inferencia lógica

Respecto a la inferencia lógica, también conocida como razonamiento inferencial, ALZATE, señala lo siguiente:

> La inferencia indiciaria (que a ley llama presunción judicial) se forma por una operación de la mente por la cual se llega de lo conocido a lo desconocido, a partir de los principios de causalidad e identidad. Se ve, pues, que en ningún caso quiere esto significar que el indicio y la llamada presunción judicial sean idénticos o que sean términos sinónimos, como lo aceptan muchos autores, sino que, al contrario, son distintos. El indicio es un medio de prueba, mientras que la inferencia indiciaria es la certeza que produce aquel medio de prueba[40].

Por su parte, la Corte Suprema ha establecido, en el R. N. N.° 2255-2015 Ayacucho, del 17 de mayo del 2016, que a la letra indica:

> La prueba por indicios demanda dos requisitos adicionales en la inferencia lógica: i) Carácter preciso del enlace, aquel solo será preciso siempre que la deducción no conlleve a una amplitud difusa de posibles alternativas dentro de ellas el hecho consecuencia, sino que la realización del delito sea la única explicación razonable de la existencia del indicio, significándose que la inferencia lógica no alcanzará el estándar probatorio requerido, si el indicio es demasiado abierto o débil como para poder deducir específicamente, a partir de él, la existencia del hecho criminal, excluyendo otras alternativas de explicación. Debe descartarse la existencia de hipótesis alternativas al curso causal de la comisión delictiva, pues, existiendo otra posibilidad razonable resultante de una solución distinta o alternativa, se dará lugar a una incertidumbre, obligando a decantar por aquella que resulte más favorable, en aplicación del derecho a la presunción de inocencia, optando por la absolución; ii) Carácter directo del enlace, implica que la conclusión directamente inferida debe ser la existencia del delito, de manera que no resulta admisible que sea simplemente un dato a partir del cual puede suponerse, a su vez, la existencia del delito. En este aspecto, la derivación lógica del indicio debe coincidir, sin más, con la realidad del delito y la culpabilidad del acusado[41].

Por otro lado, la inferencia lógica, tiene ciertos conectores que permite enlazar las inferencias, conforme se indicará en las líneas siguientes.

3.2.2.1. Clases de encadenamientos

Estos pueden ser de dos tipos, el encadenamiento de "indicios directos" y el "encadenamiento de indicios indirectos". Respecto a los primeros, "esta relación se genera porque el indicio, elemento o medio de prueba, es un hecho conocido que propone o sugiere una concreta acción u omisión plenamente identificable"[42]. Respecto a los segundos, CÁCERES JULCA, recomienda que el mismo sea empleado diligentemente, ya que mientras existan más indicios indirectos entre el primer hecho indiciario y el hecho principal, menor será la fuerza probatoria. Por ello precisa lo siguiente:

---

39 JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal,* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 609.
40 ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales,* ob. cit., p. 135.
41 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Nulidad N.° 2255-2015 Ayacucho*, Lima: 16 de mayo del 2016, f. j. n.° 14.
42 CÁCERES JULCA, *La prueba por indicios en el proceso penal,* ob. cit., p. 112.

> [F]actible la utilización del indicio de indicios o indicio indirecto, siempre y cuando se trate de una cantidad mínima de estos, es decir se circunscriba a su mínima expresión, en la medida que la inicial inferencia indirecta resulte corroborada por alguna prueba directa en el caso del primer indicio, mientras que el siguiente indicio debe cumplir la función de complementar al primero, no en cualquier extremo, sino particularmente en aquello que se da por cierto el primero, a su vez este segundo indicio puede incidir sobre otros aspectos sobre el que no versa el primero[43].

3.2.3. La conclusión inferida

La parte final del proceso inferencial, arroja como producto final, el juicio final o conclusión inferida, "es el hecho oculto, que es expuesto a través de un razonamiento en el que el sentido común, las reglas de la lógica y de la experiencia son indicadores para establecer la conexión o engarce lógico entre el hecho base (hecho indiciante) y el hecho consecuencia (hecho indicado)"[44]. Por ello, Andrés IBAÑEZ refiere lo siguiente:

> Cuando la conclusión lo es de una cadena de inferencias, deberá verificarse el fundamento de cada uno de los distintos pasos. Habrá que tomar en consideración todos los elementos de prueba y verificar la ausencia de contradicciones y tener clara conciencia de que a mayor complejidad en la cadena de inferencias menor será el grado de probabilidad de la inducción probatoria[45].

En razón de esto es que CÁCERES JULCA, afirma:

> La conclusión de la inferencia probatoria no puede entenderse en términos de certeza absoluta, sino en términos de convencimiento persuasivo, por ello basta que el juez se convenza del resultado o conclusión propuesto, esto implica la existencia de una narración que se presenta como altamente probable (probabilidad), por ello que a la prueba indiciaria se le suele denominar también prueba de probabilidades o inducción reconstructiva[46].

De esta manera, a fin de construir una sólida conclusión inferida se emplean las máximas de la experiencia y la lógica jurídica. Las *máximas de la experiencia* "no son presunciones, sino un razonamiento construido producto de la observación del comportamiento del ser humano y que es patrimonio cultural de un círculo social determinado, es este componente lo que permite al juzgador establecer parámetros objetivos, no arbitrarios y/o ilegales en cada caso en concreto"[47]. Finalmente, cabe agregar lo siguiente:

> La razonabilidad de la regla de la experiencia que vincula los indicios con el hecho probado, no es sinónimo de valoración discrecional, sino que es producto de la credibilidad individual que produce el medio de prueba con su correlativo hecho probado, el mismo que se sumará a los otros medios de prueba incorporados en el razonamiento probatorio de la sentencia[48].

La lógica jurídica "no es una lógica dogmática y abstracta, sino contextual, realista, eficaz y razonable. La lógica implica un procedimiento racional que parte de lo conocido a lo desconocido, que conduce al juez a analizar su propio pensamiento a través de

43 *Ibid.*, p. 118.
44 *Ibid.*, p. 121.
45 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Garantismo y proceso penal", en *Garantismo y derecho penal,* Bogotá: Temis, 2006, p. 154.
46 CÁCERES JULCA, *La prueba indiciaria en el proceso penal,* ob. cit., p. 123.
47 *Ibid.*, p. 129.
48 *Ibid.*, p. 132.

la inducción y obtener así la idea correcta del asunto a discusión"[49]. De esta manera, las reglas de la lógica se desarrollan en dos: "1) la acreditación objetiva del indicio, esto significa que su determinación como un hecho ocurrido en el pasado del cual se tiene certeza de su existencia de forma incontrovertible, 2) la aplicación al indicio de las reglas de la ciencia o de la experiencia para deducir el elemento probatorio sobre otro hecho y comprobar su eficacia probatoria"[50].

4. De los pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la prueba indiciaria

Existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales, empero los más resaltantes son aquellos que han sido emitidos por nuestra Corte Suprema, quien ejerciendo, su función de unificación de criterios e ilustración a los demás órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, por lo tanto, en las líneas venideras, se mostraran algunos pronunciamientos jurisprudenciales afines a la temática.

4.1. Del R. N. *N.° 1912-2005 Piura*

El R. N. N.° 1912-2005 Piura, del 6 de setiembre del 2005, constituye *precedente vinculante,* habiéndose precisado en el cuarto fundamento jurídico, las razones cómo debe ser utilizado los indicadores de la prueba indirecta, así tenemos lo siguiente:

> Requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaría para enervar el principio de presunción de inocencia. Cuarto. Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaría, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del 25 de setiembre de 1992, y Telfner contra Austria, sentencia del 20 de marzo del 2001]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino, otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos -ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera -esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo español en la Sentencia del 25 de octubre de 1999 que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y

49 *Ibid.,* p. 133.
50 *Ibid.,* p. 134.

de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo[51].

4.2. De la Cas. N.° 628-2015 Lima

La Cas. N.° 628-2015 Lima, del 5 de mayo del 2016, en el f. j. n.° 5, desarrolla de manera aplicativa, cómo se debe aplicar los criterios de la prueba indiciaria en un caso concreto, así tenemos:

> Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.En materia de prueba indiciaría, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)- (...) En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de é te, debilitando su fuerza probatoria [...].

5. De la demostración del hecho constitutivo

El "hecho constitutivo" aparece ligado al tipo penal específico, por lo tanto su acreditación estaría alineada a las técnicas de tipificación del delito materia de probanza, es decir, la demostración del "hecho constitutivo", implica acreditar tanto los elementos del tipo objetivo y tipo subjetivo, en la medida que dichos elementos sean factibles de probanza según las reglas de actuación de los medios de prueba, por lo tanto, a nivel del tipo objetivo, se deberá acreditar los elementos referentes a los sujetos (respecto a un delito especial o de infracción de deber se deberá acreditar el estatus especial del autor, respecto al agraviado, cuando se trata de un menor de edad se deberá acreditar la edad cronológica respectiva, el retardo mental, anomalía psíquica, etc.), los elementos referente a la conducta (forma de ejecución ligada al supuesto de hecho específico según el caso concreto) y los elementos concomitantes (referente a los elementos descriptivos contenidos

51 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Nulidad N.° 1912-2005 Piura*, Lima: 6 de setiembre del 2005.

en cada tipo penal, según el caso específico). A continuación se presenta un esquema de probanza del hecho constitutivo según las técnicas de tipificación.

CLASE DE HECHO	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL			
	TIPO OBJETIVO		ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL	
HECHO CONSTITUTIVO	1.	Elementos referente a los sujetos	CONTENIDO	MATERIA DE PROBANZA
			Sujeto activo Sujeto pasivo	-Será objeto de probanza en la medida que se trate de un delito especial o infracción de deber. -Respecto a los delitos comunes, se deberá acreditar la mayoría de edad. Será objeto de probanza en la medida que forme parte del supuesto de hecho, esto es, se deberá demostrar la minoría de edad o el estado de la víctima, según exija el tipo penal.
	2.	Elementos referente a la conducta	Clase de delito Forma de ejecución (Por acción u omisión)	No es objeto de probanza Será objeto de probanza en la medida que forme parte del supuesto de hecho.
	3.	Elementos concomitantes	Bien jurídico Imputación Objetiva y relación causal Elemento descriptivo y normativo	No es objeto de probanza Se argumenta y se demuestra en la medida que esté ligado al supuesto de hecho. Serán objeto de probanza en la medida que esté vinculados al supuesto de hecho.
	TIPO SUBJETIVO		ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL	
HECHO CONSTITUTIVO	Dolo		Serán objeto de probanza en la medida que la intención volitiva haya sido manifiesta en el mundo real, así como en la forma y circunstancia que aparezca enlazada con el supuesto de hecho.	
	Culpa		Serán objeto de probanza en la medida que el accionar (negligente, imprudente e inexperto) haya sido manifiesto en el mundo real, así como en la forma y circunstancia que aparezca enlazado con el supuesto de hecho.	

6. De la normativización del tipo penal

La dogmática penal en las últimas dos décadas ha venido desarrollando con cierto vigor y fecundidad académica, una restructuración del tipo penal, mudando los conceptos ontológicos propios de la tienda finalista hacia concepto normativos propios del sistema funcional, en ese sentido la normativización del tipo penal tanto en su nivel objetivo como subjetivo se encuentra manifestado con claridad.

La normativización del tipo objetivo implica que tanto los tres elementos que lo integran, *sujeto*[52], *conducta*[53] *y concomitantes*[54], son analizados fundamentalmente bajo lineamientos de atribución valorativa dentro de un plano social predeterminado tanto a la conducta desplegado por el autor y la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos

52 Referente a la clase de sujetos que intervienen en el hecho punible, es decir si se trata de sujetos comunes o sujetos cualificados, ambos con capacidad de reprochabilidad.

53 Para analizar la conducta en el tipo objetivo, se deberá tener presente dos indicadores fundamentales, siendo: i) identificar la clase de delito que es materia de imputación, es decir verificar si se trata de un delito de resultado, peligro, mera actividad, propia mano, de tendencia, plurisubjetivo, de participación necesaria, etc. ii) identificar la forma de ejecución, es decir verificar si el delito se ejecutó mediante forma activa u omisiva.

54 En este elemento se puede verificar la presencia de tres indicadores, siendo: i) imputación objetiva, tanto de la conducta como del resultado, ii) bien jurídico tutelado y iii) elementos descriptivos y normativos.

tutelados por la ley penal, en ese sentido la atribución de responsabilidad penal solo encuentra aceptación y legitimidad social, en la medida que en cada caso concreto se analice concienzudamente indicadores propios del tipo objetivo, como son el *estatus del ciudadano en una sociedad determinada* (elementos referentes al sujeto) *los roles del ciudadano en sociedad* —rol general y especial— mediante el cual se puede advertir la defraudación de expectativas sociales (elementos referentes a la conducta) y los *criterios de atribución propios de la imputación objetiva,* que nos advierten la creación de riesgos relevantes o irrelevantes en el curso causal del hecho punible tanto de la conducta como del resultado (elementos concomitantes), en ese sentido el tipo objetivo deja ser una mera expresión causal de atribución convirtiéndose en un indicador de atribución que exige análisis valorativo de diversos factores de atribución[55].

La normativización del tipo subjetivo implica comprender en primer plano que el elemento volitivo —en un delito de comisión dolosa—, no forma parte en propiedad de la imputación subjetiva del hecho[56] por cuanto la voluntad del agente delictual forma parte implícitamente de todas las categorías jurídicas del delito, esto es, a nivel de la antijuridicidad la voluntad delictual aparece identificada —ya sea en su vertiente formal y material— por cuanto se asume que los intervinientes en el injusto penal tienen conocimiento que su accionar es contrario al orden jurídico por cuanto lesiona o pone en peligro bienes de tutela penal, de la misma forma a nivel de la culpabilidad, la voluntad aparece identificada en la medida que el nivel de reprochabilidad idóneo para sustentar responsabilidad penal, se encuentra en el hecho que se demanda al agente delictual la "exigibilidad de otra conducta", esperando el derecho penal y el sistema social que el agente actué conforme a derecho, en ese sentido un distinto accionar "voluntario" justifica imputar responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, *la normativización del tipo subjetivo* implica alejarse del enfoque tradicional orientado a saber si el agente delictual tuvo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, conforme indica GARCÍA CAVERO en su libro *Derecho penal económico. Parte general*[57], por cuanto dicho enfoque resulta ser indeterminado y gaseoso para fines probatorios, en razón que el mismo procesado por postura de defensa negara conocer la norma prohibitiva, siendo esto así y siguiendo los aportes del jurista antes mencionado, podemos concluir que el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo deberán ser reemplazados —al momento de valoración del caudal probatorio y la conducta de los sujetos procesales—

55 En similar argumentación aparece lo desarrollado por BERND MÜSSIG, quien en su ensayo "Aspectos teóricos -jurídicos y teóricos-sociales" indica lo siguiente:
Puede considerarse que la estructura personal de imputación constituye una estructura fundamental de imputación de la atribución jurídico penal de responsabilidad en la media en que en la imagen de la administración del círculo de organización de cada uno se recogen los criterios de un rol común jurídico, estándares de la descripción social de la persona. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.), *Teoría de los sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima: Ara, 2007, p. 264 y ss.

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo,* Barcelona: Bosch, 1992, p. 401. De la misma forma RAGÚES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Barcelona: Bosch, 1999, p. 275 y ss, ambos citados por GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general,* Lima: Ara, 2003, p. 513.

57 *Ibid.,* pp. 518 y 519.

por criterios de *percepción sensorial* y *juicios de valoración,* siendo esto así la "percepción sensorial" implica analizar el rol general del agente delictual en el caso concreto tiene como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción[58]. Por otro lado el *juicio de valoración* exige niveles de análisis superiores a la esfera del profano[59], es decir nos encontramos a conocimiento específicos propios de un rol especial.

Finalmente podemos concluir que las formas de imputación subjetiva no versarán sobre estándares internos psíquicos del agente delictivo en razón de lo incierto e indefinido de dicha área al momento de ser valorada por el juzgador, en ese contexto en los delitos dolosos el camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse —en opinión de GARCÍA CAVERO— en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por roles especiales puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales[60].

En ese sentido, respecto a los delitos contra la administración pública, resulta ser de suma importancia, entender que el tipo subjetivo, supera los niveles convencionales del sistema naturalístico, ingresando, inevitablemente, a un escenario normativo, del cual no se puede desconocer, es decir, entender que el dolo se aleja de los criterios subjetivo y psicologizantes para ingresar a una esfera objetiva, donde el tipo subjetivo responde a criterios estandarizados impuestos por el sistema social, de conformidad con el rol específico. En las líneas venideras se explicará a detalle, respecto a la normativización del tipo subjetivo.

7. De la probanza del tipo subjetivo en los delitos de contra la administración pública

El art. VII del TP del CP señala que se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, el tipo penal se perfecciona, en la medida que exista, concurrentemente, los elementos del tipo objetivo y subjetivo. Ante ello, los delitos contra la administración pública, no son la excepción, por lo tanto, exigen la presencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, para alcanzar perfeccionamiento consumativo. A nivel del tipo objetivo, existen, tres categorías subjetivas, siendo, el dolo, la culpa y preterintencionalidad; por lo tanto, en los delitos contra la administración pública, mayoritariamente, los tipos penales son delitos de comisión dolosa, con escazas excepciones, por ejemplo, peculado culposo, en ese sentido, existen diversas clases de dolo, conforme se indica a continuación.

Nuestro CP, no regula de manera expresa el concepto del dolo, sin embargo, por criterio doctrinario y jurisprudencial, en el Perú mayoritariamente se acepta tres postulados, el primero respecto a la estructura del dolo, entendida como la concurrencia de los elementos cognitivo y volitivo, el segundo postulado, respecto a la ubicación del dolo

58 *Ibid.,* p. 521.
59 *Ibid.,* p. 525.
60 *Ibid.,* p. 535 y ss.

en la teoría del delito, en ese sentido se entiende que el dolo pertenece al tipo subjetivo, razón por la cual la tipicidad estará completa en la medida que se desarrolle íntegramente el tipo objetivo y subjetivo. El tercer postulado se encuentra vinculado a las clases de dolo.

7.1. La estructura del dolo

Estructuralmente el dolo está integrado por dos elementos, siendo: a) elemento volitivo y b) elemento cognitivo; en ese sentido el dolo aparece no solo como un mero acontecer, sino por el contrario surge como la manifestación de la conducta del autor, quién ha conocido y querido el resultado lesivo como suyo. En ese orden de ideas, si bien en nuestro CP no se encuentra expresamente señalado el concepto de dolo, empero la figura de la tentativa prevista en el art. 16 del CP, nos otorga un atisbo cercano a la estructura volitiva y cognitiva, por cuanto en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito —esto nos muestra la idea de un *conocimiento causal o naturalístico*— que decidió cometerlo —esto nos muestra la idea de *voluntad o fenómeno psicologista*—, sin consumarlo.

Bajo ese mismo orden de ideas, CEREZO MIR, nos indica que, la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la punición de la tentativa, es decir por la punición de las acciones dirigidas por la voluntad del autor a la lesión de un bien jurídico[61]. Por otro lado el sistema jurisprudencial peruano, en la ejecutoria del 30 de octubre de 1997, según el Exp. N.° 2163-97, de la misma forma en el caso utopía en el Exp. N.° 306-2004, se ha venido señalando en ese mismo orden de ideas la concurrencia de los elementos volitivos y cognitivos[62].

7.1.1. Del elemento cognitivo

El elemento intelectual o cognitivo está referido a la conciencia o conocimiento contenidos en el agente delictivo, respecto a la realización de los elementos del tipo penal, por otro lado dogmáticamente, el elemento cognitivo en un sentido más estricto, comprende la conciencia de los elementos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal

61 CEREZO MIR, José, *Obras completas, derecho penal parte general*, t. I, Lima: Ara, 2006, p. 510 y ss.

62 Según la ejecutoria aludida, se establece: Que solo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir, cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo-manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior- sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es, la parte subjetiva, que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo). LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel, *Jurisprudencia del proceso penal sumario: ejecutorias de la Sexta Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima*, p. 103, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, p. 353.

entre la acción y el resultado[63] y el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado.

7.1.2. Elemento volitivo

Este elemento está asociado con la voluntad del agente, sin embargo esta voluntad transciende el simple deseo del autor, por cuanto este mero deseo no es suficiente para integrar el elemento volitivo, sino por el contrario la voluntad es válida únicamente cuando el sujeto activo quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción[64]. En ese orden de ideas, CEREZO MIR ejemplifica la situación para entender lo insuficiente con el mero deseo, ante ello se tiene que un sobrino recomienda a su tío, del que es presunto heredero, que viaje mucho en avión con la esperanza de que se produzca alguna vez un accidente y fallezca, desea, sin duda, la muerte de su tío, pero no se da el elemento volitivo del dolo[65].

7.2. De la ubicación del dolo en la teoría del delito

En la teoría jurídica del delito, ha sido y viene siendo analizada por diferentes sistemas conceptuales, en ese sentido la tienda del sistema causal, considera que la ubicación y el estudio del dolo radican en la culpabilidad[66]. Posteriormente y en mérito a la influencia del sistema finalista, se llegó a determinar que el dolo no era parte de la culpabilidad, sino forma parte de la tipicidad, es por esta razón que surge la necesidad de afirma la existencia de un tipo subjetivo como elemento estructural de la tipicidad[67]. En ese sentido actualmente nuestro sistema jurisprudencial acepta —por unanimidad—que el dolo está ubicado en la tipicidad, evidencia de ello, VILLAVICENCIO TERREROS, cita como referencia jurisprudencial la Ejecutoria Suprema del 26 de marzo de 1988, en el Exp. N.° 455-97 Callao[68].

7.3. De las clases del dolo

Existe consenso mayoritario respecto a la existencia de tres clases de dolo, siendo: a) dolo directo, b) dolo de segundo grado y c) dolo eventual, en ese sentido:

a) Dolo directo.- Esta clase de dolo es conocido como dolo de primer grado, el cual consiste en el sentido que el agente busca realizar un hecho y lo hace, es decir existe coincidencia entre lo que quiere y lo que se hace, en otras palabras es el dolo en puridad o en esencia. Hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley sabiendo que lo hace y queriendo llevarlo a cabo, de

63 RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general,* p. 460, citado por CEREZO MIR, José, *Obras completas, derecho penal. Parte general,* t. I, Lima: Ara, 2006, p. 519 y ss.

64 MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal,* pp. 151 y 152, citado por CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal parte general,* ob. cit., p. 536 y ss.

65 *Ibid.*, p. 536.

66 BENITES SÁNCHEZ, Santiago, *Derecho penal peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal,* p. 152, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 353.

67 Véase, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general,* t. I, traducción y notas por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García CONLLEDO y Javier de VICENTE REMESELL, Madrid: Civitas, 1997, p. 307 y ss.

68 *Ibid.*, p. 354.

donde se desprende que está conformado por dos momentos, uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro voluntario, voluntativo o volitivo, por ejemplo "A" quiere matar a "B" y lo hace69.

b) Dolo de segundo grado.- Esta clase de dolo es llamada como dolo de consecuencias necesarias, en ese sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Miguel, indica consiste cuando el sujeto activo sabe que para realizar un hecho necesariamente tendrá que producir una consecuencia adicional que se encuentra ligada al resultado. El sujeto asume las consecuencias generadas por el hecho que comete. En este caso prima el elemento intelectual, pues el sujeto advierte que su comportamiento trae consigo otro delito. Por ejemplo: "A" quiere matar a "B" que está en un ferrocarril y lo descarrilla moviendo las agujas de la línea férrea, por lo tanto "A" tiene dolo directo de matar a "B" y dolo de segundo grado respecto a todos los demás pasajeros[70].

c) Dolo eventual.- Este tipo de dolo está vinculado a la representación que tiene el agente delictivo del resultado lesivo, es decir el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que éste es de probable manifestación en el mundo real, en ese mismo sentido, CEREZO MIR, indica que cuando el sujeto considere meramente posible que la consecución del fin vaya acompañada de la realización de los elementos objetivos del tipo (de la producción del resultado delictivo) se plantea el problema de la distinción del dolo eventual y la imprudencia consciente o con representación[71].

d) Dolo normativo.- Una nueva clase de dolo viene ingresando en las esferas del núcleo de la dogmática penal[72] contemporánea, nos referimos al dolo normativo, el cual es entendido como un proceso de atribución objetiva sustentado en competencias cognitivas propias del sujeto activo[73]. Es necesario precisar que esta clase de dolo, mayoritariamente, no es admitida por el sistema jurídico penal peruano.

8. Tesis de *lege ferenda*

Con fines de operativizar el tipo subjetivo de los delitos dolosos expresados en los delitos contra la administración pública, considero que el tipo subjetivo, tiene que admitir una clase de dolo afín al sistema de normativización del aspecto subjetivo del tipo penal,

69 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1995, p. 362.
70 *Ibid.*, p. 207 y ss.
71 *Ibid.*, p. 538 y ss.
72 Semánticamente dogmática penal significa ciencia de los dogmas, y en este caso, de las normas jurídicas dadas, en ese sentido se puede decir que la tarea de la dogmática del derecho penal es la interpretación del derecho penal positivo, si el termino interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 9 y ss., citado por CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal parte general,* ob. cit, p. 92.
73 En ese orden, la doctrina moderna de corte funcional-normativa viene desarrollando algunos criterios referenciales para determinar el proceso de imputación subjetiva, siendo: a) Conocer qué es el dolo, b) Saber cómo determinarlo y c) Contar con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente. Véase, RAGUES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 363 y ss.

esto es, dolo normativo. En las líneas siguientes, serán considerados algunos postulados, desde una perspectiva de *lege ferenda*.

8.1. De la armonía entre el dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria

Los estándares del dolo normativo y los criterios del sistema de libre valoración probatoria vigente en el nuevo código procesal penal, resultan ser afines por cuanto ambos están ajenos a los criterios subjetivos o psíquicos, en razón que el dolo normativo a través de los indicadores de la normativización del tipo subjetivo permite analizar los criterio de imputación subjetiva a la luz de ciertas competencias expresadas en el mundo real según la plataforma del rol general o específico, por otro lado el sistema de valoración de la prueba adoptado por el nuevo sistema procesal penal delimita indicadores de fuerza objetiva ajena a la subjetivación de los sujetos procesales.

Los indicadores del dolo normativo, conforme se señaló, resultan ser los juicios de percepción sensorial (vista, tacto, oído, gusto y olfato, sentidos que trasmiten información al sistema nervioso, siendo dicho sistema encargado de procesar la información, terminando dicho proceso con un mensaje determinado producto del proceso de comunicación en sociedad) y juicios de valoración (conocimientos especiales propios de la profesión y actividades que demanda niveles de conocimiento por encima del profano), los mismos que serán analizados y compulsados con el rol general y especial respectivamente según la naturaleza del agente delictual en cada caso concreto, en ese sentido el elemento cognitivo resultará ser el único referente del tipo subjetivo, prescindiéndose de la voluntad al momento de valoración de la conducta delictual.

Este argumento encuentra respaldo con el criterio legal previsto en el art. 16 del CP, el cual deberá ser interpretado no como un fenómeno naturalístico causal sino con criterios normativos propios de criterios de percepción sensorial y valoración según el rol general o especial del sujeto, por cuanto en un delito de comisión dolosa el agente "decide" cometer el injusto penal, habiendo previamente conocido el iter criminal, teniendo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo producto de un juicio de percepción sensorial, por ejemplo en el delito de robo el agente delictual recaba información como consecuencia del proceso de percepción sensorial desarrollado con anticipación, por lo tanto asume un nivel de conocimiento profano o genérico respecto a *la ilicitud de la norma prohibitiva de no dañar,* dicha percepción conllevó a los intervinientes en el hecho punible a que tengan el mínimo conocimiento que apoderarse de un bien mueble ajeno implica lesionar un rol general propio de un deber genérico, en ese mismo orden de ideas en el delito de prevaricato de derecho el nivel de conocimiento por razón del sujeto cualificado supera el estándar de un rol general, exigiéndose un juicio de valoración cualificado por cuanto el injusto penal exige conocimientos especiales respecto a contravenir normas usando leyes supuestas o derogadas.

El sistema de libre valoración probatoria ha sido adoptado en el Perú, conforme se evidencia en el inc. 1 y 2 del art. 157 del nuevo CPP, habiéndose establecido que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley, de la misma forma no se tendrá en cuenta los límites probatorios señalados por las leyes

civiles con las excepciones del estado civil o ciudadanía de las personas. En ese contexto la valoración de la prueba estará sujeta a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, en los casos de testigos referenciales, declaraciones de arrepentidos o colaboradores eficaces y situaciones similares, tendrán eficacia probatoria en la medida que sean corroboradas con otras pruebas; de la misma forma a la valoración de la prueba indiciaria, ésta será eficaz en la medida que el indicio esté probado, el método de la inferencia esté basado en la reglas de la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia, de la misma forma dichos indicios deberán ser contingentes, plurales, concordantes y convergentes, conforme aparece señalado en el art. 158 del citado CPP.

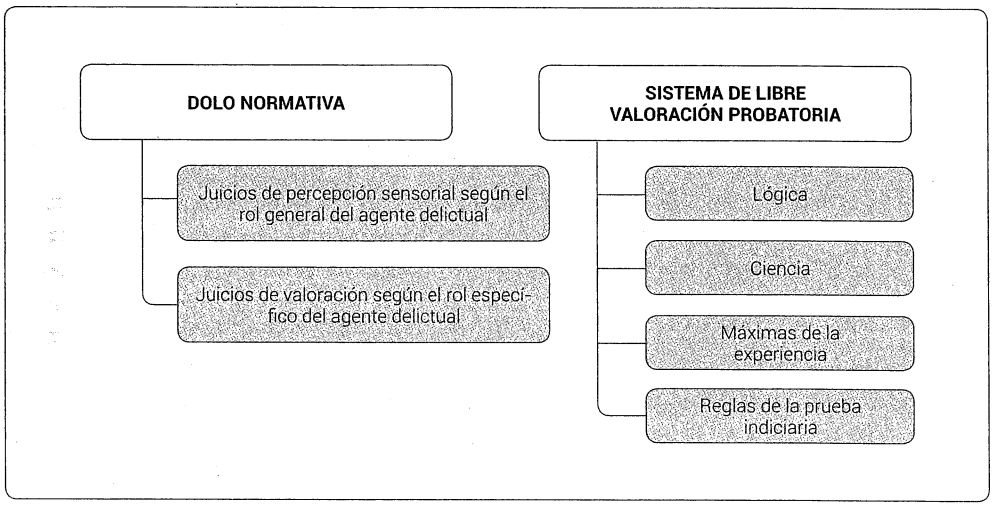
En ese orden de ideas expuesto, la concepción del dolo normativo—analizados bajo los indicadores objetivos de juicios de percepción sensorial y juicios de valoración según el rol general o específico desarrollado en una sociedad determinada—y el sistema de libre valoración probatoria, ambos resultan tener puntos en común y de gran utilidad para la administración de justicia, por cuanto nos permite desligarnos de criterios subjetivos e inciertos y transitar bajo reglas objetivas y racionales, en ese orden explicativo la valoración probatoria tiene fundamentalmente cuatro indicadores, siendo: i) La lógica[74], ii) La ciencia[75], iii) Las máximas de la experiencia[76] y iv) Las reglas de la prueba indi-

74 El Código Procesal Penal no ha referencia al tipo de lógica, por cuanto existen diversas clases de lógica, deductiva, modal, deóntica, plurivalente, cuántica, etc., sin embargo entendemos como conocimiento básico que la lógica está vinculada a los diversos criterios de argumentación racional sobre realidades objetivadas evidenciadas o manifestadas en el mundo social, en ese sentido surge la necesidad de tener como marco referencial una estructura de logicidad argumentativa, Manuel ATIENZA traslada al sistema jurídico los argumentos desarrollados por TOULMIN, quien indica que toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar, si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión, por lo tanto los hechos probatorios constituirían las razones del argumento, los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso, la garantía estaría constituida por las máximas de la experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

75 Según el diccionario de la RAE la definición de ciencia es: "El conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales". Por otro lado MICHELLE TARUFFO dice: [...] no hay duda sobre las denominadas ciencias "duras" o "no humanas", tales como la química, la física, las matemáticas, la ingeniería, la biología, la genética, etcétera. En consecuencia, en los casos que las ideas proporcionadas por estas ciencias son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deban ser probados en un proceso civil, no surgen problemas, y el juez ordena de plano que se realicen los informes técnicos necesarios. Sin embargo, surgen problemas cuando se trata de las ciencias denominadas "humanas" o sociales, como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, la crítica literaria, la estética o la ciencia de las religiones. Por un lado, a propósito de muchos campos del saber se discute, nada menos, si se trata realmente de "ciencias" en el sentido propio del término, ya que a menudo faltan caracteres como el de verificabilidad empírica o el de la posibilidad de repetición de los experimentos [...]. TARUFFO, Michelle, *Estudios sobre la prueba*, Distrito Federal de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 146.

76 La doctrina procesalista en materia de prueba, presenta algunos indicadores respecto a las máximas de la experiencia, siendo: i) De carácter científico o especializado como aquellas aportadas por los peritos; ii) De carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; iii) De carácter privado, respecto a las experiencias corrientes, esto es, derivadas de la experiencia del juez al margen del ejercicio de su profesión; iv) Por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente, v) Por definiciones o teorías que suelen ser proporcionadas por la doctrina, pero pueden proceder también de la jurisprudencia o incluso tener carácter legal, por ejemplo lo que se permite dar por probado qué

ciaria[77], estos indicadores deberán aplicarse según la peculiaridad del caso concreto. A continuación presentamos un cuadro sinóptico sobre los indicadores y afinidad del dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria, siendo:



8.2. Toma de postura

a) Consideramos que la imputación subjetiva del hecho y la libre convicción probatoria resultan ser un binomio de gran utilidad para resolver un hecho con contenido penal, en ese sentido en primer orden se tiene que considerar

---

cierta consecuencia ha sido intencional y por tanto puede apreciarse al menos dolo eventual —depende si se acepta una definición de consecuencia intencional como consecuencia meramente prevista o como consecuencia prevista y además deseada o aceptada—. GONZÁLES LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Lima-Bogotá: Palestra, Temis, p. 61.

77 Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa: El uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar raciocinando del hecho conocido al desconocido. Aplicado el indicio al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal, y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte en él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 9.ª ed., Madrid: Reus, 1959, p. 439. Por otro lado, Deivis ECHEANDIA sostiene: [...] Se ha discutido si el razonamiento valorativo es inductivo o deductivo. Si se contemplan los hechos conocidos y la conclusión que de ellos se obtiene para dar por cierto el hecho desconocido, es indudable que la operación lógica que entonces se utiliza, es de naturaleza inductiva: De aquella se induce la existencia o inexistencia de éste; desde ese punto de vista tienen razón los autores que consideran inductivo el razonamiento probatorio que acompaña a los indicios. Pero si se contemplan las máximas generales de la experiencia o la regla técnica que se utiliza para el argumento probatorio, se tiene que de la generalidad y constancia de aquélla se deduce el nexo o conexión que debe existir entre los hechos indiciarios y el hecho desconocido por probar y entonces aparece una especie de razonamiento deductivo, aun cuando en el fondo es una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa como observa Dellepiane y más adelante concluye "no puede descartarse el razonamiento deductivo en la valoración de la prueba por indicios, como lo enseñan también otros autores: inducción y deducción se confunden en el juicio lógico crítico. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial,* t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, 1974, p. 624 y ss. Nuestra Corte Suprema a desarrollado en gran parte dichos indicadores que deberán ser considerados en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2009 Piura.

que el sistema de atribución penal se mueve en un plano normativo y no así en planos naturalísticos u ónticos, en segundo lugar debemos considerar que el centro de imputación jurídico penal es una persona la cual es portadora de deberes y derechos en sociedad propio de roles generales[78] y específicos, y en tercer lugar la valoración de la prueba deberá ser considerado bajo los lineamientos de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y de ser el caso los criterios de la prueba indiciaria.

b) El CP peruano de 1991 no contiene prohibición expresa sobre la aceptación del dolo normativo como elemento de imputación subjetiva, por lo tanto en mérito al principio general del derecho "lo que no está prohibido está permitido"[79], es perfectamente posible fundamentar una imputación jurídico penal, en un caso concreto, desde el prisma del dolo cognitivo, debiéndose realizar una fundamentación cualificada que justifique el apartamiento de la Cas. N.° 367-2011 Lambayeque,conforme señala la segunda parte del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) El dolo normativo demanda que la imputación subjetiva radica en *juicios de percepción sensorial* y *juicios de valoración*, las mismas que tienen como soporte el rol general y especial respectivamente, según los estándares de una sociedad determinada, en ese sentido la imputación subjetiva encuentra justificación en la medida que el encausado haya infringido el rol respectivo.

d) El sistema de libre valoración probatoria demanda que la prueba al momento de ser compulsada por el juzgador, deberá seguir los cánones de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y los indicadores propios de la prueba

78 Nuestra corte suprema viene aceptando la operatividad de los roles en sociedad, conforme se evidencia en el Recurso de Nulidad N.° 1446-2006 Ica, de fecha diecinueve de julio de dos mil siete, donde se analiza un rol general del hombre promedio en sociedad, cuando indica textualmente:
"Que, con relación al procesado Guerrero Tejada, este Colegiado estima que no se encuentra probado que en su actuar en la comisión que integró haya sido poco diligente, sino que se desarrolló dentro de los parámetros del principio de confianza, que lo exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido —en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia". En el mismo sentido el Recurso de Nulidad N.° 1666-2006 Arequipa, de fecha veinticinco de julio de dos mil siete, donde también se advierte:
"Que, en autos se ha acreditado que la citada orden de compra número cero cero seiscientos ochenta y siete no fue elaborada por el citado encausado, pues este documento ya venía elaborado por las áreas de adquisiciones, de abastecimiento y de apoyo administrativo, conforme se verifica en la firma y sellos consignados, luego pasa al almacén donde el acusado firma dando conformidad de recepción de la mercadería, sigue su recorrido a logística para terminar en el departamento de contabilidad donde se gira el cheque respectivo. Esta cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido genera, conforme al criterio de imputación objetiva el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley".

79 Principio desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 0013-2003-CC/TC.

indiciaria, de modo tal que dicho sistema ha sido admitido por el Perú conforme señala el art. 158 del nuevo CPP del 2004.

e) El dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria, resultan ser afines para resolver casos concretos, por cuanto sus indicadores y estructura responde a planteamientos normativos ajenos a criterios subjetivos, naturalísticos u ontológicos.

f) Las estructuras ontológicas y normativas tienen fundamentaciones materiales distintas, por lo tanto resulta confuso y defectuoso usarla de manera concurrente en un mismo supuesto fáctico, debiendo optar por cualquiera de ella y usarlas de manera uniforme.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.

1996 *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial*, Bogotá; Caracas; Panamá; Quito: Bolivariana.

2002 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima: ARA.

Abanto Vásquez, Manuel

2003 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra.

2014 *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley.

Álvarez Bernal, María

2008 *La ética en la función pública*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

Álvarez Pedroza, Alejandro y Orlando Álvarez Medina

2017 *Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado*, vol. I, Lima: Instituto Pacífico.

Alzate Noreña, Luis

1981 *Pruebas judiciales*, Manizales: Imprenta Departamental.

Andrés Ibañez, Perfecto

2006 "Garantismo y proceso penal", en Sotomayor Acosta, Juan (coord.), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá: Temis.

Arismendiz Amaya, Eliu

2014 "La problemática de la participación del extraño en el delito de parricidio", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 60, Lima: junio.

2014 "El principio de imputación necesaria según las reglas de las técnicas de tipificación en derecho penal", en *Actualidad Penal*, vol. 9, Lima: mayo del 2014.

2017 "La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito del D. Leg. N.° 1351", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 92, Lima: febrero.

ATIENZA, Manuel

1991 *Las razones del derecho. La teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AZUL CAMACHO, Jaime

2002 "Indicios y presunciones", en QUINCENO ÁLVAREZ, Fernando (edit.), *Indicios y presunciones*, Bogotá: Jurídica Bolivariana.

BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina

2002 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Lima: ARA.

2007 *Autoría y participación en delios de infracción de deber, una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Madrid: Marcial Pons.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

1996 *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., reimp., Bogotá: Temis.

1998 *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., reimp., Bogotá: Temis.

BARTRA CAVERO, José

2007 *Ley de procedimiento administrativo general*, Lima: Huallaga.

BERNAL PINZÓN, Jesús

1965 *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá: Temis.

BLANQUEZ FRAILE, Agustín

1974 *Diccionario manual: latino-español y español-latino*, Barcelona: Sopena.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis

2002 *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: EDDILI.

CÁCERES JULCA, Roberto

2017 *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa

2001 *El empleo público. Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Madrid: Marcial Pons.

CARRERA, Daniel

2005 *Peculado*, Buenos Aires: Mediterráneo.

CARO JOHN, José

2010 *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima: ARA.

2014 *Manual teórico-práctico de la teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima: ARA.

2016 "Autoría y participación: los grados de intervención delictiva", en CALCINA HANCCO, Aldo (coord.), *Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa*, Lima: Grijley.

2016 *Summa penal*, Lima: Nomos & Thesis.

2017 *Summa penal*, 2.ª ed., Lima: Nomos & Thesis.

CASAS BARQUERO, Enrique

1996 "El cohecho", en AA. VV., *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial*, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito: Jurídica Bolivariana.

CASTILLO ALVA, José

2015 *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacífico.

2016 *El derecho de acceso a la función pública. El principio de presunción de inocencia y la motivación de las decisiones estatales*, Lima: Instituto Pacífico.

2017 *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico.

CEREZO MIR, José

2006 *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: ARA.

CHAPARRO GUERRA, Ayar

2011 *Fundamentos de la teoría jurídica del delito*, Lima: Grijley.

CLEMENTE, José; Ríos Carlos y Eugenio ZAFFARONI

2011 *Cohecho y tráfico de influencias*, Córdova: Lerner.

CLIMENT DURÁN, Carlos

2005 *La prueba penal*, t. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

CREUS, Carlos

1981 *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires: Astrea.

1992 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor

1999 *Derecho familiar peruano*, Lima: Gaceta Jurídica.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor

2009 *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Lima: Palestra.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis

1990 *El derecho disciplinario de la función pública*, México: INAP.

DEL AMO, León

1978 *La clave probatoria*, Pamplona: Universales de Navarra.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

1974 *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires: Víctor P. de Zapalla.

2000 *Compendio de pruebas judiciales*, t. I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

2015 *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 6.ª ed., Buenos Aires- Bogotá: Temis.

DIEZ RIPOLLES, José y Luis GRACIA MARTIN

1993 *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DONNA ALBERTO, Edgardo

2008 *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo

2002 *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima: Grijley.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto

2011 *Derecho penal. Delitos de homicidio. Aspectos penales, procesales y de política criminal*, Lima: Grijley.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan

1992 *Concepto y límites del derecho penal. La nueva visión político criminal*, Bogotá: Temis.

FRISCH, Wolfgang y Ricardo ROBLES PLANAS

2015 *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Barcelona: Atelier.

FRISANCHO APARICIO, Manuel

2011 *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Fecat.

2016 *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Instituto Pacífico.

2017 *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares*, 5.ª ed., Lima: Legales.

FONTÁN BALESTRA, Carlos

1969 *Tratado de derecho penal especial*, vol. V, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas

2015 *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*, 2.ª ed., Lima: Ideas.

GARCÍA CAVERO, Percy

2003 *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: ARA.

2008 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2010 *La prueba por indicios en el proceso penal*, Lima: Reforma.

2012 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista.

GARCÍA TOMA, Víctor

2010 *Teoría del Estado y derecho constitucional*, 3.ª ed., Lima: Adrus.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

2007 *Teoría de los sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima: ARA.

GÓMEZ MARTIN, Víctor

2014 "Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español", en ROBLES PLANAS Ricardo (dir.), *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires: B de F.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos GÓMEZ PAVAJEAU

2004 *Delitos contra la administración pública de conformidad en el Código Penal del 2000*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ RIVERO, María

1993 *La inducción a cometer el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GONZALES LAGIER, Daniel

2005 *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra, Temis.

GRACIA MARTÍN, Luis

1985 *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Teoría general*, t. I., Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

1985 *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Estudios específicos del art. 15 bis del Código Penal español*, t. II., Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

GUEVARA VÁSQUEZ, Iván

2013 *Tópica jurídico penal*, Lima: Ideas Solución.

HEFENDEHL, Roland

2007 *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Barcelona: Marcial Pons.

HURTADO POZO, José

2005 *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

JAKOBS, Günther

2003 *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de la 1.ª edición alemana por Cancio Meliá, Manuel y Sánchez Feijo, Bernardo, Madrid: Civitas.

2012 "¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal", en POLAINO NAVARRETE, Miguel; Miguel POLAINO ORTS; José CARO JOHN; Percy GARCÍA CAVERO y Juan GEMIGNANI, *Legitimación del derecho penal*, Lima: ARA.

2015 *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y derecho penal del enemigo*, traducido por José Caro John y Miguel Polaino Orts, Lima: Editores del Centro.

JAUCHEN, Eduardo

2004 *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

JESCHEECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND
2014 *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, 5.ª ed., Lima: Instituto Pacífico.

ISASI CAYO, Juan
1997 *Introducción al derecho administrativo*, Lima: Universidad de Lima.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis
1959 *La ley y el delito*, 3.ª ed., Buenos Aires: Hermes.
1959 *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 3.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JUÁREZ ESTEVAM, Xavier
2010 *Teoría del injusto penal*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.

LAMAS PUCCIO, Luis
2017 *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Lima: Instituto Pacífico.

LEÓN DE VISANI, Eunice
1996 "Admisión de dádivas y corrupción", en AA. VV., *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de derecho penal especial*, Bogotá; Caracas; Panamá; Quito: Bolivariana.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo
2004 *Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

LÓPEZ DIAZ, Claudia
2005 "La teoría de la imputación objetiva", en BOLAÑOS GONZÁLES, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes.

LUHMANN, Niklas
2007 "El derecho como sistema social", en AA. VV., *Teoría de los sistemas y derecho penal*, Lima: Ara.

LUZÓN PEÑA, Diego
2016 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.

MATA Y MARTIN, Ricardo
1997 *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares.

MANZINI, Vicenzo
1961 *Tratado de derecho penal*, 9.ª ed., t. IX y X, vol. IV y V, traducido por Sentis Melendo Santiago, Buenos Aires: Ediar.

MARIENHOFF, Miguel
1970 *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando
2012 *El delito de conducción en estado de ebriedad*, Lima: Instituto Pacífico.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos

2010 *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, La Habana: Universidad de La Habana.

MENDOZA AYMA, Francisco

2015 *Presupuesto acusatorio, determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor*, Lima: Jurista.

MIR PUIG, Santiago

2015 *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor.

2016 *Comentarios a los delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico.

MIXÁN MASS, Florencio

1991 *La prueba en el procedimiento penal*, t. IV-B, Lima: Jurista.

1995 *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*, Trujillo: BLG.

MONROY GÁLVEZ, Juan

2009 *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Lima: Communitas.

MONTOYA VIVANCO, Yvan

2015 *Manual de delitos contra la administración pública*, Lima: IDEH Y PUCP.

MÜSSIG, Bernd

2007 "Aspectos teóricos-jurídicos y teóricos-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en AA. VV., *Teoría de los sistemas y derecho penal*, Lima: Ara.

MORÓN URBINA, Juan

2016 *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*, Lima: Gaceta Jurídica.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN

2000 *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César

2016 "Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal", en AA. VV., *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica.

2017 *El derecho penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, Lima: Gaceta Jurídica.

NOLASCO VALENZUELA, José y Érika, AYALA MIRANDA

2013 *Delitos contra la administración pública*, t. I, Lima: ARA.

PABÓN GÓMEZ, Germán

2007 *Lógica del indicio en materia criminal*, t. I, Bogotá: : Nueva Jurídica.

PABÓN PARRA, Pedro

2015 *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Parte general y especial*, 2.ª ed., Bogotá: Bogotá, 2015.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón

1999 "La degeneración del modelo de función pública", en *Revista de Administración Pública*, n.° 150, Madrid: septiembre-diciembre,1999.

PARIONA ARANA, Raúl

2014 *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político criminales*, Lima: Instituto Pacífico.

PARMA, Carlos

2017 *Teoría del delito 2.0*, Lima: Adrus D&L.

PENAGOS, Gustavo

1989 *Curso de derecho administrativo*, t. II, Bogotá: Librería del Profesional.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; María RUEDA MARTIN y Eduardo JAVIER RIGGI

2014 *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso

2014 *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., t. V, Lima: Idemsa.

2016 *Delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico.

PESOA, Nelson

2007 *Injusto penal y tentativa*, Buenos Aires: Hammurabi.

PIZARRO GUERRERO, Miguel.

2006 *Delito de apropiación ilícita. Cuestiones sustantivas y procesales*, Lima: Jurista.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

1997 *Delitos contra la administración pública*, t. II, Madrid: Marcial Pons.

POLAINO NAVARRETE, Miguel y Miguel POLAINO ORTS

2004 *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima: Grijley.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2016 *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*, Lima: Idemsa.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

1992 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed. (reimpr.), Madrid: Marcial Pons

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermin y Josep PRATS CANUT
2002 *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Pamplona: Aranzadi

QUINTERO OSPINA, Tiberio
1996 *La prueba en materia penal*, 2.ª ed., Bogotá: Leyer.

RAGUESI VALLES, Ramón
1999 *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.

RAMOS MEJÍA, Enrique
1963 *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*, Buenos Aires: De Palma.

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

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James
2014 *Manual de derecho penal. Parte general*, vol. I, Lima: Instituto Pacífico.
2014 *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*, Lima: Jurista.
2015 *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista.
2016 *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Legales.
2016 *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, Lima: Legales.
2016 *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. I, vol. II, Lima: Legales.
2017 *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, 2.ª ed., Lima: Jurista.

RETAMOZO LINARES, Alberto
2015 *Constataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica.

REYES ECHANDÍA, Alfonso
1984 *La imputabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ROBLES PLANAS, Ricardo
2003 *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons

ROBLES PLANAS, Ricardo; Enrique PEÑARANDA RAMOS; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES; RUEDA MARTIN, María y Eduardo JAVIER RIGGI
2014 *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

ROCA AGAPITO, Luis
1999 *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona: Bosch.

RODRÍGUEZ PUERTA, José M.
1999 *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona: Aranzadi.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio; David TORRES PACHAS; NAVAS BUSTAMANTE, Ana e Yvana NOVOA CURICH

2014 *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, en GUIMARAY MORI, Erick (coord.), Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel

1985 *El espíritu del derecho administrativo*, Bogotá: Temis.

ROJAS VARGAS, Fidel

1999 *Jurisprudencia procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica.

2002 *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

2007 *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley.

2016 *Código Penal. Parte especial y leyes penales especiales. Jurisprudencia*, t. IV, Lima: RZ.

2016 *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Nomos & Thesis.

ROXIN, Claus

1998 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6.ª ed., traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

2000 *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7.ª ed., traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona: Marcial Pons:

1997 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid: Civitas.

1997 *La imputación objetiva en derecho penal*, traducida por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Idemsa.

RUBIO CORREA, Marcial

2013 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO LLORENTE, Francisco

1993 "El principio de legalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, Oviedo: septiembre-diciembre del 2013.

SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro

2000 *El proceso contencioso administrativo*, Lima: Gaceta Jurídica.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson

2004 *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Lima: Jurista.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2014 *Delitos contra la administración pública,* 3.ª ed., Lima: Grijley.

2016 *Delitos contra la administración pública,* 4.ª ed., Lima: Grijley.

SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo

2001 *El delito de la concusión. Cobro ilegal de impuestos,* Puebla: O.G.S.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel

1997 *Derecho de la función pública,* Madrid: Tecnos.

SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo

2010 "Un elemento estructural común en los delitos contra la administración de justicia: la norma de resguardo", en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (coord.), *Delitos contra la administración de justicia,* Lima: Idemsa.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo

2009 *El nuevo proceso penal,* Lima: Idemsa.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* Madrid: Marcial Pons.

SCHÜNEMANN, Bernd

2004 "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia,* n.° 75, vol. 25, Bogotá: 4 de junio del 2004.

SEARLE, John

1997 *La construcción de la realidad social,* Barcelona: Paídos.

SESSANO GOENAGA, Javier

2006 "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.° 08-03, Granada: 20 de enero del 2006. Recuperado de <bit.ly/1S5wEKE>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús

1992 *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo,* Barcelona: BOSH.

1998 *Consideraciones sobre la teoría del delito,* Buenos Aires: AD-HOC.

2002 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español", en AA. VV., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* Lima: ARA.

2003 *El delito de omisión: concepto y sistema,* 2.ª ed., Buenos Aires-Montevideo: B de F.

SOLER, Sebastián
1978 *Derecho penal argentino*, Buenos Aíres: Tea.

TARUFFO, Michelle
2006 *Estudios sobre la prueba*, México D. F.: UNAM.

TORRES GONZÁLES, Eduardo
2017 *Beneficios penitenciarios. Cuestiones prácticas*, Lima: IDEMSA.

URQUIZO OLAECHEA, José
2005 *Jurisprudencia penal*, Lima: Jurista.
2010 *Código Penal práctico*, t. II, Lima: Gaceta Jurídica.
2012 "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Derecho constitucional penal*, Lima: Idemsa.
2016 *Código Penal práctico. Concordancias. Doctrina-Jurisprudencia. Evolución legislativa*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

VERA NOVOA, Mario
2013 *Régimen legal aplicable a los delitos cometidos por los funcionarios públicos*, Lima: Instituto Pacífico.

VILLADA, Jorge
2005 *Delitos contra la administración pública*, Córdoba: Advocatus.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe
2007 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª reimp., Lima: Grijley.
2010 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª reimp., Lima: Grijley.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge
1989 *El proceso penal*, Quito: Edino.