



JORGE B. HUGO ÁLVAREZ
BETTY S. HUARCAYA RAMOS

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Análisis dogmático,
tratamiento jurisprudencial
y acuerdos plenarios

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios

© Jorge B. Hugo Álvarez
© Betty S. Huarcaya Ramos
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: julio 2018
6110 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2018-04024
ISBN: 978-612-311-539-5
Registro de proyecto editorial
31501221800271

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

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Jennifer P. Gutiérrez Arroyo

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

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2018
Publicado: agosto 2018

*A Jorge Enrique Hugo H.,
extraordinario estudiante
con mucho futuro en el ámbito penal*

Introducción

Al culminar el verano de 2018, en un contexto de populismo legislativo, concluimos esta obra titulada *Delitos contra la Administración Pública*. El Perú cuenta con excelentes penalistas que ya realizaron publicaciones serias y, desde luego, sesudas en relación con estos complejos temas. No obstante, no son muchas las publicaciones efectuadas desde el ámbito de la racionalidad, del principio de legalidad y desde la perspectiva de los valores, principios y preceptos constitucionales.

Nosotros partimos de un Derecho Penal constitucionalizado, necesario cuando van en incremento las exigencias populares de un mayor rigor penal frente a elevados índices de corrupción sistémica. Optamos por el sentido de la racionalidad, la proporcionalidad, la mínima intervención, la humanidad y la justa pena, cuestión que, desde luego, hoy resulta impopular, pues actualmente todo se pretende resolver desde el ángulo de la represión penal.

Sin embargo, la hemorragia legislativa penal del momento dificulta una conectividad racional de estas materias con el garantismo individual en pro de las libertades. Lo mismo se puede decir respecto de la poderosa maquinaria estatal de administrar justicia, pues el imputado no solo enfrenta a los fiscales, procuradores, actores civiles, policías, agentes penitenciarios, etc., sino también a los jueces, además, claro está, de la prensa, que amplifica el oprobio social. De ahí que abogemos por una interpretación de las normas penales bajo parámetros de valores, principios y preceptos constitucionales, que permita dar un paso importante en la autorrealización funcional de los tipos penales garantistas. Aquel garantismo que va perdiendo terreno cada vez más en el nivel de las libertades individuales.

Las nuevas tendencias autoritarias de un Derecho Penal de baja intensidad garantista nos alienta a seguir con nuestra forma de visionar estos temas de singular complejidad. Suponemos que lo imperativo es comprender que la parte más auténtica y dolorosa de la humanidad es la indiferencia frente a la expansión peligrosa de un Derecho Penal de poca racionalidad.

Por otro lado, optamos por alejarnos del seguidismo: todo acto de mera recopilación doctrinaria del Derecho Penal, que, aun realizada con escurpulosidad, sería vacua y sin vida. No entendemos un Derecho Penal garantista sin un espíritu crítico o creativo. El entendimiento más ordinario al reflexionar sobre garantismo, en oposición al expansionismo, está relacionado con el respeto a la dignidad de la persona humana. En tal condición, nos orientamos por el ideal de una doctrina nacional y de un Derecho Penal peruano garantistas, que reciban los mejores aportes de la doctrina extranjera, sin pretender una nivelación de pensamientos, ideas y opiniones, y siempre ajenos a la filosofía sibilina del odio que contiene un Derecho Penal irracional, tan en boga en estos últimos tiempos.

Nuestra interpretación de las normas (cómo interpretar y para qué interpretar) será de carácter lógico-racional, con una clara connotación garantista en pro de lo humano y de la libertad. No entendemos una interpretación garantista en pro de la sociedad, sino en pro del procesado (presunción de inocencia, *in dubio pro reo*). La interpretación lingüística, ontológica, extensiva o restrictiva, etc., tiene un parámetro: favorecer al reo, no perjudicarlo.

El Estado tiene el deber-poder de amparar a la víctima y sancionar al culpable dentro de un debido proceso con garantías en justa medida. No puede forzar la interpretación de la norma por presión mediática porque expresaría un doble abuso de poder.

La justa medida del Estado no es en pro de la sociedad, sino en pro de la justicia, que se eleva por encima de cualquier otra consideración. En la relación Estado-sociedad e individuo, los dos primeros no pueden aplastar al tercero. Es terrible descubrir el poder real sancionador arbitrario por parte del Estado y de la sociedad. Por eso, es usual en nosotros expresar de manera abierta nuestra opinión lapidaria del sistema judicial y en defensa del individuo frente al sistema represor.

Un claro entendido de lo poco garantista que resulta el sistema penal peruano es la hemorragia legislativa recurrente al Derecho Penal del enemigo. Este Derecho, a pesar de su título amedrentador, goza de un grado considerable de popularidad y adecuación al entendimiento común. Lo es por el apego a la irracionalidad y al sentimiento general de inseguridad ciudadana. Por ello, recurriremos a un método crítico para recusar estas corrientes doctrinarias, esperando que la racionalidad y la proporcionalidad impere en el sistema. Dicho esto, optaremos por la determinación del principio supremo del reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Sin dignidad, no hay libertad; y sin interpretación garantista, no hay justicia.

No pecamos por exagerados cuando la realidad prosaica indica el derrotero que cuestionamos. No hace mucho tiempo el Congreso de la República aprobó una ley que establece la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios públicos, en la versión Luis XV: “Todo para el Estado nada para el individuo”. Despropósito que expresa la línea aterradora de una constante incapacidad del sistema de justicia para investigar o sancionar a corruptos dentro de un plazo razonable, peor aún, cuando estas deficiencias se corren traslado al particular con desmedro de sus garantías libertarias.

En este contexto, impulsamos un metagarantismo sustentado en fundamentos de aspectos universales comunes a la defensa de la persona humana y de su dignidad. Adoptamos una concepción racionalista como opción valorativa de índole esencialmente ideológica con profundas implicancias culturales y políticas. Toda acción represiva del Estado tiene como parámetro la dignidad de la persona humana. La lucha por la libertad del individuo frente al Estado, las corporaciones y la sociedad amorfa ya no es un imperativo individual, sino social.

Esta dirección de expresión material por el garantismo se puede apreciar en nuestros comentarios de los tipos penales comprendidos entre los delitos contra la Administración Pública. Claro que resulta impopular cuestionar la estructura de la ciencia penal elaborada sobre la base de la responsabilidad individual para comprender a la responsabilidad social (delito de masas o de personas jurídicas), tanto como recusar por maximalista la protección de bienes jurídicos adelantando la acción punitiva del Estado a actos preparatorios del hecho punible (delitos de mera actividad, peligro abstracto). No importa, antes debe prevalecer la racionalidad como valor absoluto, que la irracionalidad que goza de popularidad.

Estimamos que resulta contraproducente concebir todo rezago de teorías retributivas absolutas o sistemas de cosificación de la persona humana en un Derecho Penal moderno. Todo es permisible bajo tutela rectora del principio de humanidad, pero nada justifica permitir un resurgimiento por consideraciones de política criminal de estos rezagos del absolutismo con cierto ropaje liberal. El Derecho Penal, como todo sistema orgánico, se agota, pierde vitalidad y se transforma por la fuerza de las circunstancias; adquiere nuevo impulso sobre bases distintas, reestructurándose por legitimidad, necesidad y exigencias de la vida moderna. Estos nuevos referentes abiertos a la dinámica social deben reflejarse en sistemas penales menos compulsivos o autoritarios, salvo lo estrictamente necesario, lo suficiente, que no conlleve la instrumentalización de la persona humana.

Hay reformas y reformadores que conviven en una dinámica social interactiva; si no reformamos al reformador sobre estos nuevos postulados o referentes humanistas, entonces, la sombra de la utilidad absolutista puede imponerse ilimitadamente, sin control alguno o sutilmente agazaparse en simbiosis de ropaje liberal que, desde luego, no es la reforma penal esperada. Pocos cuestionan la utilidad práctica del Derecho Penal como un poderoso instrumento de control social, pero este no puede ser reducido a un mal necesario de *prima ratio*.

Cuestionar el Derecho Penal mínimo por una exigencia brutal de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho Penal de máxima aplicación, por razones de política criminal, es una cuestión controversial profunda, máxime cuando la dirección que se pretende imprimir resulta prosaica. Si estos cuestionamientos se hacen extensivos al modelo por adoptar, entonces, toda la estructura sobre la cual se erige el Derecho Penal se reduce a una cuestión del grado de eficacia que se pretende imponer. En estas condiciones, la misión, fundamento y, muy en particular, la utilidad de la pena devienen en irreconciliables con la dignidad de la persona humana.

La pragmática realidad del análisis crítico no es posible formularla aislada de los problemas propios del Derecho Penal. En tal sentido, toda perspectiva de reconducir las categorías y fundamentos de cara a la realidad social es imperativa, pero no puede ubicarse en una perspectiva que pierda la visión garantista y humanista que debe caracterizar cualquier modelo por adoptar. Pues como indica Müssig: “Es acertado exigir un retorno a los criterios de una política-criminal liberal: ello constituye un intento de volver a ganar terreno perdido frente a la fuerza de un *Esprit du Temps* político-criminal de las soluciones simples, rápidas y simbólicas”⁽¹⁾.

Nos ubicamos pues en esta misma línea de pensamiento liberal, tratando de reinterpretar las normas penales que tipifican como delitos todas aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico general: la Administración Pública, desde una perspectiva de raíces materiales de política criminal racional.

Finalmente, escribir una obra resulta un proyecto ambicioso; es expresión de un esfuerzo concreto de una vida dedicada a la investigación científica de una disciplina jurídica que modernamente exige mayor agudeza teórica, sustentada en consideraciones empíricamente demostrables, permeables o abiertas al desarrollo social de la doctrina de los derechos humanos,

(1) MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

la justicia social, la tecnología y la economía moderna, por ende, a las exigencias de la humanización de las penas. En este contexto, el lector encontrará en la presente obra una revisión integral, en cuanto al tratamiento de buena parte de los injustos penales vinculados a la función pública en el Derecho Penal peruano. Todo por la defensa de la persona humana y, por supuesto, siempre en la línea de no debilitar, sino fortalecer el aún pendiente sistema anticorrupción.

Jorge B. HUGO ÁLVAREZ

Betty S. HUARCAYA RAMOS

**DELITOS COMETIDOS
POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**(LIBRO II, TÍTULO XVIII, CAPÍTULO II
DEL CÓDIGO PENAL)**

Primera parte

ABUSO DE AUTORIDAD

Capítulo I

Abuso de autoridad

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”.

Texto vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada en el diario oficial El Peruano el 10/06/2011⁽²⁾.

I. CUESTIONES PRELIMINARES DEL TIPO PENAL BAJO PARÁMETROS DE UN DERECHO PENAL CONSTITUCIONALIZADO

La Constitución es una totalidad suprema; el Derecho Penal, Civil, Corporativo, Laboral, etc., se constituyen en partes de esa totalidad. En el orden supremo de jerarquías normativas, las partes no pueden ir contra el todo porque ello implica su propia negación⁽³⁾. La determinación de un Derecho Penal constitucionalizado constituye un pequeño paso para racionalizar la norma penal y un gran paso en la correcta administración de justicia. En ella cobra relevancia gigantesca la aplicación material de los principios constitucionales

(2) El Tribunal Constitucional por sentencia del 03/05/2012, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias) entre otros, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384 del Código Penal a través de la Ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”, e infundada la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene. Es decir, constitucional los artículos 376, entre otros. Ver: Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima.

(3) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. “Teoría para un Derecho Penal constitucionalizado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 83. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 306.

de justa pena, prohibición de exceso, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, etc. Y desde luego, el sentido real de la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

En un Estado constitucional de derecho, la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino –y ante todo– un razonamiento constitucional. Las reformas desde el ámbito de la racionalidad del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica del tipo penal, son positivas cuando aclaran los procesos de interpretación de las normas o expresan mejor las incertidumbres que puedan presentarse en su aplicación fáctica.

No obstante, el propósito esperado con la última modificación por Ley N° 29703, lo ubica en el mismo nivel del populismo penal. La técnica legislativa ha mejorado un poco, pero no lo suficiente como fórmula general que permita establecer un paso importante en la autorrealización funcional de un tipo penal garantista. Aquel garantismo que, por esencia, va perdiendo terreno en el nivel de las libertades individuales de hoy. Los jueces supremos dieron un paso importante en la senda de la racionalidad del Derecho Penal con el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116, evidenciando un apego saludable a la Constitución, que hace posible una interpretación y aplicación material de principios constitucionales como el de la pena justa, entre otros.

En este contexto, se da la modificación del artículo 376 del Código Penal, bastante referencial y poco sustancial. No obstante lo dicho, permite otra lectura importante sobre la naturaleza constitutiva del tipo penal en cuestión. La reforma elimina en la expresión: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario **cualquiera** (...)” el vocablo “cualquiera” e incrementa la pena privativa de libertad para los supuestos contenidos en el tipo básico de dos a tres años. De manera que, al suprimir el vocablo “cualquiera” seguido de la frase “acto arbitrario”, admite una interpretación restrictiva y se aleja de la posibilidad de una interpretación analógica para el caso concreto⁽⁴⁾. Claro, no se aclaran del todo los procesos de interpretación, pero es un paso importante en relación con su redacción primigenia.

Como lo tenemos señalado: “La imprecisión del tipo descrito en el artículo 376 del nuevo Código Penal hace de este una figura legal abierta, a

(4) Primigeniamente, el artículo 376 del Código Penal solo contemplaba el tipo básico: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. Posteriormente fue modificado por la séptima disposición final de la Ley N° 28165, publicada el 10/01/2004, incorporando el supuesto agravado.

ser llenada interpretativamente, lo que, de alguna manera, vulnera el principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal liberal. Resulta de vital importancia desarrollar el concepto de “acto arbitrario” que emplea el tipo, de forma tal que nos permita una interpretación técnica más adecuada de lo que realmente se desea reprimir. La frase “en perjuicio de alguien”, que emplea el legislador en el artículo 376 del Código Penal resulta irrelevante en el tipo, ya que todo “acto arbitrario” genera, necesariamente, un perjuicio, sea al particular o a la Administración⁽⁵⁾. La cuestión es establecer que se debe tratar no de cualquier daño, sino de uno grave, que amerite la intervención penal.

La expresión a secas “un acto arbitrario” permite orientar el proceso de interpretación de la norma penal de manera restrictiva. No obstante, es imperativo determinar o establecer pautas rectoras para limitar los alcances del concepto material de acto arbitrario. El legislador ha ido de un concepto amplio (acto arbitrario cualquiera) a uno restringido (simplemente acto arbitrario)⁽⁶⁾. Sin embargo, ello no es del todo suficiente para solucionar el problema central a establecer: ¿qué se entiende por acto arbitrario? Esta es una cuestión fundamental. En esta línea de perfeccionar el tipo penal, la Corte Suprema de la República propuso una iniciativa legislativa en relación al texto del artículo 376 del Código Penal:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario **que cause un grave perjuicio** a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no menor 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”.

Este proyecto de ley (N° 4187-2010/PJ) fue aprobado con enmienda en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República y luego por el Pleno del Congreso, pero sin el agregado propuesto, tal como se advierte de la Ley N° 29703 del 10/06/2011.

Lo fundamental en este proyecto era proponer que se sustituya la expresión “acto arbitrario cualquiera” por aquella otra de mejor reformulación “acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien”, reconduciendo su interpretación a los principios constitucionales de subsidiaridad y

(5) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 18.

(6) “La complejidad de la conducta humana hace muy difícil dar una respuesta única y simplista a la interrogante de los móviles que impulsan al agente a consumir el hecho ilícito” (HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Ob. cit., p. 18). No solo el móvil sino del dolo directo con que materializa la acción el agente.

fragmentariedad del Derecho Penal⁽⁷⁾. No obstante, esta línea establecida por el proyecto de la Corte Suprema fue recogida por los legisladores de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que aprobó el proyecto de nuevo Código Penal, que aún se encuentra en el Congreso de la República. La propuesta de la Corte Suprema y los principios rectores del nuevo Código Penal peruano se ubican dentro de los parámetros establecidos por la corriente moderna de un Derecho Penal constitucionalizado. Aleja de este modo a los operadores del Derecho Penal, toda interpretación textualista o exegética de la norma penal, al disponer su interpretación de conformidad con la Constitución en cuanto valores, principios y preceptos constitucionales; del mismo modo, se sujeta al juzgador a una interpretación acorde con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención del delito reconocidos en los tratados del cual el Perú es parte y, que de conformidad con el artículo 55⁽⁸⁾ de la Constitución Política forma parte del derecho interno en vigor. La configuración híbrida de este tipo penal lo hace, técnicamente, discutible.

Por otro lado, la norma penal solo sanciona al agente infractor (funcionario público) con una pena extremadamente benigna si lo comparamos con la legislación penal europea⁽⁹⁾. No se ha considerado en el nivel que corresponde la jerarquía del bien jurídico tutelado, tampoco la calidad preponderante del agente o sujeto activo y toda la grave incidencia del cual es objeto la dignidad de la persona humana, la sociedad y las instituciones fundamentales de la nación. En todo caso, estos hechos punibles deben ser sancionados con mayor rigor porque afectan considerablemente la confianza en el sistema democrático y fundamentalmente la dignidad de la persona humana. La severidad debe ir asociada con la tipificación cierta, cerrada, nominada y determinada. La pena debe ser no menor a cuatro ni mayor a 20 años.

Todas las reformas al artículo en comentario no han resuelto del todo el problema central de los alcances y delimitaciones del tipo penal en cuestión. De manera que se tiene que recurrir a una interpretación lo más razonable, justa y proporcional, sujeta a parámetros constitucionales. Recordamos que la interpretación penal es un proceso racional algo complejo por la propia

(7) Ver actas del *Diario de Debates* del Congreso de la República (2011).

(8) Constitución Política

Artículo 55.- “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

(9) He aquí un ejemplo de severidad en las penas para estos delitos en la legislación europea:

Código Penal francés

Artículo 432-4.- “El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de ordenar o realizar arbitrariamente un acto atentatorio contra la libertad individual, actuando en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, será castigado con siete años de prisión y multa de 100.000 euros.

Cuando el acto atentatorio consista en una detención o una retención de duración superior a siete días, la pena se elevará a treinta años de reclusión criminal y a 450.000 euros de multa”.

naturaleza del lenguaje, que admite varias significancias por los verbos rectores contenidos en la norma penal. Interpreta el fiscal, el juez, el abogado, el procurador, etc., pero este proceso de interpretación racional, al final, tiene como intérprete por excelencia al juez. Desde luego que el juzgador no puede interpretar de cualquier modo una norma, sino está sujeto a pautas fuertes de racionalidad, acordes al sentido de los principios, valores y preceptos constitucionales. Puede interpretar de las formas más tradicionales: literal, ontológica, extensiva, restrictiva, etc., pero este proceso se rige por los preceptos constitucionales como el principio-derecho de que la duda favorece al reo o la presunción de inocencia⁽¹⁰⁾. Ello porque muchos vocablos que constituyen verbos rectores de la norma penal tienen a menudo diversos sentidos de significación y aplicación. Se tienen opciones y, por tanto, se debe interpretar y aplicar aquella más acorde con la Constitución.

Es posible que, a través del proceso racional de interpretación que hace el juez penal, encuentre formas de adecuación de las normas a la Constitución o de otorgarles un sentido que las haga compatibles a ella, a fin de evitar lesionar principios constitucionales y hacerla más viable; de allí la exigencia de la racionalidad de la argumentación acorde con los principios humanitarios, de la defensa de los derechos humanos, entre otros.

Cabe acotar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, en relación con el subprincipio de certeza de la ley, ha establecido que es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, lo ha entendido la doctrina constitucional (Exp. N° 010-2002-AI/TC; caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos).

II. BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TIPO PENAL PARA COMPRENDER SU DESARROLLO ACTUAL

Con un propósito distinto, el Código Penal peruano de 1863 criminalizó diversos supuestos vinculados al ejercicio de la función pública, bajo el rubro de abuso de autoridad. El artículo 168 reunía 18 supuestos de conductas susceptibles de ser consideradas expresiones materiales de abuso de

(10) Desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene diferentes manifestaciones, a saber: 1) la carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, lo cual quiere decir, en otras palabras, que el inculpaado no tiene la obligación de probar su inocencia; 2) la aplicación del principio *in dubio pro reo* recogido en el artículo 139.11 de la Constitución, según el cual el juez está obligado a la absolución del imputado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia; 3) en cuanto se presume la inocencia del imputado, su detención será una circunstancia excepcional. En forma concordante con esta disposición constitucional se halla el artículo II del Título Preliminar del nuevo CPP.

autoridad. El legislador de entonces cuidó de no especificarlas, recurriendo para tal efecto a la casuística como técnica legislativa. No tuvo pues un origen genérico, innominado, tampoco subsidiario, sino específico.

A *posteriori*, importando disposiciones e ideas contenidas en códigos foráneos, sin análisis o discusión alguna, se aprueba un nuevo texto en el Código Penal de 1924⁽¹¹⁾. En él se da una orientación de complementariedad a los supuestos contenidos en el artículo 337. Entonces, toma como modelo al Código Penal italiano de 1889, conocido como Código Penal de Zanardelli, artículo 175, estableciendo lo siguiente:

“Al funcionario que abusando de su cargo ordene o cometa contra los derechos de otros cualquier acto arbitrario no previsto como infracción de una disposición especial de la ley; o que excite a alguien a infringir las leyes o las disposiciones de la autoridad”.

Conocidas las dificultades de esta pésima técnica legislativa, el legislador italiano las corrigió oportunamente, pero, por el lado peruano, nada de eso importó, bastaba copiar en la creencia que lo foráneo es bueno.

Siguiendo este modelo, el legislador peruano adoptó un doble criterio de criminalización. Tipificó el delito de abuso de autoridad nominado (artículos 338 a 342) y, de otro lado, incorporó el abuso de autoridad innominado (artículo 337)⁽¹²⁾ como tipo penal subsidiario⁽¹³⁾. Este carácter subsidiario lo señaló (importando la idea foránea) de manera expresa en la norma por razones de política criminal. Se dice que el legislador peruano buscó llenar algunos vacíos de la ley sancionando abusos de poder no clasificados de manera expresa e inequívoca en el Código Penal⁽¹⁴⁾. De haber existido debate, es probable que se hubiera cuestionado: ¿hasta qué puntos estos “propósitos” guardaban coherencia con el principio de la legalidad o determinación? Pero nada de eso sucedió.

(11) “En algunos casos, asimiló una idea para plasmar una norma legal sin precedentes nacionales o para modificar una vigente (...) En el Parlamento se aprobó, en bloque y sin discutir el texto mismo, al proyecto definitivo”. HURTADO POZO, José. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. Cedys, Lima, 1979, p. 58.

(12) Código Penal de 1924
Artículo 337.- “El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

(13) No es cierto que el legislador creó este tipo penal, sino que importó y copió mal. De manera que la razón de su creación por parte de los italianos del tipo en cuestión, como norma de complementación, no es propia. Como sostiene Hurtado Pozo: se importó, no se discutió.

(14) Ninguna prueba documentaria indica que esto fue así. “No se dieron discusiones públicas en torno al proyecto, aun cuando fue publicado en un diario de gran circulación como *La Prensa*. La comisión redactora no dejó actas de los debates que sostuvieron sus miembros”. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 58.

Al configurar el artículo 376 del nuevo Código Penal de 1991, el legislador siguió bajo la misma sombra del Código Zanardelli de 1889, utilizando erróneamente dos verbos rectores: “ordenar” y “cometer”⁽¹⁵⁾; no tomó en cuenta las dificultades de interpretación relativas a la tentativa o a la naturaleza jurídica del tipo penal. Determinar, por los verbos rectores, si es un delito de mera actividad o de resultado, no fue una cuestión resuelta en su momento. Llama la atención que no se importara lo resuelto por el legislador italiano, que suprimió el verbo rector “ordenar”⁽¹⁶⁾ del artículo 323 del Código Penal de Rocco de 1930. El legislador nacional no ha tomado en cuenta dicha reforma, persistiendo las dificultades. Así, el legislador italiano optó considerar que se trataba de un delito de comisión y de resultado.

Con todo lo importado, el Código derogado de 1924 hacía referencia expresa a un acto arbitrario no clasificado en la ley penal, señalando normativamente el carácter subsidiario del tipo, lo cual evolucionó a formas menos genéricas e indeterminadas. Tenía razón el maestro Gustavo Cornejo cuando sostenía: “Se obra abusando de la función pública cuando se ordena o ejecuta un acto arbitrario, un acto ilegítimo o no justificado. La sola condición es que el acto no constituya un delito calificado expresamente por la ley. Vale decir, que no puede insumirse en otro tipo legal”⁽¹⁷⁾.

Hubo reformas de reformas, cambios de cambios, en este injusto. Los nuevos constructos del tipo penal incluyeron la supresión del vocablo “funciones” por “atribuciones”, permitiendo una mejor interpretación de lo que se desea reprimir. Posteriormente, se suprimió el vocablo “cualquiera”, posterior a la expresión “acto arbitrario”, siendo esta la modificación más importante porque cambia la naturaleza jurídica del tipo. No todo está dicho de la mejor manera, tampoco los denominados plenos jurisdiccionales son la solución a las cuestiones planteada. Esta fuente informal no es ni puede ser determinante cuando no respeta el principio básico de interpretación de la norma penal. La única fuente formal es la ley. Lo absoluto no existe, tampoco nada es químicamente puro o absolutamente relativizado. Es posible un grado de certeza mayor en el uso del lenguaje al construir el tipo penal, contrario a la ambigüedad de términos y de vocablos vagos o indeterminados. Es evidente que, en ocasiones, un término o vocablo admite varias interpretaciones de contenido material. En estos casos, importa establecer pautas de

(15) El orden de los verbos rectores no guarda secuencia lógica.

(16) Código Penal de Rocco de 1930

Artículo 323.- “El oficial público que abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete para irrogar a otro daño o procurarle una ventaja, cualquier hecho no previsto como delito por una particular disposición de ley, es castigado con la reclusión hasta de dos años o con la multa de quinientos a diez mil liras”.

(17) CORNEJO, Ángel Gustavo. *Derecho Penal. Parte especial* (II). Librería Peruana, Lima, 1938, p. 109.

referencia para permitir que el juzgador opte por aquella más acorde con los principios, valores y preceptos constitucionales. Se trata de interpretar para favorecer al procesado o investigado con ponderación, razonabilidad, humanidad y respeto a la dignidad de la persona humana.

En nuestro sistema de administración de justicia, la fuente formal por excelencia es la ley, pero la ley sujeta a principios, valores y preceptos constitucionales. No es eso precisamente lo que caracteriza las decisiones, en términos generales, de fiscales y jueces en todo el territorio de la República. No obstante, los jueces supremos de la República, en asuntos muy puntuales, se han orientado a afirmar en materia penal un Derecho Penal constitucionalizado⁽¹⁸⁾.

III. ALGUNAS IMPRECISIONES DEL TIPO PENAL QUE DESCRIBE LOS SUPUESTOS PROHIBIDOS

Dar una connotación híbrida al tipo penal en cuestión ya es un serio problema. No obstante, este constructo establece restricciones en lo que comúnmente entendíamos por acto arbitrario. Evolucionó de un concepto amplio (acto arbitrario cualquiera) a uno restringido (simplemente acto arbitrario). De suerte que este concepto restringido empleado en la configuración del tipo permite interpretar la norma penal, teniendo en consideración referentes como una interpretación restrictiva, mínima intervención del Derecho Penal, y lesividad gravosa del bien jurídico tutelado por la norma penal. Se explica, por el fundamento constitucional de los principios-derechos de lesividad y proporcionalidad. No hay imposición de pena sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley penal⁽¹⁹⁾. Este principio contiene dos dimensiones comunicativas de orden racional: al legislador, para el diseño de tipos penales relevantes, y al agente infractor, para atenerse a las consecuencias de realizar el tipo penal completo. La ley penal en términos generales protege bienes jurídicos de manera indirecta⁽²⁰⁾.

(18) El lado negativo de los plenos jurisdiccionales, orientados a unificar criterios en asuntos puestos a su consideración, incentiva en los jueces penales una suerte de pereza mental o fórmula simplista para emitir sentencia sin mayor esfuerzo de rigor en los argumentos, siguiendo dictados de estos acuerdos; generalmente no se respeta, en cuanto a interpretación (extensiva, restrictiva, ontológica, etc.), la regla esencial de favorecer al reo, sino que se lo perjudica. Casi no se conocen sentencias que se alejen de estos criterios, como si la conducta criminal pueda reducirse a cuestiones matemáticas. Llegará un día por esta vía a extremos de proclamar: todo está acordado, todo está resuelto. Entonces los jueces tienen que priorizar el conocimiento de los acuerdos de plenos más allá de lo que prescribe el Código Penal.

(19) Se trata de no cualquier daño, sino uno grave que amerite la intervención penal. No toda lesión o puesta en peligro (concreto o abstracto) de un bien jurídico determinado es merecedor de pena. El agente puede realizar un acto típico, pero cuyos efectos son insignificantes o de poca relevancia penal, que bien pueden ser objeto del Derecho Administrativo.

(20) La protección directa de bienes jurídicos es ilusoria. Razón tenía Protágoras cuando señalaba en su tiempo que la ley siempre llega tarde.

Hay dificultades, en esta construcción, que emergen cuando el legislador emplea en la configuración del tipo dos verbos rectores que no guardan secuencia lógica: “ejecutar” y “ordenar”⁽²¹⁾. Los verbos rectores determinan la característica de la naturaleza jurídica del injusto porque describen la acción material del agente. Sin embargo, no resulta sencillo establecer si es un delito de resultado o de mera actividad. Ello queda claro en relación con el verbo rector “ejecutar” (delito de resultado); pero no sucede lo propio con el otro supuesto prohibido, el verbo rector “ordenar”, que parece indicar un tipo de mera actividad que no requiere para su configuración de resultado. En suma, ambos verbos rectores tienen en común que son activos y realizables con dolo directo, pero difieren en cuanto a su configuración. Uno es de resultado y el otro de mera actividad. Pero, en términos reales, ambos lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

¿Cómo conciliar este último verbo rector con el perjuicio para evitar que un hecho de tal naturaleza quede impune? Existen varias hipótesis a plantear. El acto de ordenar un acto arbitrario no ejecutado no implica perjuicio directo al particular, pero sí al Estado, entonces, se lesiona el bien jurídico específico protegido por la norma penal, entendido como ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa. La otra hipótesis es: hay perjuicio al particular tanto como al Estado; en tal sentido, el perjuicio que hace referencia el tipo es extensivo al particular o al Estado o a ambos al mismo tiempo; no está reducida solo al particular; en todo caso, pudo no haber perjuicio al particular, pero siempre se lesiona o pone en peligro (concreto o abstracto) el bien jurídico tutelado, todo cual justifica un merecimiento de pena.

Pero esta situación no resuelve la naturaleza híbrida de esta figura penal: no hay configuración de tipo sin perjuicio⁽²²⁾. El legislador no ha empleado la frase: “que pudiera causar perjuicio a alguien”, que sí indicaría un delito de peligro, no de resultado. Sucede que la expresión “que cause perjuicio a alguien” evidencia con meridiana claridad que se trata de un tipo penal de resultado; es decir, si no hay perjuicio, no hay tipo. ¿Cómo relacionar el verbo rector “ordenar” con la expresión aludida? Tómese en consideración que el agente activo solo puede ser el funcionario público, no el servidor público; por ejemplo, el funcionario ordena un acto arbitrario que sabe que va a generar perjuicio tanto al particular como al Estado; sin embargo, el servidor

(21) ¿Puede alguien ejecutar sin antes ordenar? Es indicativo de lo poco consistente de esta técnica legislativa el uso de los verbos rectores de manera incorrecta, algo que los legisladores italianos superaron.

(22) Esta dificultad fue resuelta en su tiempo por el legislador italiano suprimiendo en el artículo 323 del Código de Rocco de 1930 el verbo rector “ordenar”.

público (que no es sujeto activo del tipo en cuestión) decide no ejecutarlo. La acción material del agente se concretizó (ordenó); sin embargo, no hubo perjuicio directo al particular (por omisión del ejecutor), pero es evidente el perjuicio al Estado, que se constituye como agente pasivo del hecho punible.

Es claro que, por técnica legislativa, el buen legislador emplea verbos rectores en la configuración del tipo para indicar la acción material del agente. Facilita su interpretación, pero la complican cuando no se caracteriza adecuadamente la naturaleza constitutiva de los supuestos prohibidos o exigidos. El tipo penal en comentario contempla supuestos en el que participan del acto arbitrario, al mismo tiempo, tanto el agente que ordena como el otro que ejecuta, o de modo unilateral, cuando el agente ordena un acto arbitrario, pero el otro agente no cumple la orden por considerarla arbitraria. Son estas y otras las incongruencias o dificultades que surgen en la aplicación del tipo.

Otra imprecisión se determina cuando el legislador emplea en la configuración del tipo la frase: “comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”. Siendo que bien jurídico tutelado por la norma penal es el correcto ejercicio de las atribuciones del funcionario público, aparentemente el perjuicio es para el Estado, tal como lo ha entendido uniformemente la jurisprudencial nacional. Si, *per se*, todo acto arbitrario es perjudicial para el Estado, no entendemos por qué utilizar la frase: “que cause perjuicio a alguien” relacionado, aparentemente, al particular afectado (persona natural o jurídica) cuando toda afectación por acto arbitrario al particular necesariamente afecta también al Estado; por tanto, bastaba solo señalar “que cause perjuicio”; salvo, claro está, que dicho acto arbitrario cause perjuicio al Estado y no al particular o afecte al particular y no al Estado, hipótesis difícil de sostener en la medida que el sujeto pasivo es siempre el Estado.

El supuesto prohibido indica que el acto arbitrario tiene como objeto fundamental el perjuicio al particular, pero también al Estado. ¿De qué manera se perjudica al particular y de qué manera al Estado? Aquello se determina en cada caso concreto. Las afectaciones al particular tienen una connotación muy amplia y en relación al Estado, restringida. En todo caso, se afectan bienes protegidos tanto del particular como del Estado. Téngase en consideración que entre la protección de los intereses del particular y del Estado prevalece esta última, pues el bien jurídico se entiende como el correcto y adecuado ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos dentro de la legalidad administrativa.

¿Qué acto arbitrario no es perjudicial para la Administración Pública? Toda acción funcional que importe un ejercicio abusivo de atribuciones perturba el orden regular de la Administración. Abusar de las atribuciones *per se* es consustancial al acto arbitrario. El perjuicio es inherente al

acto arbitrario, sea al particular, sea al Estado o ambos al mismo tiempo. La cuestión se reduce a determinar el tipo de perjuicio al particular porque en relación al Estado es evidente. En tal sentido, deviene tautológico emplear la expresión “en perjuicio de alguien”.

La estructura de todo nuestro ordenamiento penal se basa en la responsabilidad individual y no colectiva; en tal sentido, se hace necesario establecer cuál es la responsabilidad del servidor público que ejecuta la orden del funcionario público. Si el sujeto activo del tipo penal en cuestión es solo el funcionario público, no así el servidor público o el particular, entonces, la intervención de estos últimos debe ser resuelta con otras categorías de participación en la configuración del hecho punible (cómplice primario, secundario o instigador). Resulta que quienes ejecutan, usualmente, son servidores y no funcionarios públicos (estos últimos ordenan; excepcionalmente, es posible que otro funcionario ejecute un acto arbitrario). Por la forma del constructo del tipo penal (híbrido) era posible considerar, normativamente, como sujetos activos tanto al funcionario como al servidor público facilitando, en mejor manera, la aplicación de la norma penal.

Entiéndase que abusar de las atribuciones concedidas por ley, *per se*, es reprochable; lo es por la sencilla razón que en un Estado de derecho imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Quien ejerce una atribución reglada actúa sobre la base de una norma o en nombre de la ley; se limita a hacer valer en forma adecuada una norma vigente. En tal sentido, en la mera existencia de una autoridad va implícita una decisión y la decisión tiene valor en sí misma por la ley, no por encima o fuera de ella. Por eso importa más decidir, pero no de cualquier modo, sino de la forma como manda la ley, fundada en la racionalidad y la equidad. No hay autoridad sin poder. Desde luego que el poder se descubre en un accionar dentro de una situación normal o excepcional, según quien conserve la capacidad de decisión de acuerdo con sus atribuciones de ley. Todos los conceptos sobresalientes del poder de la autoridad son conceptos teológicos secularizados.

Debido a la complejidad de la conducta humana, se hace muy difícil hallar una respuesta única o absoluta frente a la interrogante de los móviles que impulsan al agente a abusar de su poder material. Puede explicarse por móviles que van desde la venganza, la antipatía, la errónea apreciación de que las atribuciones le son conferidas en propiedad o que de ellas se puede hacer un uso a conveniencia.

El delito de abuso de atribución es una modalidad específica del genérico abuso de autoridad. Entonces, la discusión teórica entre uso y abuso de atribución cobra mayor relevancia. El nuevo constructo del tipo penal más específico o determinado obliga a establecer parámetros limitativos entre uso

de atribución adecuado a Derecho y abuso de atribución como su negación. Cuestiones que en una figura indeterminada, residual y genérica no resulta sencillo establecer, a favor de la libertad y las garantías constitucionales, lo cual sí es posible en una figura determinada, definida y precisa.

Queda claro que el abuso es extralimitación del uso y, por consiguiente, su negación; recusa al Derecho como legalidad. Ambos conceptos se excluyen; todo funcionario desde que asume el cargo tiene obligación de hacer uso de sus atribuciones en un contexto pautado de reglas contenidas en normas generales o específicas, y de no extralimitarse porque toda extralimitación tiene un contenido real de arbitrariedad como negación de la legalidad⁽²³⁾. Por tanto, lo que acabamos de decir nos permite establecer un primer referente primario: no hay acto arbitrario si el uso de atribuciones es adecuado a Derecho o, dicho de otra manera, todo acto arbitrario lo es por ser antijurídico y carecer de legitimidad.

Cuando, por excepción, se establece la discrecionalidad en el ejercicio de potestad pública, ello lleva implícito un marco de libertad relativa para decidir ante deficiencias, vacíos o insuficiencias de reglas pautadas. Frente a estos supuestos de hecho que requieren pronta solución, se hacen uso de estas atribuciones fundadas en referentes de legalidad. El ejercicio pautado importa que la discrecionalidad no puede colisionar con el Derecho por ser limitativa. La facultad discrecional otorgada debe ejercerse dentro del marco de la ley, no es un criterio personal y subjetivo. Por tanto, nada se sustrae a la legalidad. No se puede abusar de atribuciones para perpetrar actos arbitrarios que pervierten la finalidad establecida por la legalidad, sea por actos materiales de órdenes o ejecuciones que impliquen la infracción del procedimiento conforme el cual se ejerce la competencia atribuida.

El uso de atribuciones es pautado, no se determina por el estado de ánimo del funcionario público, o por sus simpatías o antipatías con el administrado. Sin embargo, en casos concretos, hace falta establecer otros referentes adicionales como la racionalidad y la proporcionalidad del uso de esas atribuciones (sea ordenando o ejecutando).

Una norma puede no ser justa pero es legal; puede no ser proporcionada, pero ubicarse en el ámbito de legalidad. Entonces, no se concibe la

(23) Todo acto administrativo, en su carácter extensivo o restrictivo, es manifestación de voluntad, unilateral o colegiada que expresan decisiones de autoridad competente en el ejercicio de potestad pública. Todo se ejerce en un contexto pautado de reglas y observaciones normativas. En una sociedad de democracia social moderna se gobierna, administra y se toma decisiones fundadas en las relaciones de Derecho y no fundadas en la relaciones del poder material. La supremacía de la ley es evidente; todo se gobierna, administra o se decide con arreglo a Derecho. No se concibe una actuación de potestad pública fuera o por encima de la ley.

desproporcionalidad del accionar del funcionario público como acto arbitrario si esta es pautaada o reglada⁽²⁴⁾. El fin que nos proponemos no es justificar la norma injusta en cuanto a su contenido o de procedimiento, sino entender que todo funcionario público, desde que asume el cargo, lo hace en un contexto de pautas, reglas y directivas expresadas en normas generales o específicas. En tal contexto, se trata del uso de atribuciones determinadas por la ley y no creadas por el agente público. En el mundo de la legalidad, si la norma no tiene un contenido o procedimiento desproporcionado, entonces, el funcionario, en uso de estas atribuciones, no puede agregarle desproporcionalidad. Es antijurídica e ilegal la arbitrariedad como libertad mal orientada⁽²⁵⁾. En tal contexto no pautaado, la desproporción constituye otro referente prevalente del acto arbitrario.

La simple existencia de conductas fuera de la normativa o abusando de ella es incompatible con la legalidad. La actividad funcional es pautaada y reglada. Es lo que concierne a todo funcionario público que se desenvuelve en un contexto de funciones generales y atribuciones específicas; excepcionalmente, las atribuciones específicas de militares y policías están en razón del cargo y no al grado. No obstante, independientemente del cargo, bien pueden ordenar o ejecutar (como función general) la detención de una persona cuando es descubierta en flagrante delito; este ejercicio de ordenar o ejecutar se ubica en el ámbito de la legalidad solo si se ejecuta con proporcionalidad y racionalidad en cada caso concreto⁽²⁶⁾.

En este estado de reflexión teórica, el principio de legalidad y de legitimidad del accionar del funcionario público es un tema importante. No toda aquella atribución que pueda tener origen legal adquiere legitimidad. Esta puede perderse por el accionar desproporcionado del funcionario y devenir en un abuso de autoridad. Es el caso del policía que, contando con orden debidamente motivada por un juez penal, interviene a un requisitoriado, quien no ofrece resistencia alguna, maltratándolo física y moralmente. Este accionar desproporcionado o la utilización indebida de la fuerza constituye

(24) “No habrá arbitrariedad, si la propia ley ampara las decisiones del funcionario”; véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2011, p. 187. En efecto, pueden existir reglas desproporcionadas para el caso concreto, dependiendo del ángulo que se mire. El funcionario puede cumplirlas o hacer uso del control difuso o discrecional. Para fines penales, lo arbitrario es la negación o recusación del Derecho como legalidad.

(25) Un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines propuestos por la norma que bien puede ser el interés público; en cambio, el acto arbitrario se aparta de esta finalidad a que el acto emitido o ejecutado debe responder. Es en ese sentido que la arbitrariedad es una libertad mal orientada.

(26) “La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidas por un sistema de legalidad cerrado”. SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Ediciones Aguilar, Madrid, 1971, p. 5.

una evidente acción arbitraria. La detención tuvo origen legal en una resolución judicial, pero perdió legitimidad por el accionar abusivo y desproporcionado del agente policial⁽²⁷⁾.

Norma, proporcionalidad, lesividad y legitimidad son referentes materiales que diferencian el uso del abuso de atribuciones. El abuso es la negación del uso establecido por la norma, que puede perder legitimidad por el accionar desproporcionado del agente; por eso, cuando se habla de abuso de autoridad se comprende a toda forma de extralimitación o mal uso del poder de decisión dentro del ámbito de competencia. El poder es material, coercitivo y determinativo dentro de la competencia dada.

Si el funcionario ejerce este poder fuera de ella, incurre en usurpación de funciones; desde luego, hacer un mal uso de este poder es arbitrario, genera perjuicio y parecería un abuso de autoridad, pero no lo es porque se ejerce fuera de la competencia; por tanto, la conducta se subsume en otro tipo penal específico (usurpación de funciones). En suma, el delito de abuso de atribuciones solo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia, no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de una atribución, no de usurpación de ella.

El concepto de abuso de autoridad no puede ser considerado amplio porque genera confusiones innecesarias. Es más apropiado denominar al tipo descrito en los supuestos prohibidos del artículo 376 del Código Penal como “abuso de atribuciones públicas”. Es evidente la evolución de la estructura típica del hecho punible de uno genérico a uno cada vez más específico; como se dijo, el constructo del tipo varió de lo genérico y subsidiario a específico y determinado. Asimismo, es un hecho punible de cualificación especial propia (funcionario público), aunque excluye al servidor público; no obstante, este puede tener algún tipo de participación como cómplice del delito de abuso de atribuciones públicas cuando ejecuta la orden del acto arbitrario; también puede ser partícipe un particular. El abuso de atribuciones se expresa como acto arbitrario porque todo abuso es antijurídico, contraviene la norma, no es adecuado a Derecho y lleva implícito un perjuicio a terceros. El acto arbitrario se expresa como abuso que carece de juridicidad como consecuencia de la desnaturalización de la norma.

(27) En este caso se cumplió la orden del juez, pero debe procesarse al policial por abuso de autoridad al haberse extralimitado en sus atribuciones. Si no hubo resistencia, su accionar es desproporcionado y, por tanto, antijurídico. “En este Estado imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Más exactamente: las leyes no imperan, se limitan a regir como normas. Ya no hay poder soberano ni mero poder. Quien ejerce uno y otro, actúa sobre la base de una ley o en nombre de la ley. Se limita hacer valer en forma competente una norma vigente”. SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 4.

En suma, el abuso escapa a lo reglado y es antijurídico. Se puede cometer abuso de autoridad por abuso de atribuciones contra los particulares (personas naturales o jurídicas), contra el Estado o contra ambos al mismo tiempo, porque el acto arbitrario, sea ordenando o ejecutando, siempre genera perjuicio moral o económico en su acepción más amplia.

La razón de creación del tipo en cuestión tuvo una connotación complementaria, genérica y subsidiaria, pero a través de la evolución legislativa fue perdiendo esta naturaleza, hasta convertirse en el tipo penal específico que es hoy. La norma penal, creación del hombre y para el hombre, sufre los embates de los nuevos creadores de derecho en pro de la dignidad y pro de la libertad del individuo.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL

Históricamente, la doctrina nacional de manera casi unánime ha considerado que el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal es innominado, genérico y subsidiario. El profesor Fidel Rojas Vargas⁽²⁸⁾ parece colegir que la frase “cualquiera” revela dicha generalidad. Sin embargo, al haberse suprimido este vocablo, desaparece esta característica, lo cual hace del tipo más específico que genérico. Ha sido, pues, esta última modificación la que da luces sobre la nueva orientación estructural del tipo penal, de lo más genérico a lo más definido.

También se ha sostenido que la regla de subsidiaridad se colige de su estructura normativa. En efecto, así lo determinaba expresamente la norma anterior, a diferencia de lo que sucede actualmente. Al establecer como núcleo de la acción material del agente un acto arbitrario a secas (entiéndase como abuso de atribución) restringe sus alcances, indicando una acción más específica y determinada, no indicativa de subsidiaridad. El núcleo material del acto doloso expresa una extralimitación o abuso de atribuciones como acto arbitrario. Abuso y acto arbitrario son consustanciales; no se concibe uno sin el otro. Donde hay abuso, hay arbitrariedad; puede no afectarse al particular, pero siempre se afectará al Estado⁽²⁹⁾, siendo este el sujeto pasivo del delito.

(28) Fidel Rojas sostiene: “Al haberse empleado la frase **un acto arbitrario cualquiera**, se ha querido comprender un sinnúmero de comportamientos delictivos imputados a un funcionario público que comporte perjuicio de tercero y presencia de arbitrariedad”. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2002, p. 128.

(29) El bien jurídico específico tutelado por la norma penal es el ejercicio regular o correcto de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa. Tratándose de un delito de resultado en relación al verbo “ejecutar”, a nadie se le ocurre pensar que abusar de atribuciones no constituye una afectación al bien jurídico tutelado como ejercicio regular de las atribuciones. El abusar no constituye un ejercicio regular, sino de negación o afectación de la legalidad administrativa que la sustenta.

La estructura típica ha variado para dejar de ser un acto arbitrario cualquiera a un acto arbitrario a secas. En estas condiciones, este tipo de abuso de autoridad ya no cumple una función político-criminal complementaria. **Dejó de ser abierto en la medida que concurre un acto arbitrario determinado (restringido), lo cual hace de este un injusto independiente con contenido propio.** Ello porque el supuesto prohibido está referido a toda forma de extralimitación o mal uso de atribuciones dentro de un ámbito de competencia determinado. El delito de abuso de atribuciones solo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia, no fuera de ella. El tipo se identifica con el abuso y no con la usurpación de una atribución. Su contenido propio lo diferencia de otras figuras dentro del contexto general del abuso de autoridad, que no implican conductas de extralimitación de atribuciones.

Donde hay un abuso de atribución hay un acto arbitrario, sea ordenando o ejecutando. Entonces, sería mucho más apropiado denominar al tipo “delito de abuso de atribuciones públicas”, en lugar de “abuso de autoridad”. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución (el perjuicio es implícito al abuso), ambos se constituyen en una relación de medio-fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente. El constructo híbrido de esta figura penal admite dos tipos de configuración: de mera actividad en relación al verbo rector “ordenar” y de resultado con relación al verbo “ejecutar”. En ambos casos se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En tal sentido, si es un medio-fin, entonces, no puede constituir un tipo remanente, aplicable solo cuando el abuso no es el medio de comisión de otros delitos, como sugiere cierto sector de la doctrina nacional. Normativamente, no se comete el delito de peculado, cohecho, etc., abusando de atribuciones. Grave error es sostener que con la nueva estructura típica, el abuso de autoridad es subsidiario de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública como lo sugiere Abanto Vásquez⁽³⁰⁾. Nada de eso sucede estando por lo indicado.

Modernamente, la frase “abuso de autoridad” tiene una conceptualización cada vez más restringida, que comprende supuestos de acción como de omisión; esa conceptualización general se restringe con mayor intensidad en el abuso de atribuciones (modalidad específica de abuso de autoridad) por tener contenido propio y un supuesto prohibido determinado. Tal como se encuentra redactado actualmente ya no encontramos razones para continuar

(30) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 192.

con una interpretación genérica y subsidiaria del tipo en cuestión. Ya no es un tipo penal abierto, genérico e indeterminado, al menos no con la supresión del vocablo “cualquiera”. De esta forma, se puede garantizar mejor el correcto desempeño de los funcionarios públicos y la protección de los derechos de los ciudadanos frente al abuso de poder.

El nuevo texto parece evolucionar de uno genérico a uno cada vez más específico. El viejo Código Penal peruano de 1863 no era genérico, sino específico con características casuísticas. Al haber eliminado la referencia a un “perjuicio cualquiera” por “un perjuicio”, parece indicar una interpretación más restrictiva que extensiva; de manera que reduce su carácter lato, lo cual es posible en la medida que el contenido material del concepto de abuso de autoridad lo constituye todo abuso de atribución.

Por lo que se refiere al ámbito normativo, podemos indicar que el acto arbitrario está determinado por el abuso de atribuciones que no es un mecanismo o medio, sino el acto arbitrario en sí, de manera que podemos entender que todo acto arbitrario es abuso de atribuciones o de poder que lesionan intereses plurales (del Estado y privados al mismo tiempo) o individuales (del Estado). No se concibe abuso de autoridad en su versión de acto arbitrario sin perjuicio económico, moral o material. Todo se explica por el perjuicio que generan estas conductas arbitrarias por abuso de poder o atribución al Estado o al particular (persona natural o jurídica), lo que conlleva necesariamente una lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal: el ejercicio regular de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa (bien jurídico específico).

Con las singularidades establecidas, el tipo solo admite acción material dolosa del agente; lo es propiamente con dolo directo. No admite culpa ni dolo eventual; en términos generales, por lo híbrido del constructo, es un tipo penal de resultado con relación al verbo rector “ejecutar” y de mera actividad en relación al vocablo “ordenar”. Para la configuración del tipo, en el primer caso, se requiere como resultado el perjuicio tanto para el particular como para el Estado al mismo tiempo. No se puede entender un perjuicio que recae sobre Estado sin afectar a un particular, no al menos en situaciones generales y por la forma como se encuentra redactado actualmente el artículo 376 del Código Penal; por tanto, la acción dolosa del agente perjudica tanto el interés del Estado como el interés del particular. Esa es la regla general, pero en situaciones de excepcionalidad extrema, como en una tentativa acabada o inacabada, esta regla se relativiza; no opera porque se pretendió perjudicar el interés del particular, pero de todos modos se afectó el interés del Estado. Por tanto, aun en esta situación, el resultado perjuicio para el Estado también configura el tipo. De esta manera, se sintetiza el eje

central que se desprende del texto normativo en cuestión. Desde luego, el interés preponderante de protección le corresponderá al Estado, titular del bien jurídico tutelado por la norma penal.

Cuando el texto expresa “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”, nos trae a colocación varios conceptos que se utilizan aparentemente como sinónimos en materia penal. Veamos: esta figura se denomina abuso de autoridad, pero emplea el vocablo “atribución”; la doctrina agrega poder, autoridad y decisión. Obviamente que se relacionan estos conceptos histórico-genealógicos propios del Estado por la estructura sistemática que comparten. Los nexos entre estos conceptos se evidencian política y ontológicamente. No hay atribución de autoridad sin poder y esta se expresa en la decisión correcta tomada por el funcionario público en situaciones de relativa normalidad o excepcionalidad.

El acto arbitrario no puede ser un concepto tan abierto y maleable que no haya nada que no pueda introducirse en él y pueda después ser extraído en forma de argumento. Se tiene que limitar sus alcances. El funcionario público correcto usa y no abusa de sus atribuciones, ni tampoco del poder material del que goza. No obstante, un poder sin control abriga la posibilidad real del abuso; de allí la necesidad de limitar y controlar el poder, sancionando todo abuso determinado.

Si entendemos que el acto arbitrario es abuso de atribución o de poder nos acercamos a algo más específico que genérico. El acto material de los verbos rectores “ordenar” o “ejecutar” un acto arbitrario equivale al “abuso” de las atribuciones y del poder.

Desde luego, tienen que valorarse casos concretos, como el de los policías y militares, que pueden ser sujetos activos del tipo penal en cuestión en consideración al cargo y al grado. Por el cargo, en la medida que sus atribuciones son específicas, y en relación con el grado, por sus funciones generales. En ambos casos, pueden abusar de estas atribuciones o del poder material del cual gozan.

Ello a diferencia de otros funcionarios civiles, que solo operan con las atribuciones específicas y generales en relación con el cargo. Las atribuciones específicas se cumplen directamente y las funciones generales a través de los órganos de ejecución. En tal sentido, quien se vale solo de su condición de funcionario público, sin tener atribuciones específicas, para ordenar o ejecutar algo que sabe que no puede hacer porque dichas atribuciones competen a otro funcionario, en rigor, no abusa de ellas (porque no las tiene), sino

que las usurpa. El tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal está referido al abuso de atribuciones, no de usurpación de ellas.

Cabe entender el acto arbitrario como abuso de atribución o de poder, sean estos generales o específicos. La norma solo sanciona el abuso, no el uso dentro de la legalidad administrativa. La idea de un acto arbitrario no puede ser extensiva, sino restrictiva. El único sentido claro de la palabra “acto arbitrario” es en oposición a lo regulado, fijado o establecido por norma propia. Esta expresión no puede usarse en sentido amplio para que en ella pueda caber cualquier cosa.

La simple existencia de conductas individuales fuera de la normativa o de abuso de poder no es un tema sencillo ya resuelto. Es imperativo establecer cuándo el funcionario abusa de sus atribuciones y cuándo fundado en el abuso del poder de autoridad, fuera de la legalidad administrativa.

Un argumento que da consistencia a la tesis de que la legislación penal se orienta a un acto arbitrario determinado es que el abuso de autoridad puede cometerse por acción u omisión, pero en el caso de la omisión debe repararse que existen tipificaciones propias, donde se subsumen supuestos distintos a los contenidos en el artículo 376 del Código Penal; es el caso de los tipos penales de los artículos 377 (omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales) y 378 (denegación de apoyo policial) del Código Penal. Es decir, las acciones dolosas de abuso de autoridad tienen tipificación propia determinada distinta del abuso de autoridad por omisión.

En efecto, toda conducta omisiva o exigida de relevancia penal encuentra tipificación propia prevista ya en los artículos 377 y 378. De manera que la protección a que se refiere el artículo 376 del Código Penal no es propiamente subsidiaria. Si el contenido de toda acción u omisión dolosa tiene tipificación propia, entonces, qué vacíos legales queda por cubrir si todo abuso de atribuciones o de poderes encuentra tipificación propia en el artículo 376 del Código Penal.

Giuseppe Maggiore, en su tiempo, sostenía que el “hecho abusivo o arbitrario es el viciado por abuso de poder, el acto ilegítimo y antijurídico. La arbitrariedad del acto debe establecerse según las normas del Derecho Público, que definen la esfera de competencia del funcionario público. Esta indagación debe hacerse en concreto y caso por caso; sería imprudente y falaz cualquier definición y limitación *a priori*”⁽³¹⁾. Apreciación que compartimos si lo determinamos por los referentes de abuso de atribución, razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad. Ya no estaríamos ante una imprecisión

(31) MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte especial*. Vol. III. Temis, Bogotá, 1955, p. 210.

del tipo descrito en el artículo 376 del Código Penal, que requiera ser llenada interpretativamente por vía jurisprudencial, doctrinaria o de acuerdos plenarios (de poca garantía para la libertad del individuo). Los referentes expuestos nos ayudarían a fijar el campo exacto para la aplicación de la norma penal específica.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación genérica ni subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable ni congruente hablar de tipo penal abierto e indeterminado. No luego de la supresión del vocablo “cualquiera”. Con los extremismos extensivos y restrictivos no se puede garantizar el correcto desempeño de los funcionarios públicos, ni tampoco garantizar al ciudadano sus derechos frente al abuso de poder.

Desde luego que ninguna conducta arbitraria (entiéndase abuso de atribución o de poder) quedaría impune. El funcionario público tiene el deber y el derecho de hacer uso de sus atribuciones, pero ejerciéndolas con razonabilidad, cordura, con criterio de equidad y justicia; no al margen de ellos. El agente intolerante, abusivo y prepotente es un funcionario público impropio de las democracias sociales basadas en las relaciones del Derecho y no del poder.

V. LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL TIPO PENAL

El tipo penal no se configura como un tipo subsidiario, lo que expresa en fórmulas como “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” o “siempre que el hecho no constituya otro delito”, y que supeditan su aplicación a que no se subsuman en otro tipo penal o se sancione en otra disposición con una pena más grave.

Su tipicidad cumple una función garantista suficiente porque determina de manera expresa e inequívoca el supuesto que ha sido considerado como infracción punible. Cumple con las exigencias que se desprenden del principio de la legalidad y su expresión inmediata, el principio de determinación, que tiene su sustento constitucional en lo prescrito por el artículo 2, inciso 24, literal d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse **no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible**; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Aun cuando el injusto emergió con una finalidad político-criminal complementaria, ahora tiene una finalidad distinta: nació subsidiario, pero se convirtió en específico. El anterior tipo penal coincidía en forma y contenido; el nuevo, al variar su forma y su contenido, posee otra finalidad.

El injusto se alejó de ser un tipo penal subsidiario; su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación antes así lo determinaba; por tanto, no es el reconocimiento de la doctrina lo que, en definitiva, determinaba su naturaleza subsidiaria⁽³²⁾, sino su propia construcción.

Por el contrario, según, Juan Portocarrero: “El hecho de que la ley actual haya excluido la referida expresión –no clasificada especialmente en la ley penal– no significa que ha variado su contenido, se trata de lo mismo, pues no se requiere de tal especificación para interpretar técnicamente que se refiere a conductas ajenas a las que ya tienen tipo”⁽³³⁾. Para Fidel Rojas Vargas este injusto penal “se trata de una figura subsidiaria implícita”⁽³⁴⁾. Manuel A. Abanto también comparte el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión. Frisancho Aparicio y Fernando Ángeles González, siguiendo a Peña Ossa, admiten tal caracterización. No se conoce autor nacional que sostenga lo contrario o, dicho de otra manera, que sostengan que el injusto penal no tiene la condición o característica de ser un tipo subsidiario; de manera que existe consenso relativo en establecer tal condición.

Las consecuencias que podrían derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son las siguientes:

- La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales de abuso (incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida del cargo): dado el carácter subsidiario del tipo de abuso de autoridad, este es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos, denominados principales por exclusión de lo secundario, tiene un contenido que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría solo si ambos tipos mantienen una misma raíz emergente.

(32) Código Penal peruano de 1924

Artículo 337.- “El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

Nótese cómo el legislador nacional primigeniamente, en la configuración del tipo descrito, señaló normativamente el carácter subsidiario del tipo al emplear la frase “no clasificado especialmente en la ley penal”; esta declaración expresa del carácter subsidiario no ha sido tomada en cuenta por el legislador del Código Penal de 1991, ya que normativamente nuestra legislación vigente no expresa tal condición, pero no por ello la doctrina no deja de reconocer la subsidiaridad del tipo.

(33) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, p. 106.

(34) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit. p. 128.

- Que el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente, es decir, carece de supuestos típicos propios suficientemente determinados. Nosotros indicamos todo lo contrario, partiendo de que el contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.
- La subsidiaridad del tipo implica reconocer que, de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiaridad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial, entonces, al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación.

Para nosotros es evidente que el tipo penal de abuso de autoridad no opera con carácter subsidiario (tipo residual), ni abarca supuestas conductas no comprendidas por otros tipos penales. Además, normativamente, los otros tipos “principales” tendrían penas menores o iguales que el supuesto tipo “subsidiario”. Así, el delito de abuso de atribuciones descrito en el artículo 376 del Código Penal, está sancionado con una pena privativa de la libertad no mayor de 3 años, es decir, con una pena mayor en relación con los supuestos tipos principales: el delito de abuso de autoridad por omisión, rehusamiento o retardo de función, y el delito de abuso de autoridad por omisión injustificada de auxilio policial, descritos en los artículos 377 y 378, respectivamente, tienen una pena privativa de libertad no mayor de dos años. Lo mismo se puede decir de los artículos 379 (no mayor de tres años de pena privativa de libertad) y 380 (no mayor a tres años).

Un dato adicional con respecto al delito en estudio es que ya no es necesario dejar a discreción del juzgador determinar los supuestos prohibidos porque ello sería ignorar todo el proceso de criminalización primaria; la creación de tipos penales es privativa del órgano legislativo, a quien le compete hacerlo de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política, dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos y no la de establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es “crear” supuestos típicos vía interpretación.

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico. En el centro de todo tipo legal se encuentran los intereses jurídicos, que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las

acciones delictuosas. En razón a que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, este tiene un rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituya un excelente medio de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la parte especial de los códigos penales.

VI. LAS PROBABLES SITUACIONES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL

En el *iter criminis* del injusto de abuso de autoridad es posible admitir varias situaciones a considerar:

- El agente da la orden abusiva y la ejecuta conjuntamente con otro funcionario o particular. En este supuesto, el primero responde como autor del delito de abuso de autoridad y el segundo como cómplice del hecho punible en determinadas condiciones concretas.
- El agente da la orden y el funcionario o servidor público a quien se ordena no la cumple por considerarla ilegal. El agente que dio la orden arbitraria lesionó el bien jurídico tutelado, por ser un delito de mera actividad, en razón del verbo rector “ordenar”, perjudicando los intereses del Estado y puesto en peligro el interés del particular. Como tal, responde como autor del delito de abuso de autoridad. La orden fue arbitraria y reunía la idoneidad para causar perjuicio, existe dolo, etc.
- El agente da la orden y el servidor público o particular empieza a ejecutar la orden, pero luego se desiste espontáneamente. El autor de la orden arbitraria responderá por el delito de abuso de autoridad y el segundo no.
- El agente da una orden arbitraria y el servidor público o particular, a sabiendas de la arbitrariedad de tal mandato, ejecuta la orden. Ambos responden, el primero como autor y el segundo como cómplice.
- Un órgano colegiado da la orden en perjuicio de un tercero de un acto arbitrario cualquiera. Todos los agentes conformantes del colegiado responden como coautores del hecho punible. En estos casos es posible admitir lo supuestos antes indicados.

La acción dolosa es directa, no necesariamente requiere la orden de otro funcionario facultado para ello; en situaciones concretas, el mismo funcionario la ejecuta abusando de sus atribuciones. Es el caso típico del policía que, por sí mismo, priva de la libertad a un particular sin mandato judicial, ni en situación de delito flagrante, ni en las condiciones establecidas por la ley.

Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho desde hace mucho que:

“Los elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad son: el cargo de funcionario público del agente, la privación de la libertad garantizado por el artículo 56 de la Constitución, la ilegalidad de la medida y la ausencia de motivo fundado para la detención”. (Ejecutoria Suprema del 26/04/1962, en “Anales Judiciales”, 1962, p. 63).

No cabe duda de que los verbos rectores expresados en los vocablos “ordenar” y “cometer”, aun cuando en determinados casos concretos puedan tener una relación estrecha de continuidad, pueden muy bien diferenciarse como injustos penales independientes, bien sea como un injusto penal de mera actividad (ordenar) o de resultado (ejecutar). En ambos casos siempre se lesiona el bien jurídico tutelado, en la medida que se afectan los intereses del Estado, aun cuando no pueda suceder lo propio respecto del particular. Es el Estado el sujeto pasivo y no el particular.

Recordemos que, de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley (principio de lesividad de bienes jurídico-penales)⁽³⁵⁾. Lo real en la configuración del tipo radica en que el daño sea considerable, lo suficiente en el caso concreto como para que amerite la intervención del Derecho Penal. En ese sentido, Viterbo, comentando el Código Penal peruano de 1863, definía el injusto de abuso de autoridad como “un acto oficial que se practica por un funcionario contraviniendo a las leyes reguladoras de sus atribuciones y excediéndose de las facultades que ellas le acuerdan”⁽³⁶⁾. Esta contravención lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal que sustenta la aplicación de una sanción.

Por el contrario, como señala la jurisprudencia: “No se configura el delito de abuso de autoridad cuando los que delinquen no lo hicieron en ejercicio de sus funciones, ni con sus uniformes respectivos. La pena debe imponerse en función a la intervención de cada acusado”. (Ejecutoria Suprema del 11/04/1986, en “Normas Legales”, tomo 148, p. 379).

(35) Código Penal peruano

Título Preliminar

Artículo IV.- “La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Una de las características del pensamiento liberal del Derecho Penal radicaba precisamente en limitar al poder punitivo del Estado en función del principio de exclusividad tutelar de los bienes jurídicos. El Derecho Penal solo protege bienes jurídicos como requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales en un Estado de derecho. De manera que todo hecho punible debe comportar necesariamente una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal. El Derecho Penal se orienta a la preservación o conservación del bien jurídico tutelado.

En el caso típico del hecho punible abuso de autoridad, el bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de la Administración Pública expresada en el normal y correcto ejercicio de sus atribuciones. De manera que el Estado viene a ser el sujeto activo del tipo y no el particular.

(36) VITERBO ARIAS, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Serie Biblioteca de El Diario Judicial, Lima, 1896, p. 310.

VII. EL CONCEPTO DE ACTO ARBITRARIO

Un primer referente a considerar en el nuevo concepto de acto arbitrario dentro del tipo penal es que implica siempre un perjuicio para el interés del Estado y, en ocasiones, también a un particular. Todo ejercicio abusivo de atribuciones perturba el orden regular de la Administración. Por tanto, el perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al Estado o al particular o ambos al mismo tiempo. La ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con todo caso de abuso de atribución por su carácter pluriofensivo. No se concibe abuso de autoridad en su versión acto arbitrario sin un perjuicio económico, moral o material del Estado o del particular. La norma penal protege el bien jurídico tutelado entendido como el ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa.

La idea del acto arbitrario no puede ser interpretada extensivamente, sino restrictivamente. El único sentido claro de la palabra está determinado por el abuso de atribuciones, no por el uso de ellas, es decir, en oposición a lo regulado, fijado o establecido por las normas. El abuso es una extralimitación de las atribuciones; por tanto, constituye el contenido del acto arbitrario en la medida que recusa al derecho como legalidad. Acto arbitrario equivale a abuso de atribuciones. El funcionario público desde que asume el cargo tiene la obligación de hacer uso de sus atribuciones en un contexto pautado de reglas contenidas en normas generales o específicas (justas o injustas); no puede abusar de dichas atribuciones ni ejercerlas arbitrariamente. El acto arbitrario es antijurídico y carece de legitimidad.

Donde hay abuso de atribuciones, hay acto arbitrario. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución, los cuales se vinculan en una relación de medio a fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa dolosamente. Tanto en el verbo rector “ordenar” como en el “ejecutar” se debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado.

La locución “acto arbitrario” que utiliza el legislador peruano en el artículo 376 del Código Penal vigente constituye un elemento material (no psíquico), de connotación determinada y específica. Por ejemplo, constituye un acto arbitrario disolver una manifestación que cuenta con autorización, sin razones atendibles o justificantes; decretar la incomunicación de un detenido sin las formalidades de ley; detener a una persona durante una investigación policial sin una orden debidamente motivada por juez penal competente; o por más de 24 horas sin poner al detenido a disposición del juez, etc.

En suma, la ley establece los parámetros dentro de los cuales deben realizarse los actos de función y el ejercicio de las atribuciones funcionariales; excederse de sus límites constituye un acto arbitrario.

He aquí cómo la jurisprudencia nacional ha tratado el injusto penal en comentario:

“Es requisito fundamental para que se configure el delito instruido que el funcionario imputado realice un acto arbitrario en perjuicio o daño de otra persona en forma dolosa”. (Exp. N° 71-87, 8 TCL, 1987).

“Al haberse privado arbitrariamente de su libertad por más de 24 horas al agraviado, sin haber puesto oportunamente a disposición de la Fiscalía de Turno conforme a ley; se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado” (Sala Penal. R.N. N° 3425-96-Lambayeque).

“Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias”. (Sala Penal. R.N. N° 5541-97-Piura).

“Al haber sido detenido el agraviado en la unidad policial, luego de dar su declaración por la presunta comisión de faltas para ver si tenía pendiente requisitoria por delito contra el patrimonio, habiéndose realizado esto por la sola imputación de la agraviada y no de autoridad judicial competente, se concluye que el agraviado se le detuvo irregularmente” (Exp. N° 7963-120-97-Lima)⁽³⁷⁾.

En suma, a tenor de la jurisprudencia se puede apreciar una línea de razonamiento, que es indicativa de un tipo penal cualificado por la condición del sujeto activo (funcionario público), quien realiza el tipo penal por abuso de sus atribuciones. El concepto de atribución es más específico en relación al de función. Todos los funcionarios tienen funciones públicas, pero no las mismas atribuciones. Entonces, en el nivel de la antijuricidad, se puede apreciar que el abuso es contrario a la norma penal.

VIII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Para los fines de nuestro comentario, toda discusión doctrinaria sobre el concepto de bien jurídico o sobre si el Derecho Penal cumple una función tutelar la vigencia de la norma, optamos remitirnos a nuestra realidad normativa. El artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal precisa, como garantía de imposición de la pena, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados, **no de normas**. En tal sentido, el Derecho Penal

(37) Todas estas jurisprudencias fueron tomadas del libro de VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 1ª reimpresión. Grijley, Lima, 2002.

cumple una función protectora de bienes jurídicos, aunque interviene cuando se produjo la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal o cuando se puso en peligro. Hay evidentemente casos particulares donde la protección se adelanta a actos preparatorios, elevados a la categoría de delito (casos de los delitos de peligro abstracto). Pero la excepción no hace la regla.

En este sentido, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los casos siguientes:

“Que, para la configuración de un delito se requiere, necesariamente, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, siendo este, en consecuencia, requisito *sine qua non*, para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imposición de una pena sin delito” (Ejecutoria Suprema del 30/06/1997, Exp. N° 1780-96).

“El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo”. (Ejecutoria Suprema del 20/04/1999, Exp. N° 668.99-Lima).

“Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico-penal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito” (Resolución Superior, Segunda Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 547-95).

“En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo” (Ejecutoria Suprema 05/08/1999. Exp. N° 2529-99-Huánuco)⁽³⁸⁾.

“Con la tipicidad de un hecho reputado delictivo se afirma el principio de legalidad y la función protectora del Derecho Penal. Ello se explica así, por cuanto solo cuando se haya verificado –luego del análisis de tipicidad– que en el hecho imputado concurren todos los elementos exigidos en el tipo penal será admisible considerar la posibilidad del ejercicio punitivo de Estado y la realización del efecto tutelador de bienes jurídicos. Se trata aún de una posibilidad de punición, por cuanto la afirmación de la tipicidad es únicamente uno de los planos del delito que tendrá que ser complementado con la ulterior evaluación de la antijuricidad del comportamiento, que igualmente se afirmará cuando el sujeto activo no haya tenido a su favor ninguna justificación legal para obrar lesionando bienes jurídicos de otra persona. Es entonces que se habrá generado el ilícito penal, que aumentará el respectivo juicio de culpabilidad o inculpabilidad por el acto”. (Ejecutoria Suprema 22/07/1998, Exp. N° 1749-98-Huánuco).

(38) Ambas jurisprudencias tomadas del libro AA.VV. *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 149-150.

El objeto de la tutela penal es el normal funcionamiento de la Administración Pública, expresado en el correcto y moderado ejercicio de las atribuciones concedidas por ley, las que debene materializarse conforme a Derecho. Fidel Rojas sostiene que “el abuso de autoridad tiene como objeto asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándolos con exclusividad en la obediencia a la ley, el Derecho y el ordenamiento jurídico”⁽³⁹⁾. Para Manuel Frisancho Aparicio, el bien jurídico es el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública, y luego agrega: “en el caso particular del abuso de autoridad por acto arbitrario, el bien jurídico se ve afectado en la dimensión que atañe a la legalidad del acto oficial. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autorización ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares”⁽⁴⁰⁾. La expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo “en perjuicio de alguien” denota la amplitud del vocablo que bien puede comprender a una persona natural o jurídica tanto particular como estatal.

En suma, se trata de asegurar la legalidad del acto funcional y el correcto ejercicio de las atribuciones de todo funcionario público.

IX. EL SUJETO ACTIVO

El tipo penal indica que solo el funcionario público puede ser sujeto activo del delito. No comprende al servidor público, tampoco al particular. Sin embargo, estos pueden ser comprendidos en el tipo como partícipes (cómplice primario o secundario, instigador).

El Código Penal peruano, a diferencia del Código Penal español⁽⁴¹⁾, no ha diferenciado entre autoridad y funcionario público; sin embargo, tanto

(39) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 132.

(40) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*. Editora Fecat, Lima, 1999, pp. 3207-3208.

(41) Código Penal español de 1995

Artículo 24.-

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputarán también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

En lo que existe coincidencia tanto en la doctrina nacional como extranjera es en establecer que cualquiera que sea el concepto que se utilice de funcionario público o autoridad o servidor públicos estas, a efectos penales, no tienen necesariamente porque tener el mismo contenido que utiliza el Derecho Administrativo. La expresión a los efectos penales es indicativo de esta característica. Siempre el concepto de estas categorías a los efectos penales tendrán una mayor amplitud que la utilizada por el Derecho Administrativo.

la doctrina nacional como la jurisprudencia equiparan ambos conceptos en un mismo contenido funcional. Lo propio indica la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo I (De las definiciones) conceptúa al “funcionario público”, “servidor público” u “oficial gubernamental” como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Naturalmente, esta generalidad tan amplia de la Convención no ha sido del todo considerada por nuestro legislador nacional.

El hecho de que el Código Penal peruano utilice la frase “abuso de autoridad” para establecer los supuestos prohibidos o exigidos, y considere como sujeto activo al funcionario público, no resulta incongruente, por cuanto toda autoridad es un funcionario público. A decir de Fidel Rojas: “El Código está empleando el término autoridad en su acepción subjetiva funcional; es decir, como facultad de poder público y no en su acepción institucional orgánica; para esta última concepción hace uso de la frase ‘funcionario público’. Ello tiene enormes repercusiones por cuanto no es en exclusividad la autoridad el sujeto activo del delito, sino cualquier funcionario público que abuse de sus atribuciones: no es exigible que tenga jurisdicción o mando, si los tiene y abusa de su autoridad también será pasible de las sanciones establecidas al igual que el que solo posee capacidad de decisión”⁽⁴²⁾.

Por nuestra parte, sostenemos que la norma penal está referida tanto a la autoridad como al funcionario público, mas no así al servidor público. Sin embargo, algunos autores sostienen que el legislador nacional no ha comprendido como sujeto activo a la autoridad⁽⁴³⁾. Ello es irrelevante para nuestra legislación nacional.

Ahora bien, la distinción hecha por el legislador español entre la autoridad y el funcionario público responden a su realidad normativa; sin embargo para nuestra legislación nacional hizo bien el legislador distinguir entre funcionario o servidor público y no hacer lo propio entre funcionario o autoridad e utilizar ambas categorías como sinónimos sin dificultad alguna. Es verdad que teóricamente pueda hallarse algunas distinciones pero no lo suficiente para utilizar en Derecho Penal como categorías sustancialmente distintas excluyentes. En el hecho práctico se ha hallado pocas dificultades.

(42) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 118.

(43) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 182. Para este autor nacional, el legislador en el tipo no se ha referido a la autoridad, por cuanto de acuerdo al tenor literal de la norma se refiere al funcionario público, asimismo por cuanto el tipo no hace distinción y por tanto el sujeto activo será cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 de Código Penal. También porque el tipo prevé dos modalidades delictivas expresadas en los verbos rectores “cometer” y “ordenar”, etc. No entendemos tal razonamiento que parece ser bastante contradictorio. El hecho que el legislador no haya distinguido entre autoridad y funcionario público no implica que no pueda ser comprendido como sujeto activo a la autoridad por cuanto ambos agentes tienen facultades de poder público o funcional y como tal pueden hacer uso abusivo de sus atribuciones; sobre todo ordenado un acto arbitrario en perjuicio de un tercero que puede ser un particular o el propio Estado. Las dificultades que surgen de los supuestos contenidos en los verbos rectores mencionados han sido ampliamente desarrollados como injustos

Naturalmente solo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario público con atribuciones formalmente establecidas normativamente (de manera que su actividad sea funcional). Como indica Abanto, el sujeto activo debe actuar como funcionario dentro de las atribuciones que tiene. Si se tratara de actos fuera del ejercicio de sus funciones (como privado o saliéndose del marco de las propias funciones), no comete abuso de autoridad penal. Si ejerce funciones que no le competen, estaremos ante el supuesto de usurpación de funciones públicas en su tercera alternativa⁽⁴⁴⁾.

Para Fernando Ángeles Gonzáles, el sujeto activo “es el funcionario que afecta la diligencia con que deben realizarse los actos administrativos. El agente incumple con los deberes administrativos del cargo”⁽⁴⁵⁾.

En el mismo sentido, Fidel Vargas Rojas sostiene que el sujeto activo lo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público. Aquellos que cumplen órdenes de este, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por el funcionario, responderán en calidad de cómplices o, según el caso, como instrumentos en el contexto de la autoría mediata⁽⁴⁶⁾.

El tipo penal admite la coautoría en el caso de los órganos colegiados (como sucedería con las decisiones de los miembros de un tribunal, de un consejo, o del Consejo de Ministros), salvo que uno de los miembros deje expresa constancia de su oposición. En particular, es posible que el órgano colegiado ordene un acto arbitrario en perjuicio de alguien.

independientes contemplado en la norma penal en comentario.

Si el tipo no hace distinciones y, por tanto, sujeto activo puede ser cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 del Código Penal, llegamos al mismo punto donde se parte. Solo puede ser sujeto activo el funcionario público o autoridad. Diferenciar ambos conceptos es distinguir donde la norma penal no hace distinción. Ahora bien, es posible distinguir o precisar que este hecho punible no puede ser cometido necesariamente por cualquier funcionario público; sobre todo tratándose del que ejecuta, sino por aquel que tiene facultades de ordenar y de que sus órdenes sean cumplidas.

Partimos del hecho concreto que todo funcionario público tiene atribuciones de mando, pero no todos tienen las mismas facultades de poder público en cuanto a mando en todos los niveles. Por ejemplo, un ministro de Estado tiene poder, autoridad o mando; también el viceministro, el presidente de un Organismo Público Descentralizado (OPD) dependiente de un ministerio X, etc. Todos son funcionarios públicos con atribuciones formalmente establecidas normativamente de manera que su actividad es funcional; de modo que el ejercicio de sus atribuciones legalmente determinadas pueden ordenar en los niveles que les correspondan. Es decir, un ministro ordena al viceministro y este a otro funcionario público de menor nivel, en esta cadena, es posible que un funcionario ordene abusando de sus atribuciones un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero y otro funcionario público de menor nivel con facultades también de ordenar lo ejecute. Todos están obligados a hacer uso de sus atribuciones pero no abusar de ellas. Esa atribución cuando está referida a una facultad de ordenar sin duda alguna significa que tiene poder y autoridad para ello; de manera que todos tienen poder de autoridad en el nivel que les corresponda; tratándose de funcionario público o autoridad.

(44) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 183.

(45) ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y otros. *Código Penal comentado, concordado, anotado, jurisprudencia*. Tomo VII: *Delitos contra la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, p. 3209.

(46) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 132.

Al respecto, cabe recordar los requisitos de la coautoría que ha establecido la jurisprudencia nacional.

“Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) toma parte en la fase de la ejecución; cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría” (Ejecutoria Suprema del 11/03/1998, Exp. N° 6017-97-Lima).

“Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional” (Ejecutoria Suprema 09/10/1997, Exp. N° 4484-97-Cañete).

“La coautoría se fundamenta en dos condiciones: la decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos” (Exp. N° 22874-94-B. 05/10/1995-Lima).

X. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo preponderante es el Estado, y en actos concretos, en los que el acto arbitrario también afecta a un particular, este se constituye en un sujeto pasivo secundario y no esencial.

Modernamente, se discute en la doctrina la conveniencia o no de considerar al particular como sujeto pasivo primario del tipo, extendiéndose su titularidad a los particulares agraviados directamente, sean estas personas naturales o colectivas. La posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto pasivo a la Administración Pública en sentido amplio.

Sin embargo, es preciso considerar que tanto el Estado como el particular son agraviados, estimándose como afectado primario al Estado y como afectado secundario al particular. En ese sentido, no debe aceptarse la exclusión del particular como parte civil en los procesos que se le siguen a los funcionarios públicos que cometieron el hecho punible de abuso de autoridad. Ello no debe confundirse con el hecho de que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública estatal como tal.

En ese sentido, la jurisprudencia nacional ha dejado establecido lo siguiente:

“En los delitos previstos en el Título decimoctavo del Código Penal el Estado siempre es agraviado, pues son cometidos contra la Administración Pública; que el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; y no habiéndose acreditado la arbitrariedad del acto y del perjuicio procede la absolución”. (Ejecutoria Suprema del 14/11/1996, Exp. N° 3436-96).

“En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado”. (Ejecutoria Suprema del 31/01/1997).

En suma, solo puede ser sujeto pasivo de este hecho punible el Estado y no el particular, aunque este sí puede ser agraviado. Asimismo, es un delito de resultado que para que se configure se requiere de un resultado (perjuicio de alguien); si no hay perjuicio, no se configura el tipo aun cuando el agente haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado.

XI. EL SUPUESTO AGRAVADO POR LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

El legislador nacional agregó al tipo básico descrito en el artículo 376 del Código Penal una figura agravada por circunstancias especiales cuando los hechos (ordenar o ejecutar en perjuicio de alguien un acto arbitrario) deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, estableciendo una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años. Ello en virtud de la sétima disposición final de la Ley N° 28165 del 10/01/2004. Por ejemplo, el caso del ejecutor coactivo que ordena cobrar tasas o contribuciones no contempladas en la ley.

Por Ley N° 29703, se establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que ejercen los órganos de gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. Si el agente ordena o ejecuta un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero, es decir, fuera del marco legal de los actos de ejecución coactiva, no garantizando al obligado el desarrollo de un debido proceso u ordenando una medida cautelar sin sustento o sin que conste en una resolución motivada; o ejecuta una medida cautelar previa trabada antes del inicio del procedimiento sin cumplir las formalidades, incurrirá en un acto arbitrario sancionado por esta agravante.

El ejecutor coactivo es el titular del procedimiento y ejerce, a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación. Su cargo es indelegable. De manera que para el tipo agravado, solo puede ser sujeto activo el ejecutor coactivo, excluyéndose de esta manera todo otro funcionario, por más elevado que sea su cargo.

Esta forma de crear supuestos agravados o formas agravadas de supuestos contemplados por leyes especiales como delito de abuso de autoridad, no es lo más recomendable técnicamente hablando, pues desnaturaliza el injusto penal.

XII. LA PENA APLICABLE

A diferencias de otras legislaciones como las de los países de la Unión Europea, que sancionan estos hechos punibles con penas más o menos severas, en nuestra legislación curiosamente la pena contemplada en el tipo básico por el legislador nacional es leve: pena privativa de la libertad no mayor de tres años. Para el tipo agravado, es decir, cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena es no menor de dos ni mayor de cuatro.

Capítulo II

Abuso de autoridad en la modalidad de condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios

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

Artículo vigente conforme a la reubicación dispuesta por el artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada en el diario oficial El Peruano el 6/10/2004.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta nueva modalidad de abuso de autoridad reformado y reubicado por el artículo 2 de la Ley N° 28355 es originario; no existe precedente alguno de fuente directa o indirecta. Esta ausencia de precedentes legislativos complica un poco la interpretación o aplicación en los casos concretos. No obstante, debemos destacar que las modificaciones que introduce la Ley N° 28355 (04/10/2004) en diversos artículos del Código Penal y la legislación penal complementaria, entrañan un serio problema en cuanto a los parámetros racionales de sus alcances y limitaciones.

Es un delito de mera actividad, condicionante y con dolo directo por parte del funcionario o servidor público por obtener ventaja política o electoral para sí o para otro. De manera que, para su configuración, no se requiere de resultado alguno, basta condicionar la distribución en las condiciones antes descritas.

Todos los proyectos de códigos penales que antecedieron al Código Penal de 1991 adolecen de esta misma situación, de fuentes que las informen. Sin embargo, Fidel Rojas Vargas sostiene la tesis de que el referente tomado en consideración por el legislador nacional es el artículo 432-14 del Código Penal francés de 1993⁽⁴⁷⁾, tesis que no compartimos por no existir actas de discusión que sustenten aquella afirmación.

El tipo penal en la forma establecida es bastante cuestionable. En términos generales, es un hecho punible concurrente en un contexto de elecciones. No obstante, es posible que suceda en otros contextos de orden político. Es, pues discutible en cuanto a su naturaleza jurídica, sistematización, técnica legislativa y ubicación en nuestro ordenamiento penal.

Todo indica que es un tipo penal de naturaleza activa por dolo directo y por acción finalista. El legislador ha empleado en la configuración del tipo el verbo rector “condicionar”, vocablo que expresa claramente la acción material del funcionario, sujeta, desde luego, a una finalidad cierta: obtener ventaja política o electoral a su favor o de terceros. Por eso se exige en su configuración solo dolo directo por finalidad cierta; si la exigencia del condicionamiento está sujeta a una de naturaleza crematística, no estaría comprendido entre los supuestos de esta figura penal, sino en otra, probablemente la de cohecho.

Este tipo penal, primigeniamente, fue adicionado por el artículo 1 de la Ley N° 27722⁽⁴⁸⁾ en el artículo 394-A del Código Penal, como cohecho pasivo con finalidad política o electoral. Luego, fue reubicado por el artículo 2 de la Ley N° 28355 entre los delitos de abuso de autoridad, específicamente en el artículo 376-A, como una nueva modalidad de abuso de autoridad nominativo. Al parecer, no se tuvo en cuenta que el otro sujeto activo, el servidor público, no tiene autoridad y tampoco abusa de atribuciones. En tal sentido, el común denominador como sujeto activo del tipo en cuestión no es el abuso de atribuciones, tampoco el abuso del poder *per se*, sino la simple

(47) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 491. Sin embargo, la técnica legislativa empleada por el legislador nacional en la configuración del tipo primigeniamente en el artículo 394-A como cohecho pasivo con finalidad política y/o electoral dista mucho del artículo 432-14 del Código Penal francés de 1993 que literalmente expresa: “Será castigado con la pena de dos años de prisión y 200.000 F de multa el que, siendo depositario de la autoridad pública, estando encargado de una misión de servicio público, ostentando un mandato electivo público o ejerciendo las funciones de representante, administrador o agente del Estado, de las entidades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargada de una misión de servicio público y de las sociedades locales de economía mixta, o cualquier persona que actúe en beneficio de una de las anteriores citadas, proporcione o trate de proporcionar a otro un beneficio injustificado mediante un acto contrario a las disposiciones legislativas o reglamentarias que pretenden garantizar la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los mercados públicos y en las delegaciones de servicios público”.

(48) Publicada en el diario oficial *El Peruano* del 14/05/2002.

condición de funcionario o servidor público con capacidad de ordenar o de distribuir bienes o prestaciones de servicios, sea por razón del cargo, por delegación o por cualquier otra condición análoga. Por el ejemplo, el Presidente de la República no tiene la atribución expresa de distribuir bienes, pero sí tiene la disponibilidad jurídica de disponer de ellos dentro de los parámetros fijados por la ley. No obstante, se puede cometer este delito abusando del poder, del cargo o de cualquier otra condición ínsita a su condición de funcionario o servidor público. El sujeto activo tiene aquí una connotación más extensiva que restrictiva.

Reubicarlo como una modalidad específica de abuso de autoridad no parece ser del todo correcto, parece impropio. El tipo penal considera como sujetos activos a funcionarios y servidores públicos por su simple condición de tales. En tal sentido, esta cualificación no es por razón del cargo, tampoco de autoridad⁽⁴⁹⁾. Un servidor público no es autoridad, pero puede ser sujeto activo del tipo. Pero toda autoridad si es funcionario y, como tal, también puede ser autor o coautor del tipo del hecho punible en cuestión. Entonces, tiene una connotación mucho más amplia, bastando la condición especial (funcionario o servidor público)⁽⁵⁰⁾ con capacidad para ordenar o ejecutar la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social con una finalidad cierta: obtener ventaja política o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros⁽⁵¹⁾. En todo caso, sería más exacto ubicarlo y sistematizarlo en el Título XVII: Delitos contra la voluntad popular como una forma de corrupción del elector, al orientar la acción dolosa del agente a ventajas de cualquier naturaleza política o electoral.

Usualmente estas conductas no tienen la connotación de ser permanentes o recurrentes; suelen cometerse faltando poco tiempo para las elecciones políticas o durante el desarrollo de ellas; pero también en épocas

(49) Un concepto restrictivo de sujeto activo lo constituye el delito de peculado tipificado como tal en el artículo 387 del Código Penal que considera solo al funcionario o servidor público que por razón del cargo tiene la administración, custodia o percepción de los bienes del Estado. A *contrario sensu*, si el funcionario no tiene esta condición objetiva, no puede ser sujeto activo del tipo en cuestión.

(50) La expresión “El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público” es indicativa que basta la condición de funcionario o servidor público, no importando para la configuración del tipo la razón del cargo. Es importante destacar esta condición por cuanto permite una interpretación extensiva del tipo penal para una mejor protección del bien jurídico tutelado por la norma penal. Es decir, basta el condición de funcionario o servidor público para ser considerado sujeto activo de este injusto penal.

(51) El agente del hecho punible no necesariamente puede hacer abuso de sus atribuciones por razón del cargo por cuanto puede, simplemente, se le delegó la tarea de distribuir dichos bienes con la finalidad antes indicada. Desde luego que el agente que ordena dicha distribución en estas condiciones puede no tener la atribución de ordenar distribución de bienes o servicios. Es el caso del presidente de la República, de los ministros de Estado o de los congresistas; sin embargo, bien ellos pueden ordenar en estas condiciones; por tanto, solo se valen de su condición de funcionario del más alto nivel.

distintas. Por ejemplo, condicionar la entrega de bienes a asistir a un mitin por aniversario de un determinado partido político para fomentar la difusión de ideología determinada. Pero siempre existirá una relación de continuidad con fines electorales presentes o futuros. En todo, caso el agente condiciona expresa o tácitamente la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, para sacar ventaja política frente a otras personas sean o no potenciales candidatos.

El tipo incluye condicionamientos para movilizar a beneficiarios de estos programas a mítines, marchas, actividades de proselitismo político, o para inducir el voto favorable a sus intereses, etc. En término generales, puede considerarse un delito de provecho presente o futuro. Sin embargo, anotamos, cualquier contexto de futuro electoral, como puede ser cuando se condiciona dicha entrega o servicios a firmar los planillones de un partido político para la inscripción en el Jurado Nacional de Elecciones, puede constituir la razón dolosa del agente. En determinado caso concreto, incluso, este injusto penal puede hallarse en concurso aparente de leyes con el artículo 356 del Código Penal (corrupción del elector)⁽⁵²⁾.

Los supuestos prohibidos contenidos en la norma penal están estrechamente vinculados de manera sustancial con actos ejecutivos de programas públicos de apoyo o desarrollo social, de carácter más o menos permanente. El agente se vale de estas necesidades apremiantes de los beneficiarios para condicionar su entrega con el deliberado propósito de obtener ventajas políticas o electorales, a favor propio o de terceros; sean estas personas naturales o jurídicas. Por tanto, es un delito de acción dolosa finalista condicionante a una exigencia determinada; el agente utiliza el medio de la distribución como una forma de buscar someter o presionar sibilina o directamente la voluntad de los beneficiarios de estos programas para fines electorales o políticos.

Considérese que todo funcionario o servidor público, de acuerdo con el artículo 39⁽⁵³⁾ de la Constitución Política del Estado, está al servicio de la nación. Por tanto, están para servir a los objetivos de la nación que orientan

(52) Código Penal

Artículo 356.- “El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

(53) Constitución Política del Estado

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”.

la actividad del Estado en atención de los intereses del país y de la población en general. No están al servicio de sí mismos o de sus intereses de grupos políticos o económicos. Por ejemplo, los congresistas de la República representan a la nación, no a los partidos políticos, de manera que si estos representantes de la nación distribuyen ayuda social del Estado, condicionando ello a fines ilícitos, incurrirán en la comisión del delito en comentario.

En tal sentido, y dentro de los objetivos de la actividad del Estado, se hallan los programas públicos de apoyo o desarrollo social, como por ejemplo, el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (Pronaa), cuya finalidad es contribuir a la elevación de los niveles alimentarios y nutricionales de la población en los sectores focalizados de pobreza; o los programas de Pensión 65, Beca 18, Juntos, Agua para Todos, Estrategia Nacional Crecer, Programa de Restitución de Identidad y Estado Civil, Seguro Integral de Salud (SIS), Mejoramiento de la Calidad en la Educación Secundaria (Mecep), Programa de Educación en Áreas Rurales, Programa Qali Warma, Pobreza Urbana Prospera, entre otros.

Son numerosos los programas de apoyo o desarrollo social. También se han dispuestos otros planes fuera de los ministerios tradicionalmente enfocados en temas sociales. En todos estos programas de apoyo o desarrollo social, los beneficiarios se hallan en una situación de pobreza o extrema pobreza o, dicho de otra manera, en sectores denominados poblaciones de riesgos, a los que deben orientarse las acciones del Estado en cuanto a prevención, atención y apoyo. En este contexto, resulta particularmente reprochable valerse de las necesidades apremiantes de la población para condicionar la prestación de bienes o de servicios con fines electorales o político. En ello radica el mayor reproche que se hace a los funcionarios y servidores públicos (valerse de las necesidades imperiosas de esta población para obtener ventajas políticas o electorales de cualquier tipo a favor propio o de terceros).

La forma como está redactado el tipo penal en cuestión parece indicar que es un hecho punible de mera actividad, es decir, que esta figura penal se configura en el momento en que el agente condiciona dicha entrega para la finalidad antes indicada. Siendo esto así, entonces, puede ser sujeto activo del hecho punible todo aquel funcionario o servidor público que tiene, en el momento de los hechos, la capacidad de distribuir o disponer de los bienes o servicios o, dicho de otra manera, que tiene la potestad de administrar y ordenar su distribución (relación funcional) por razón de su cargo, por delegación o por orden de los que manejan estos programas.

II. EL VERBO RECTOR Y LOS SUPUESTOS TÍPICOS DEL INJUSTO PENAL

El verbo rector en el tipo se encuentra expresado en el vocablo “condicionar”, que equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácitas o expresamente en la ley o los reglamentos que regulan los programas públicos de apoyo o desarrollo social, donde la distribución de bienes o la prestación de servicios están a cargo de determinados funcionarios o servidores públicos. No todo funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este hecho punible, sino solo aquel que tiene la potestad de administrar y ordenar su distribución (relación funcional). Los funcionarios o servidores públicos bien pueden valerse de su condición especial de encargados de administrar, ordenar y distribuir los bienes o la prestación de servicios para imponer exigencias o peticiones por iniciativa propia o con el concurso de otros agentes, o a sabiendas de que la orden de distribución emitida por otro funcionario es ilegal, contribuyendo a la realización del hecho punible.

Esta responsabilidad puede alcanzar a los más altos funcionarios de la nación como el presidente de la República, ministros de Estado, etc., quienes, por imperio de la ley, tienen la disponibilidad jurídica de dirigir los programas públicos de apoyo o desarrollo social. El tipo admite la coautoría, la instigación y la complicidad.

Todo funcionario o servidor público está obligado a cumplir con sus obligaciones de distribuir los bienes o servicios contextualizados en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, sin exigencia o condicionamiento para obtener ventaja política o electoral a favor suyo o de terceros⁽⁵⁴⁾.

(54) De allí que se pueda entender de alguna manera por qué el legislador primigeniamente consideró a este injusto penal como una modalidad de cohecho pasivo con finalidad política y/o electoral tipificado en el artículo 394-A del Código Penal. Primero, porque el verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo es el vocablo “condicionar” que equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácita o expresamente en la ley o el reglamento que regulan estos programas públicos de apoyo o desarrollo social. Es decir, condicionar, exigir e imponer son análogos o equivalentes de manera que el agente (funcionario o servidor público) al condicionar o exigir al público beneficiado también cualquier ventaja política y/o electoral, lo hace para realizar o practicar o un acto propio de sus funciones (que vendría a ser la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social) que es más o menos semejante al primer supuesto descrito en el artículo 394 del Código Penal (cohecho pasivo impropio): “El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indevida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de (...)”. (Este artículo fue modificado por sustancialmente por el artículo 1 de la Ley N° 28355 del 06/10/2004). Nótese que en ambos tipos legales existen factores comunes: a. condicionamiento o solicitud; b. ambos agentes están obligados a cumplir con sus obligaciones previamente determinadas; y c. en ambos pueden coincidir que se condicione o se solicite ventajas indevidas sin faltar a su obligación como también diferenciarse en el segundo caso con falta a su obligación, etc. En el primer caso, se trata de cualquier ventaja y en

Ahora bien, la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social comprende desde el traslado hasta la entrega o realización efectiva de los bienes y servicios, lo cual permite indicar que la acción dolosa puede darse en cualquiera de los niveles del proceso de distribución y ejecución de bienes y servicios.

El término “bienes” debe entenderse en su acepción más amplia, que comprende todas las cosas corporales o no que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho o de una obligación. Pueden ser bienes muebles o inmuebles, como dinero, alimentos, materiales de construcción, etc. En este caso no es relevante el importe o el valor de los mismos (de poco o mucho valor); lo relevante es el condicionamiento para su distribución, con el objeto de obtener ventajas políticas o electorales. Dícese lo propio de los servicios, los que pueden ser de gran o escaso valor, lo fundamental es que el servicio llegue sin condicionamiento alguno en los términos antes indicados.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL

El hecho punible constituye un delito de mera actividad y de peligro, se configura en el momento en que el agente condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a los programas mencionados, con la finalidad de obtener ventaja política o electoral; situación que puede darse antes y durante el proceso de distribución o entrega.

Lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del agente o, dicho de otra manera, el propósito perseguido por el sujeto activo, que se traduce en lograr obtener ventaja política o electoral de cualquier tipo a favor suyo o de terceros. Este tercero puede ser una persona natural o jurídica. Ahora bien, si el condicionamiento específico obedece a otros propósitos, bien sea crematístico o de cualquier otra naturaleza, se configura otro tipo penal, pero no el de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios. Esta conducta punible, como se dijo, debe llevarse a cabo necesariamente dentro del contexto de los programas públicos de apoyo o ayuda social.

Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por funcionarios o servidores públicos. Dada la naturaleza jurídica del injusto, el tipo exige en el agente el dolo directo, lo que implica sostener que el agente, además de conocer los elementos objetivos del tipo, dirige su

el segundo una ventaja política y/o electoral de cualquier tipo. En ambos casos se hace abuso de vale de su condición de funcionario o servidor público. Naturalmente que hay notables diferencias.

acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener alguna ventaja política o electoral de cualquier tipo.

El hecho se consuma en el momento que el agente condiciona la distribución de los programas públicos de ayuda o apoyo social; de manera que en la configuración del tipo no se requiere que necesariamente el agente haya obtenido aquellas ventajas. Basta que el solo condicionamiento sea aceptado o no por los beneficiarios. En estas condiciones, es muy difícil admitir la posibilidad de la tentativa. Este condicionamiento puede ser tácito o expreso, de manera directa o indirecta, de manera individual o colectiva.

Para la configuración del tipo penal solo basta el condicionamiento de la distribución; desde luego, siempre que se haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. Es un delito de peligro y no de resultado.

Cuando se hace referencia a delitos de peligro en relación al bien jurídico tutelado, debe tomarse en consideración que aquellos se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Para el primero se requiere expresamente de una efectiva situación de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal; en cambio, para el segundo no se precisa que la acción del agente cree un peligro efectivo para el bien jurídico. El sustento para su penalización se halla en que supone un peligro no determinado o presunto; dicho de otra manera no es preciso que la conducta del agente haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico, sino que se sanciona una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella.

Mir Puig sostiene que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, y formula su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano⁽⁵⁵⁾.

¿Hasta qué punto puede conciliarse el principio de lesividad que contempla el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal con los delitos de peligro abstracto? La norma parece sugerir que excluye a los delitos de

(55) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996, pp. 209-210.

peligro abstracto; en todo caso si se trata de proteger bienes jurídicos, a ello contribuye todo el sistema jurídico. Esto es así porque el Derecho Penal es la última ratio entre todas las medidas protectoras; por tanto, su función se define como de protección subsidiaria de bienes jurídicos.

Ahora bien, el Título Preliminar de nuestro Código Penal sustenta un conjunto de principios garantistas, consagrando entre ellos el de lesividad, por el que para la imposición de una pena, necesariamente, se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo.

La jurisprudencia nacional en este sentido ha confirmado reiteradas veces que esta norma rectora es una de las más importantes garantías del Derecho Penal liberal, pues asegura el cumplimiento del principio de legalidad y otras garantías fundamentales que consagran la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales que en materia de derechos humanos suscritos por el Perú. La consecuencia inmediata de tal principio se traduce que para que una conducta típica sea reprimida se exige que la conducta del agente lesione o ponga en peligro un interés jurídico-penal tutelado por la ley.

IV. LA COMPLICIDAD

El delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios, como hecho punible especial de función pública, es de acción finalista y solo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario o servidor público. Dichos agentes responderán a títulos de autores o coautores. No puede ser un particular bajo ningún punto de vista. Tanto así, que el legislador peruano ha utilizado en la configuración del tipo la frase: “El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público”, personalizando de esa manera a quien debe considerarse como autor del hecho punible. Se excluyen los particulares, quienes jamás podrían valerse de esa condición especial. Esto no significa, sin embargo, que los particulares no puedan tener algún tipo de participación en la consumación del hecho punible; en todo caso, podrían ser considerados, según sea el caso, cómplices del delito.

Siendo un delito denominado propio, que exige una particularidad personal en el agente, solo puede cometerlo como autor el que tiene la calidad especial de funcionario o servidor público. Así, el hecho punible está ligado fundamentalmente al autor, no al cómplice; de manera que este último sigue la suerte de aquel, siempre que este realice el tipo penal. Es decir, el desvalor de la complicidad procede del desvalor del hecho principal. Por ejemplo, un funcionario público condiciona la entrega de ayuda social a que los pobladores firmen planillones electorales de su partido político, los cuales están a

cargo de un particular. Aquí el particular contribuye a la ejecución del hecho punible, pero es el agente (funcionario) quien ha condicionado dicha entrega para obtener una ventaja electoral.

El cómplice solo contribuye en la realización del hecho punible mediante actos que no caen dentro del tipo penal. La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal por un funcionario excluye la complicidad y sustenta la autoría. El tercero particular no podría realizar un acto ejecutivo perteneciente al tipo, por no tener dicha condición especial exigida.

El artículo 25 del Código Penal viene a reconocer que los cómplices no son “autores” y sus conductas no caen dentro de las exigencias del tipo principal, pero son sancionados con la misma pena que corresponde al autor si de sus actos fueron determinantes para la realización del hecho punible.

Todas estas conductas del cómplice que no caen dentro de las exigencias del tipo principal tienen en común el hecho de que aluden a actos de auxilio material o de asistencia para la realización del hecho punible; bien sea determinante para la realización del hecho punible o de simple asistencia no determinante. En ambos supuestos estas no entran dentro de la esfera del delito.

Cabe señalar que, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal, la complicidad en el hecho punible abuso de autoridad por condicionamiento electoral o política es solo dolosa, no admitiéndose una complicidad culposa. Consecuentemente, el agente cooperante debe actuar con conciencia y voluntad.

La jurisprudencia tiene dicho que la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores (Ejecutoria Suprema del 06/05/1999, Exp. N° 3446-98-Cañete); y que la condición de cómplice solo la puede tener el sujeto que dolosamente haya presentado asistencia de cualquier modo para la realización del hecho punible, ya sea en la fase previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la ejecución del mismo, pero de ninguna manera después de la consumación del ilícito (Ejecutoria Suprema del 23/08/1999, Exp. N° 2345-99-Lima). Asimismo en otras ejecutorias se dice lo siguiente:

“El cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado” (Ejecutoria Suprema del 02/10/1997, Exp. N° 4354-97-Callao).

“La condición primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente que además está presente en la etapa de preparación del delito, constituyendo un aporte necesario al hecho” (Ejecutoria Suprema del 19/08/1999, Exp. N° 2441-99-Lima).

Las dos formas de complicidad con relevancia penal que contempla el artículo 25 del Código Penal suponen el dolo de parte del cómplice, quien

actúa con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del accionar doloso que realiza el autor (funcionario o servidor público). De allí que en doctrina se aluda al doble dolo del cómplice.

La racionalidad en la aplicación de las penas debe depender de la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho punible; es posible determinar dicha importancia a través de un juicio valorativo no solo de la naturaleza intrínseca del aporte, sino sobre todo en relación con las circunstancias propia del caso en particular. Esto es así porque el cómplice no ejecuta directa o indirectamente el hecho ilícito, sino que solo coopera o ayuda a la consecución del delito. O, dicho de otra manera, ayuda o coopera con el funcionario o servidor público, que es quien condiciona, valiéndose de su estatus, la entrega de bienes o servicios para obtener una ventaja política o electoral.

Naturalmente, nos parece bastante discutible sancionar al cómplice con la misma pena contemplada para el autor del hecho punible. Ello porque se atenta contra el principio de equidad punitiva, racionalidad y proporcionalidad de las penas (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal). Es precisamente la proporcionalidad de la pena respecto a la gravedad del hecho punible, la que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del juzgador o de la actividad punitiva del Estado.

V. LA COAUTORÍA

Es posible que varios funcionarios o servidores públicos puedan cometer conjuntamente el hecho punible en comentario. Todos estos agentes responderán a título de coautores en tanto realicen de forma plural el delito. Es decir, realicen actos que caen dentro del tipo penal descrito. Pero, ¿es suficiente que los actos ejecutivos de los agentes se subsuman dentro del tipo penal en comentario para ser considerados como coautores?

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”; de manera que es posible que varios funcionarios o servidores públicos de manera concertada condicionen la distribución de bienes y servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventajas políticas o electorales de cualquier tipo a favor propio o de terceros.

El legislador nacional ha diferenciado, dentro del artículo 23 del Código Penal, al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o mediante un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase “y los

que los cometan conjuntamente” está refiriéndose a los que coordinadamente toman parte en la ejecución de los actos propios del delito; es decir, a los coautores, y no al autor, ya que este no “toma parte de la ejecución”, sino que simplemente “efectúa el hecho punible”. La coautoría es posible, en el delito acotado, tratándose de varios funcionarios o servidores públicos, mas no en el caso de los particulares.

Con respecto a la coautoría, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) toma parte en la fase de la ejecución; cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría”. (Ejecutoria Suprema del 11/03/1998, Exp. N° 6017-97-Lima).

“Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional”. (Ejecutoria Suprema 09/10/1997, Exp. N° 4484-97-Cañete).

“La coautoría se fundamenta en dos condiciones: la decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos”. (Expediente 22874-94-B-Lima del 05/10/1995).

En ese sentido, es posible que varios agentes (funcionarios o servidores públicos) tomen parte en la ejecución de la acción típica con la intención común de realizar el hecho punible. La existencia de esta comunidad de intención o concertación es fundamental para establecer la coautoría. Por otro lado, cuando el legislador en el artículo 23 del Código Penal emplea la frase “los que los cometan conjuntamente”, está exigiendo que se considere coautores solo a quienes cometen “actos ejecutivos” del hecho punible, es decir, no que se limiten a ayudar o cooperar en el delito, sino que propiamente lo realicen.

VI. LA INSTIGACIÓN

Es posible admitir la instigación en este tipo de delito especial propio, conforme al artículo 24 del Código Penal, ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido, de acuerdo con nuestra legislación, con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos

para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, en este caso abusar de su autoridad para obtener una ventaja política o electoral de cualquier tipo.

Maurach conceptúa: “Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete”⁽⁵⁶⁾. El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario o servidor público) a cometer el hecho punible. Nuestra legislación, a diferencia de otras, no enumera los medios instigadores, de manera que estas puedan ser diversas.

El instigador, que puede ser otro funcionario o servidor público o un particular, no realiza actos ejecutivos ni toma parte en la realización del hecho punible, se limita a ejercer una influencia sobre el agente principal con el objeto de hacerle cometer el ilícito penal. De allí que se hable de una forma accesorio de participación.

Al instigador no puede calificársele como autor intelectual, ya que ello generaría mayor confusión. La instigación, en todo caso es, junto con la complicidad, una forma de participación, es decir, dependiente de la existencia del autor. De allí su naturaleza accesorio. Por ejemplo, el Presidente de la República puede instigar a sus ministros a que distribuyan bienes que forman parte de un programa público de asistencia alimentaria, condicionando su entrega a que apoyen a su partido.

Los medios de los cuales se puede valer el instigador son múltiples, pueden abarcar desde los ruegos, la persuasión, el ofrecimiento de recompensa, la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivarse del delito, hasta otras formas veladas de mover al funcionario o servidor público a cometer el hecho punible. También puede considerarse la amenaza o el propio abuso de autoridad; pero, en estos casos, debe tomarse en consideración que no sean medios de tal intensidad que conviertan al funcionario o servidor público en un instrumento (autor inmediato). La diferencia entre el autor mediato y el instigador radica precisamente en que el autor mediato realiza el hecho punible a través de un tercero; el instigador, en cambio, no realiza o ejecuta el hecho punible.

Como lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento penal, el instigador debe actuar dolosamente, es decir, debe determinar al instigado (funcionario o servidor público) con conciencia y voluntad a realizar el hecho punible. La norma penal (artículo 24 del Código Penal) no admite una instigación culposa. El dolo del instigador ha de comprender tanto la actividad de generar en el instigado la voluntad de cometer la infracción penal especial, como la realización de esta.

(56) MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 368.

Naturalmente, esa persuasión no debe anular la voluntad del instigado, pues, en tal caso, se convertiría en un instrumento carente de voluntad y, por tanto, se apreciaría un supuesto de autoría mediata. En la instigación, ambos sujetos deben tener conciencia y voluntad de realización del hecho punible. El primero persuadiendo y el segundo ejecutando el hecho punible. Aquí se habla del “doble dolo” del instigador.

La instigación presupone una propia acción, cuyo resultado, por el que debe responder el instigador, es el acto principal cometido por el sujeto instigado, que se ha dispuesto a la realización del hecho punible. Por tanto, el tipo del acto principal representa también el punto de partida de la pena que corresponde al instigador. Obviamente que el instigador no responderá por la parte excedente realizada por el autor principal.

La instigación es accesoria y depende de la acción del agente principal en la realización del hecho punible. Los actos de persuasión del instigador no caen dentro de las exigencias del tipo penal específico, son actos marginales al tipo. Siendo esto así, el instigador no debe, necesariamente, poseer las características que se exige al instigado para la comisión del delito en comentario, así, es irrelevante la condición especial del instigador. Es posible, por tanto, la instigación en un delito especial (abuso de autoridad por condicionamiento) por un *extraneus*.

En la instigación, lo determinante es que el instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar dolosamente en la realización del hecho punible. De allí su relevancia penal. El límite de la responsabilidad del instigador radica en el hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado. Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado no modifica la responsabilidad del primero.

El instigador será reprimido con la pena que corresponde al autor del hecho punible. De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado.

VII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En términos generales se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función pública. El funcionario o servidor público está al servicio de la nación y no de los intereses personales o de grupos; de tal manera que específicamente se busca proteger que el servicio o la actividad del Estado se desenvuelva correctamente, en beneficio de los sectores beneficiarios de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, sin condicionamiento de terceros para obtener ventajas de orden político o electoral.

VIII. EL SUJETO ACTIVO

Por ser un delito cualificado por la calidad especial del agente del hecho punible, el sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público, pero no necesariamente por razón del cargo, sino por la relación funcional, sea esta delegada o no. Bien puede ser sujeto activo tanto el funcionario público, militar o civil que tiene atribuciones de ordenar que se reparta una ayuda social determinada, como el funcionario o servidor público que cumple la orden, a sabiendas de la ilegalidad del condicionamiento, en cuyo caso ambos sujetos concurren a la materialización del hecho punible.

IX. EL SUJETO PASIVO

Definitivamente, el sujeto pasivo preponderantemente es el Estado, aunque también resulta afectado el colectivo que debió beneficiarse con los programas de desarrollo o ayuda social, sin condicionamiento alguno. El Estado es el sujeto pasivo del delito y no el particular; la población o colectivo, beneficiarios de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, pueden ser agraviados del delito.

Si bien el Estado siempre es agraviado en los delitos que son cometidos contra la Administración Pública, el delito objeto de estudio puede ocasionar perjuicios a particulares.

X. LA PENA APLICABLE

La norma sanciona el delito 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 (privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público).

XI. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

No se conoce a la fecha ningún caso de este injusto penal puesto a consideración del Poder Judicial. Curiosamente, si se introdujo esta nueva figura penal en nuestro ordenamiento penal fue precisamente porque estos hechos se daban con mucha frecuencia; hechos reprochables que quedaban en la más absoluta impunidad. Existen dos explicaciones posibles: la primera, que al tener estas conductas un gran contenido de orden político, las presiones son tales que las denuncias no prosperan; en segundo lugar, que la sanción contemplada en la norma penal es de tal drasticidad, que ha persuadido a los probables infractores de la ley penal a no cometerlas. Lo primero es probable; lo segundo, indemostrable.

Capítulo III

Otorgamiento ilegal de derechos sobre inmuebles

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

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

Artículo vigente incorporado por la quinta disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30327, publicada en el diario oficial El Peruano el 21/05/2015.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La denominación de este tipo penal resulta singular: otorgamiento indebido de derechos sobre inmuebles. Esta nueva modalidad delictiva sanciona al agente no menor de cuatro ni mayor de seis años para el tipo básico y para el tipo agravado, una pena no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando recae sobre derechos de vía de localización de área otorgada para proyectos de inversión. Fue incorporado mediante la Ley N° 30327 (Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible), del 21 de mayo de 2015.

Toda construcción de los tipos penales debe ser racional, garantista y limitativa. No es ello lo que caracteriza a esta nueva figura penal. En realidad, es un nuevo delito que penaliza el hecho de que el funcionario público, con

dolo directo, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorgue derechos de posesión o emita 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 normativa vigente. Es un delito de reenvío, es decir, se tiene que recurrir a otras normas de orden administrativo para establecer si estas se cumplieron o no.

Pues bien, en la configuración del tipo penal en cuestión, se tiene que tener presente el sentido material de la norma sujeta a reenvío. Una cuestión que puede estar reñida y, de hecho, lo está con el subprincipio de taxatividad o de certeza, derivado del principio de legalidad constitucional y penal, que sugiere recusar toda ambigüedad en la formulación de los tipos penales que, en términos generales, genere duda y abra el camino a la arbitrariedad en la aplicación de la norma. En tal sentido, hemos acotado: “El uso frecuente de tipos penales en blanco, de reenvío o con contenidos de verbos rectores ambiguos, son condiciones propicias para la arbitrariedad y un peligro para las libertades individuales”⁽⁵⁷⁾.

Se pretende penalizar casi todo, en la creencia de que el Derecho Penal es la panacea de los problemas sociales o la solución a los conflictos sociales. Nada más alejado a la realidad. Este nuevo delito tiene una sustentación fáctica en las recurrentes invasiones ilegales en diversas áreas de seguridad (áreas de ductos de hidrocarburos o líneas de transmisión), lo que ponía en riesgo las instalaciones y la propia seguridad de los invasores (estos supuestos tienen un tipo penal propio y cierto).

Lo que se hace acá es sancionar al funcionario público con facultades o atribuciones para otorgar derechos de posesión o emitir títulos de propiedad (Cofopri, municipalidades, etc.) 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 normativa vigente, lo cual implica que, en determinados casos concretos, se puedan emitir títulos o certificados de posesión de acuerdo a ley, cuando la normativa así lo determine. Por otro lado, el legislador agrava el tipo penal en los casos en los que el derecho de posesión o de título de propiedad se otorga a una persona que ilegalmente ocupa o usurpa los bienes inmuebles. Los supuestos son poco claros y, de hecho, pueden conducir a errores en su interpretación y aplicación normativa.

El tipo básico parece referir que lo que se sanciona es, aun cuando el agente puede titular u otorgar derechos de posesión sobre los bienes antes

(57) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. “El principio de legalidad penal y la exigencia de un metaprincipio”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 18. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 140.

indicados, que pueden ser aparentemente tomados de manera regular en posesión o haber adquirido en compraventa, el hecho de que el agente haya violado sus atribuciones u obligaciones y, en esa condición, otorgue ilegítimamente derechos de posesión o emita títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos legales.

La ambigüedad de esta norma penal no ayuda a delimitar su sentido material. Así, existen bienes de dominio público respecto a los cuales no pueden emitirse títulos ni reconocerse derechos de posesión. Eso es inconcebible. Por ejemplo, son bienes de dominio público (demaniales) los que, siendo de titularidad pública, se encuentran afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley les otorgue expresamente el carácter de demaniales. Es el caso de las calles, avenidas, caminos, puentes, vías de comunicaciones, parques, plazas, ríos, lagos, etc.

La norma toma en consideración que era recurrente que personas que obtenían indebidamente autorizaciones de construcción o certificados de posesión, hecho que supuestamente generaba que la infraestructura de servicios públicos sea reubicada, generando costos no previstos en el proyecto de inversión o la suspensión indefinida de la ejecución de obras y de los servicios públicos vinculados al proyecto. De manera que se afectaba a nivel nacional no solo la propiedad estatal, sino también la privada, perjudicando además a los legítimos propietarios y, en algunos casos, posesionarios. Por tanto, se estimó necesario tipificar estos nuevos supuestos como delitos.

Este nuevo tipo penal tiene la connotación de ser una ley penal en blanco y de reenvío; es decir, se tiene que recurrir a normas extrapenales para su configuración y para poder completar el contenido del precepto. La ley de renvío es la relacionada a normas sobre el otorgamiento de derechos de posesión y sobre la titulación de bienes estatales y privados, a las que se debe recurrir a efectos de determinar si se cumplieron o no los requisitos que se exigen como elementos normativos del tipo penal, esto es, cómo se determina si el agente cumplió o no con los requisitos de la materia para el caso concreto. La expresión contenida en el tipo “en violación de sus atribuciones u obligaciones”, parece tautológica e innecesaria porque si no se cumple con la normativa específica administrativa, es obvio que el agente incumple sus atribuciones u obligaciones, regladas por ley.

En este estado de cosas, puede presentarse un problema de responsabilidad penal múltiple por un mismo hecho, una misma persona y los mismos fundamentos. El omitir la verificación de un requisito para otorgar un derecho de posesión o título de propiedad o violar la normativa administrativa de la materia constituye *per se* una infracción administrativa sancionable.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL

Es un delito de resultado, pluriofensivo, de reenvío y realizable con dolo directo por el agente. De resultado en la medida que, para su configuración, se requiere que el agente (funcionario público), que viola sus atribuciones u obligaciones, logre otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emita títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada. Además, es pluriofensivo porque con la conducta ilícita se afectan varios bienes jurídicos (propiedad, posesión, normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública).

Téngase en consideración que no es ajena al Derecho Penal una función represiva y de protección indirecta de bienes jurídicos tutelados por la norma penal. Sin embargo, hemos afirmado: “En un Estado constitucional de derecho, la acción punitiva del Estado es limitativa en relación a la dignidad de la persona humana y en relación con los derechos fundamentales y, dentro de ella, desde luego, la libertad individual, en lo que resulte proporcional y razonable⁽⁵⁸⁾ en cada caso concreto”. En ese sentido, el juzgador debe recurrir, al momento de interpretar esta norma penal, a los valores, principios y preceptos constitucionales, ello para establecer los conceptos de:

- Funcionario público.
- Atribución u obligaciones.
- Derechos de posesión o emisión de títulos de propiedad.
- Bienes de dominio público.
- Bienes de dominio privado estatal.
- Bienes inmuebles de propiedad privada.
- Requisitos establecidos por normatividad vigente.
- Ocupación ilegal.
- Usurpación de bienes inmuebles.

Del mismo modo, en relación a los verbos rectores que indicarían la acción rectora del agente en el hecho punible, que son:

- Otorgar derechos de posesión.
- Emitir títulos de propiedad.

(58) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. “Comentario al nuevo Código Penal. Título Preliminar, principios generales”. En: *Actualidad Penal*, N° 13, Lima, 2015, p. 47.

Cuestiones bastante complicadas en la medida que dichos conceptos tienen muchos contenidos materiales de significancia.

En cuanto al concepto de funcionario público, existe un Pleno Jurisdiccional de 1997, que establece que las disposiciones constitucionales que se refieren a funcionarios o servidores públicos solo tienen alcances directos en el Derecho Administrativo y Previsional⁽⁵⁹⁾.

El concepto penal de funcionario o servidor público se halla en el artículo 425 del Código Penal. Empero, el Título I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define al funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Ante ello, se han planteado fórmulas para modificar el artículo 425 del Código Penal, a fin de que se considere a alguien funcionario o servidor público desde el momento de su proclamación o nominación, las cuales no se han llegado a concretar hasta la fecha.

La norma también extiende la calidad de **funcionarios públicos** a aquellos servidores que laboran en las empresas públicas y en las empresas del Estado, ello en vista de la existencia de jurisprudencia no uniforme al respecto. De manera que una cosa es el concepto de funcionario público a los efectos penales y otra a los efectos administrativos o previsionales (artículo 40 de la Constitución)⁽⁶⁰⁾. Si este artículo establece que: “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”, ¿ello es solo para los efectos administrativos y previsionales?, ¿cómo conciliar dicho precepto con los delitos de función pública? Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente en el ámbito penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual

(59) Acuerdo Plenario N° 4/97 Funcionarios y Servidores Públicos Único. La prohibición contenida en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo y Provisional.

(60) Constitución Política

Artículo 40.- “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la **función pública** los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”.

que tenga, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y, que en tal virtud, ejerza funciones.

Por otro lado, se halla el problema de cómo compatibilizar el inciso 7 del artículo 425 del Código Penal con la Constitución, cuando aquel expresamente se refiere a “los demás indicados por la Constitución y la ley”.

El concepto de funcionario público a efectos penales, señalado en el artículo 425⁽⁶¹⁾ del Código Penal, es muy amplio y de reenvío en la medida que nos remite a lo que por ley puede establecer a quien debe comprenderse como funcionario o servidores públicos además de lo ya señalado de manera taxativa (ficción jurídica, norma general de reenvío).

Ahora bien, con relación al concepto de atribuciones u obligaciones por parte del funcionario público, cabe precisar que todo es pautado o sujeto a reglas por normas generales o específicas. La función pública tiene por finalidad satisfacer el interés general y el bien común mediante la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, dentro del marco de la Constitución y de la ley.

Así, la función pública se desarrolla como manifestación de la voluntad y el ejercicio del poder estatal. Conforme al artículo 2 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos⁽⁶²⁾.

(61) Código Penal

Artículo 425.- “Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emana 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 sociedad 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 demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

- (62) La responsabilidad administrativa surge debido a la contravención o violación de las normas que rigen la función pública o que establecen los deberes o las obligaciones administrativas, lesionando los intereses de la Administración. Conforme a la Ley N° 27785, también incurren en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia. El presupuesto de la responsabilidad administrativa es la inobservancia de un deber, por lo que es necesario establecer en forma clara cuál es el deber incumplido.

Para los fines antes indicados, todo funcionario público ejerce sus funciones y atribuciones de acuerdo a ley y a los instrumentos básicos de gestión (ROF, MOF, TUPA, decretos supremos, ley, Constitución, etc.). Es decir, prima la Constitución y la ley de la materia para el caso específico cuando establece requisitos determinados para dar cumplimiento una función o atribución. No prevalece el estado de ánimo ni la simple voluntad personal del funcionario público, sino la ley.

En tal sentido, tiene atribución y obligación de cumplir y hacer cumplir la ley. Por tanto, no puede violar sus atribuciones u obligaciones. Sus actos deben ser legítimos porque cumple con la ley (legalidad administrativa). Todos los funcionarios tienen obligaciones, pero no todos tienen las mismas atribuciones.

En el caso concreto, el agente (funcionario público), por razón del cargo, debe tener atribuciones específicas para otorgar legalmente derecho de posesión o emitir títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, claro está, observando los requisitos establecidos por la normativa vigente. Es este el sentido material como deben entenderse las expresiones del tipo penal⁽⁶³⁾.

Por otro lado, las expresiones literales contenidas en el tipo penal en cuestión: “derechos de posesión” y “emisión de títulos de propiedad”, son aquellas contenidas en ley especial de la materia y en el Código Civil. Los derechos de posesión y propiedad califican como derechos reales. El derecho real es el que ejercitamos en forma inmediata sobre una cosa. Es una facultad en virtud de la cual la cosa nos pertenece, ya sea en su totalidad o en ciertos aspectos, según el derecho de propiedad que tengamos, o por tener derecho a alguna de las otras manifestaciones de dicho derecho, como son la posesión, servidumbre, usufructo, habitación, prenda, hipoteca, concesión, etc.

Por ejemplo, el Perú es un país minero, el valor de los recursos minerales en el mercado y la importancia del desarrollo de la industria minera para el erario nacional han determinado el rol que las actividades extractivas tienen para el desarrollo de determinados sectores. En tal sentido, tenemos al concesionario minero, quien ostenta la titularidad para extraer los recursos minerales del subsuelo. De otro lado, el propietario del suelo, quien puede ser un agricultor o una comunidad campesina o nativa, dado que existe

(63) Ahora bien, por otro lado, ¿las actuaciones de los notarios son o no funciones públicas delegadas?, ¿están comprendidas en los alcances del tipo penal en comentario? Las actuaciones notariales, según ley que lo regula (Decreto Legislativo N° 1049), abarcan una gama muy amplia de documentos. Entre ellas, desde luego, las escrituras públicas, también una serie de instrumentos extraprocolares como actas, certificaciones, etc., pudiendo referirse a actos de disposición.

prohibición expresa de otorgar concesiones mineras sobre áreas urbanas o de expansión urbana, salvo, en el caso de las áreas urbanas, cuando por ley especial se autorice ello y, en el caso de áreas de expansión urbana, cuando se autorice mediante una resolución ministerial del Ministerio de Energía y Minas, previo acuerdo favorable del concejo de la municipalidad provincial correspondiente, tal como lo disponen las Leyes N°s 27015 y 27560, y el Reglamento de la Ley N° 27015, aprobado por D. S. N° 008-2002-EM.

En la teoría general de los derechos reales, resulta imprescindible la existencia de un bien para la configuración del derecho subjetivo que se genera en cada relación jurídico-real. Sea un derecho de propiedad, de usufructo, de superficie, de uso, etc. De manera que el funcionario público con atribuciones para otorgar concesiones lo hace prescindiendo de la ley, otorgando ilegítimamente derechos de posesión; o, en todo caso, emite título sin observar los requisitos de ley; así, por ejemplo, al otorgar una concesión minera, forestal, petrolera, gasífera, etc.

El Tribunal Registral peruano, en la Resolución N° 016-2012-SUNARP-TR-A, precisa que: “La concesión minera obtenida como consecuencia del petitorio minero es un derecho real, un bien inmueble; cuando aún está en la etapa de petitorio, es tan solo una expectativa, un bien futuro que tendrá existencia jurídica cuando se otorgue el acto administrativo que la materialice”. En tal sentido, debe considerarse el alcance del derecho real en relación con la pluralidad de situaciones que la propia ley de minería señala en torno a la formación y perfeccionamiento de los títulos mineros.

Ahora bien, ¿qué se entiende por bienes de dominio público? Es un concepto que proviene del Derecho Administrativo y, como tal, existen muchos puntos de vista relacionados con su naturaleza jurídica. El concepto de dominio público no goza de aceptación pacífica, peor aún, unánime en cuanto a su significancia material. Es una cuestión poco tratada por la doctrina nacional, pese a su especial relevancia cuando se trata de comprender o calificar qué bienes están comprendidos como contenido material de dicho concepto, o en qué casos es posible una cesión a favor de terceros.

El Estado ostenta un auténtico derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público, la reserva dominial será una simple facultad integrada en el poder de goce que corresponde a la posición subjetiva de propietario. Por ello, la reserva dominial no será un acto constitutivo de los derechos de aprovechamiento de la Administración, sino declarativo de sus potestades dominicales.

El dominio público está concebido en nuestro Derecho positivo no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, por lo que la

concesión no hace más que atribuir al particular beneficiario el uso exclusivo de terrenos en dicha zona, conservando la titularidad dominical el Estado. Pero, así como al propietario no le es suficiente la facultad de construir, inherente a su derecho de propiedad, pues para ejercitarla necesita de una licencia municipal de obras, así también el concesionario necesita tal licencia.

El artículo 73 de la Constitución Política señala: “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico”. Por ejemplo, La Ley General de Aguas (Decreto Ley N° 17752) señala en su artículo 1: “Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible”. La Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (Decreto Legislativo N° 653) señala en su artículo 23: “La propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado”. La Ley sobre Patrimonio Cultural de la Nación (reformada por Ley N° 24193) señala: “Son bienes propiedad del Estado los inmuebles culturales pre-hispánicos de carácter arqueológico, descubiertos o por descubrir”, etc.

Del mismo modo, estos problemas se presentan en relación con el concepto de bienes de dominio privado estatal. Por Ley N° 29618, vigente desde el 24 de noviembre de 2010, se declaró la imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado. Antes de la entrada en vigencia de esta norma solo los bienes de dominio público del Estado eran imprescriptibles. Así lo decía el artículo 73 de la Constitución. Ahora también son imprescriptibles los bienes de dominio privado del Estado, los cuales se rigen por el Derecho privado porque el Estado actúa en condición de igualdad con los particulares.

Dicha ley tiene por objeto proteger la propiedad estatal de las invasiones y del tráfico ilegal de tierras. Toma en cuenta que la formalización de la propiedad urbana puede tener su origen en invasiones de los bienes inmuebles de propiedad del Estado o de particulares. Crea dos mecanismos de protección: la presunción de que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad; y la declaración de imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado del Estado. Este último mecanismo excluye una de las tres características esenciales de los bienes de dominio privado del Estado (enajenables, embargables o prescriptibles), diferenciándolo de los bienes de dominio público de Estado. Cofopri y otros organismos del Estado procedían a la formalización de la propiedad precisamente en terreno o bienes del Estado de dominio privado.

Ahora bien, la competencia para formalizar predios urbanos es de las municipalidades provinciales (Ley N° 27972) y de los predios rurales, de los gobiernos regionales (Ley N° 27867). No obstante, actualmente y de manera

temporal, ambas competencias son ejercidas por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, respecto de propietarios informales constituidos al 31 de diciembre de 2004 (Ley N° 28923, modificada por Ley N° 29320 y D. Leg. N° 1089).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar estas diferencias al señalar que: “(...) los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público: sobre los primeros, el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado: sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público (...) los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello, que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado”⁽⁶⁴⁾.

En suma, la técnica legislativa empleada en la construcción del tipo penal en cuestión es bastante discutible. No llegamos a esta generalización de manera precipitada. Sin embargo, es claro que para que una persona se decida a favor del Derecho, debe conocer aquello que es antijurídico⁽⁶⁵⁾. De la forma como se ha configurado este delito es poco probable que se genere una actitud a favor del Derecho por el confuso ámbito de los supuestos materiales prohibidos.

III. LOS SUPUESTOS PROHIBIDOS EN EL TIPO PENAL BÁSICO Y AGRAVADO

Es un delito que se configura en el momento en el que el agente otorga derechos de posesión o emite títulos de propiedad en las condiciones descritas en el tipo básico. Exige dolo directo de otorgar de manera ilegal (sin cumplir con los requisitos establecidos por normativa vigente) derechos de posesión, o de emitir títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada o bienes de dominio privado estatal.

Son dos verbos rectores que expresan el contenido material de la acción dolosa del agente: “otorgar” y “emitir”; ambos tienen un contenido de significación más o menos parecido. Se diferencia en cada caso concreto por la significancia del acto administrativo específico. Otorgar para fines penales bien puede ser utilizado en su acepción de dar, conceder o conferir; en tanto que “emitir” está relacionado a la decisión pública de un otorgamiento

(64) Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 006-97-AITC.

(65) JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 33.

de título de propiedad. Nada de lo indicado es absoluto porque texto y significado no siempre coinciden.

Es evidente que, en el supuesto prohibido descrito en el tipo básico, el agente (funcionario público) debe actuar con dolo directo, cuando, violando sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegalmente 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 resquicios establecidos por ley de la materia.

Una constancia de posesión constituye un instrumento público que puede ser otorgado o emitido por un funcionario público con atribuciones para ello. No obstante, a efectos típicos, lo debe hacer con conciencia y voluntad de violar la ley. Eso es posible en funcionarios legitimados para emitir constancias o certificados de posesión, tales como jueces de paz en delegación de una función notarial, conforme al numeral 5 del artículo 17 de la Ley N° 29824; o los alcaldes en representación de las municipalidades distritales o provinciales (pudiendo ser delegada esta facultad en el gerente de desarrollo urbano respectivo), en el supuesto del otorgamiento de la factibilidad de servicios básicos, conforme a los artículos 27, 28, 29 y 30 del Decreto Supremo N° 017-2006-VIVIENDA.

Eventualmente, pueden incurrir en esta conducta típica los funcionarios de la Superintendencia de Bienes Estatales, Cofopri y gobiernos regionales, los cuales tienen la facultad de emitir títulos de propiedad de bienes de dominio público y sobre bienes inmuebles de propiedad privada, cuyas atribuciones y actos administrativos están regulados por Ley N° 29157, su reglamento y una serie de directivas emitidas por la Superintendencia de Bienes Estatales.

Del mismo modo, se encuentra el marco normativo de los procesos de formalización de la propiedad rural dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1089 y demás normas conexas. Esta norma es consecuencia de los múltiples actos de corrupción que se han visto a nivel nacional, donde gobiernos regionales-Cofopri (antes, PETT) titulaban la propiedad de bienes de dominio público y de propiedad privada, indiscriminadamente, sin que los beneficiarios hayan cumplido con los requisitos necesarios regulados en las citadas normas.

Ahora bien, otorgar ilegítimamente derechos de posesión sobre bienes de dominio estatal (dominio público-privado) o bienes inmuebles de propiedad privada sin cumplir con los requisitos establecidos por la normativa vigente, es algo muy recurrente en un contexto de invasión o usurpación de terrenos estatales o privados, que pretenden legitimar su posesión con la obtención y posterior presentación de constancias o certificados de posesión,

emitidos, en muchos casos, por jueces de paz, gobernadores, tenientes gobernadores, alcaldes distritales o provinciales, presidentes de juntas de riego, asociaciones de vivienda, entre otros.

En el tipo agravado, si estos supuestos prohibidos, contenidos en el tipo básico, implican el otorgamiento de dichas constancias o certificados a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años. Entendemos que esto se establece debido a que con el reconocimiento de la posesión u otorgamiento de un título de propiedad se legitiman o convalidan las usurpaciones u ocupaciones irregulares, que han realizado determinadas personas sobre un inmueble, despojando de este modo al legítimo propietario o poseedor del mismo, con lo que se vulnera lo dispuesto por el artículo 70 de la Constitución Política.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública, específicamente el ejercicio de funciones bajo el principio de legalidad y la protección del patrimonio público. Desde ese contexto, también se tutela el patrimonio público y privado, entendido este como los bienes del Estado o de un particular sobre los que se ejercen los derechos de propiedad o posesión.

V. EL SUJETO ACTIVO

El tipo penal establece como el sujeto activo de su comisión al funcionario público. No se incluye al servidor público; no obstante, este puede ser comprendido en otras formas de participación (cómplice o instigador).

VI. EL SUJETO PASIVO

De forma genérica el Estado, por cuanto es el titular del bien jurídico protegido; sin embargo, debe considerarse que la víctima afectada de forma directa con la comisión de este delito también puede ser un particular, al que se le haya afectado su derecho de posesión o de propiedad.

VII. LA PENA APLICABLE

Para el tipo básico, la norma penal contempla una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, en tanto que el tipo agravado se sanciona con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Capítulo IV

Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función pública

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 vigente conforme a la modificación realizada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada en el diario oficial El Peruano el 23/11/2015.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo es esencialmente descriptivo, pero también valorativo en relación con los actos prohibidos o exigidos. En tal sentido, en la relación correlacional de texto y significado no existe mayor inconveniente. El legislador peruano ha recurrido en esta figura penal a una paráfrasis de dimensión objetiva, utilizando vocablos o conceptos como contenido material del tipo penal, que requieren un proceso de interpretación o una valoración primaria. El elemento normativo “ilegal”⁽⁶⁶⁾ es fundamental en esta tarea. Eso fue explicado de manera recurrente cuando sosteníamos que: “El contenido de un elemento normativo en el tipo hace que estas conductas estén sujetas a una valoración jurídica del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable

(66) A menudo se suele hablar de detención ilegal, prueba ilegal, colusión ilegal, tráfico ilegal de drogas, minería ilegal, etc., lo cual parece admitir una interpretación relacionada, como algo contrario o fuera de lo establecido por ley de manera expresa en un sentido amplio.

o no, atendiendo a las circunstancias razonablemente exigidas”⁽⁶⁷⁾, lo cual implica que el agente tenga capacidad de actuación y que esta se le pueda exigir razonablemente.

En esta línea de razonamiento, la relación del juez con la norma penal no se reconduce a su sentido literal o textual. La significancia valorativa de los elementos normativos tiene mucho de racionalidad para un juez decisor que hace uso en el proceso de interpretación de los principios y preceptos constitucionales, porque texto y significado no siempre son lo mismo. Martín Laclau con mucha razón afirma: “Toda actividad humana va incorporando sentidos a la realidad; de allí que el hombre viva interpretando y que cada uno de nosotros desarrolle sus interpretaciones desde una específica comprensión originaria, que es propia de cada cual y merced a la que podemos movilizarnos en el mundo y comportarnos frente a las realidades que este nos presenta”⁽⁶⁸⁾; para luego agregar que, en el caso del Derecho, la interpretación de la ley ha sido considerada como una forma de expresión y, consecuentemente, se han elaborado una serie de reglas y métodos con el objeto de sacar a la luz el significado encerrado en las palabras que constituyen el texto⁽⁶⁹⁾. En efecto, todos interpretamos y, con mayor razón, el juzgador, pero nada está sujeto a la arbitrariedad en este proceso de interpretar la norma penal. Ello debe hacerse dentro del marco preceptivo de la Carta Fundamental de la República.

Del mismo modo, conceptos como funcionario público, para los efectos penales, no están del todo acabados en materia penal. Lo propio puede señalarse en relación con los verbos rectores contenidos en el tipo penal: “omitir”, “rehusar” o “retardar” en su sentido negativo (ilegalmente), lo cual parecería admitir, *a contrario sensu*, que en determinados casos concretos es posible omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo “legalmente”. La expresión “**el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo**” parece admitir esta posibilidad. No obstante, es poco probable que se dé este caso porque las funciones generales y atribuciones específicas de un funcionario público son pautadas en su ejercicio real⁽⁷⁰⁾. En el fondo, es un incumplimiento de deberes y el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto a oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función.

(67) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Ob. cit., p. 29.

(68) LACLAU, Martín. “El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 9. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 9.

(69) Ibídem, p. 10.

(70) Por ejemplo, entre los deberes de los magistrados, se encuentra resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso; y evitar la lentitud procesal conforme lo dispone el artículo 184, numerales 1 y 12, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo real en este tipo penal es que se espera por parte del agente una acción debida, lo cual implica la existencia de una norma preceptiva o de mandato preexistente, que exige su efectiva realización dentro de los parámetros posibles. Por eso, el elemento normativo “ilegalmente” resulta un parámetro indicativo racional entre la acción esperada posible y aquella otra de actuación dolosa. Ahora bien, ¿qué se debe entender por “ilegal” para los efectos penales? Debe entenderse, en términos generales, como algo manifiestamente contrario a la ley.

Por otro lado, llama la atención la pena benigna con la cual se sanciona al agente infractor. Peor aún, si consideramos las desproporcionadas penas contempladas para delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública. El funcionario público, al actuar dolosamente, le hace mucho daño a la Administración Pública y, como tal, debería considerarse una pena mayor que aquellos delitos⁽⁷¹⁾.

Ahora bien, cabe determinar si estamos ante un delito omisivo de mera actividad o de resultado. Si el agente omite es porque hay inactividad dolosa con el propósito de perjudicar a un tercero. No se realiza la conducta esperada en su oportunidad o dentro de los plazos pautados por ley, pudiendo producirse un daño a terceros.

Lo ilegal del retardo o de la omisión no deja de configurarse si el agente posteriormente a la denuncia penal cumple el acto o emite la resolución correspondiente. En este caso, el funcionario público con dolo directo ya omitió un deber de función, teniendo la capacidad de actuación y la posibilidad real de cumplir con el mandato de ley. Ese solo hecho constituye una afectación del bien jurídico tutelado por la norma penal en perjuicio del Estado y del particular.

Cabe acotar que existen delitos de omisión de resultado y de mera actividad omisiva. En el primer caso, se exige el resultado que la omisión produce, v. gr., la muerte por omitir prestar asistencia pudiendo hacerlo (capacidad de actuación y posibilidad real de hacerlo). En la omisión como mera inactividad el agente es requerido a actuar y, a pesar de ello, omite su deber funcional, esto es, el agente se abstiene de realizar una conducta ordenada por la norma y, por tanto, infringe una norma preceptiva o de mandato.

En concordancia con ello, se distinguen los delitos de omisión propia e impropia. La omisión propia es de mera actividad; por ejemplo, la omisión del deber de socorro. La omisión impropia es un delito de resultado. El tipo

(71) Lo racional es solo tipificar como delitos, hechos graves y no de meras bagatelas. El tipo penal en cuestión no es de simple omisión es mucho más complejo y relevante como ilícito penal.

en comentario se ubica dentro de los delitos de omisión propia, pues basta que el agente rehúse y omita cumplir una norma imperativa.

Como señalamos, el legislador peruano de 1924 tipificó dentro del rubro genérico de abuso de autoridad, conductas que se traducen en la omisión, rehusamiento o retardo ilegal de algún acto propio del cargo, teniendo como fuente directa al artículo 249 del Código Penal argentino⁽⁷²⁾. El Código Penal de 1991 configuró el tipo con una redacción similar al artículo 338 del Código peruano de 1924, con la diferencia de que los verbos rectores “omitir”, “rehusar” y “retardar” empleados denotan conductas omisivas en tiempo presente y la del código derogado en futuro⁽⁷³⁾. Modernamente, en la legislación comparada, son pocos los códigos penales que tipifican como hecho ilícito estas conductas omisivas, por considerarlas faltas administrativas, siendo la orientación predominante en la doctrina penal su despenalización.

Creemos que la inflación legislativa ocasionada por el Poder Ejecutivo y Legislativo incurre en incongruencias. Así, por ejemplo, lo establecido por la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en sus artículos 4 y 14 establece que los funcionarios o servidores públicos que incumplen con las disposiciones a que se refiere dicha ley son sancionados por falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión del delito de abuso de autoridad a que se hace referencia en el artículo 377 del Código Penal. Incongruente en la medida que solo puede ser sujeto activo el funcionario público, no así el servidor público; además, dejar la posibilidad de denunciar penalmente a los que omiten en dar información es bastante peligroso, ya que por ley no se puede hacer una interpretación extensiva del tipo penal en comentario.

Del mismo modo, lo establecido por el artículo 14 de la acotada ley que establece de manera literal lo siguiente: “El funcionario público responsable de dar información, que de modo arbitrario obstruya el acceso del solicitante a la información requerida, o la suministre en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de esta ley, se encontrará incurso en los alcances del artículo 4 de la presente ley”. Es decir, dichos funcionarios podrán ser denunciados por el delito contemplado en el artículo 377 del Código Penal. Sin embargo, estas formas arbitrarias de obstruir la información solicitada no se subsumen en los supuestos contemplados en el artículo acotado. La existencia de una estructura de valoración y reglas de

(72) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Ob. cit., p. 29.

(73) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 110.

interpretación en materia penal recusan estas formas poco razonables de extender los supuestos prohibidos o exigidos⁽⁷⁴⁾.

En un contexto de simbolismo penal y populismo represivo en exceso, hemos optado por una reinterpretación racional de esta figura penal, desde una visión de valores, principios y preceptos constitucionales, acercándonos a un Derecho Penal constitucionalizado. Consideramos que la ley penal debe interpretarse de conformidad con la Constitución Política, y con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención del delito reconocidos en los tratados de los cuales el Perú es parte, en especial, aquellos sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como de conformidad con la jurisprudencia de tribunales internacionales, cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano.

Estas reglas de interpretación tienen base constitucional porque se ubican dentro de los parámetros establecidos por la corriente de un Derecho Penal constitucionalizado. Pretendemos alejar a los operadores del Derecho Penal de toda interpretación textualista de la norma, y proponer una interpretación racional, de conformidad con la Constitución.

II. LAS CARACTERÍSTICAS Y LA DESCRIPCIÓN DEL TIPO BÁSICO

En el tipo penal en cuestión son varios los verbos rectores que indican la acción dolosa del agente: “omitir”, “rehusar” o “retardar”; vocablos que requieren ser interpretados en relación con los elementos normativos a los cuales están asociados (“ilegal”, “por razón del cargo”). Se trata de cualquier acto funcional propio del cargo. Todo cargo conlleva funciones o atribuciones asignadas por normas generales o específicas, de suerte que la actividad funcional se halla pautada y sujeta a reglas.

Cabe precisar que estas acciones materiales de omisión mantienen una relación de acuerdo al cargo que le corresponde al funcionario público. Lo sustancial del tipo es que describe de manera objetiva la omisión de una acción exigida relacionada con algún acto funcional del cargo, solo de esa manera se da cumplimiento al principio *nulla poena sine lege* (artículo 2, inciso 24, literal d) de la Carta Fundamental). La norma penal tiene como contenido material una ordenanza u exigencia dentro de lo exigible razonablemente. El funcionario público debe hacer lo que es propio a su cargo de acuerdo a

(74) Todo lo real es mutable pero no todo lo mutable es arbitrario. Lo razonado es pensado pero lo pensado es argumentado a través del lenguaje. En tal sentido, el texto prescriptivo tiene significación racional. Aquella sujeta al principio de legalidad y muy en particular al subprincipio de certeza o taxatividad.

sus funciones o atribuciones. No puede faltar a sus deberes funcionales, sea omitiendo, rehusando o retardando.

El tipo penal consiste en la violación del mandato de una acción exigida, en cuanto a su oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública, como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública. En este contexto se impone normativamente la exigencia de la realización de una determinada conducta relacionada con algún acto funcional propio del cargo, de acuerdo con los principios de oportunidad y eficacia que el caso exige.

Ahora bien, dentro de las exigencias objetivas y subjetiva del tipo, debe tomarse en consideración por parte del funcionario público, una acción esperada, porque el tipo está interrelacionado con la norma preceptiva o norma de mandato. Es decir, se evidencia una acción esperada por parte del funcionario, de acuerdo a sus atribuciones, en función al cargo. Del mismo modo, debe haber capacidad de actuación lo cual implica tener plena capacidad física y psicológica para actuar, y cumplir lo pautado por la norma preceptiva. Claro que dicha capacidad debe verificarse de acuerdo a las circunstancias ordinarias o extraordinarias concurrentes. De otro modo, sin los elementos de capacidad, no se configura el tipo penal. En tal sentido, el tipo admite una acción omitida que ha de representar una infracción de un deber de actuar.

Otra nota característica del tipo se traduce en que el agente solo puede ser un funcionario público, no el servidor público. Lo es porque, en los dos supuestos ilegales (“omitir” y “rehusar”), el funcionario quebranta la exigencia de una acción determinada por la norma penal; de esa manera, deja de hacer algo que por función le compete hacer, o sencillamente dilata (retardar) o difiere algún acto de su cargo; de manera que dicha exigencia no se cumple en su oportunidad y, por tal razón, deviene en eficaz. Así, el delito se consuma en el momento en el que el agente debió realizar la acción funcional exigida. Bien puede sostenerse que se concibe el delito de omisión de acuerdo con los criterios de la denominada teoría de la “acción funcional esperada”. Como cualquier delito de omisión, solo puede cometerlo el que este jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza⁽⁷⁵⁾. Los supuestos que contempla el tipo están referidos a los casos en los que el agente tiene la obligación legal de cumplir con sus funciones en la forma y manera establecida por la ley.

Frecuentemente, el hecho de omitir una acción funcional exigida por el orden jurídico se relaciona con una situación socialmente dañina. Sin

(75) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo 2. 3ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 353.

embargo, la punición del hecho punible de omisión propia no depende de la producción de un resultado. Basta la no realización ilegal de la acción funcional exigida por la norma penal para que se configure el tipo, que, además, es de peligro abstracto.

Ahora bien, el tipo penal descrito en el artículo 377 del Código Penal tiene características objetivas, basadas en una acción exigida que se vulnera **omitiendo, rehusando o retardando algún acto propio del cargo**; solo de esa manera es posible sancionar dichas conductas. Aquí debe tomarse en consideración el elemento contenido en su estructura normativa expresada en el vocablo “ilegalmente”. Por ejemplo, cumple el tipo penal el funcionario público que dilata innecesariamente la emisión de una resolución determinada, pese a que las circunstancias de tiempo, de recursos, de carga procesal, etc., permiten realizar dicho acto en forma oportuna y eficaz.

En materia penal, todo lo exigido debe estar establecido de manera expresa e inequívoca en la ley. De manera que todo lo que no está penalmente exigido puede omitirse sin que sea penalmente relevante.

Ahora bien, corresponde al juzgador evaluar en cada caso concreto los actos funcionales exigidos que correspondan al cargo que desempeña el agente, lo cual implica determinar la competencia, las posibilidades reales del cumplimiento del acto y de hacerlo en el plazo legal, etc.

Debe tomarse en consideración que se trata de una norma penal que describe un delito especial de función pública, que sanciona conductas omisivas ilícitas, relacionadas a actos funcionales vinculados al cargo que ostenta el agente, es decir, que estén bajo su competencia. Así lo entendió la jurisprudencia que a continuación se detalla:

“No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado, se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos”. (R. N. N° 4689-97-Junín).

Como bien refería Eusebio Gómez: “Los actos constitutivos de este delito importan omisiones de deberes a cargo del funcionario público, cuando esa omisión es ilegal. La ley se refiere, en forma expresa a la ilegalidad”⁽⁷⁶⁾. De manera que el contenido de un elemento normativo en la estructura del tipo hace que estas conductas estén sujetas a una valoración jurídica por parte del juzgador, para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigibles.

(76) GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Buenos Aires, 1941, p. 500.

La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción exigida como deber del funcionario del público; estas exigencias están referidas a los actos que le competen en razón al cargo que desempeña por imperio de la ley. La descripción de la conducta realizada por el legislador (omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo) es muy amplia porque parece hacer referencia a cualquier acto propio del cargo que desempeña el funcionario público.

Aquí la norma penal tiene como objetivo asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública; de manera que la pena a aplicarse encuentra su fundamento en la lesión o puesta en peligro de este bien jurídico tutelado por la ley (art. IV del Título Preliminar del CP).

El dolo es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo. El agente es consciente de la situación concreta en que debe cumplir diligentemente con sus obligaciones funcionales y de sus posibilidades de cumplir con el acto exigido por la norma penal, y con ese conocimiento omite, rehúsa o retarda un acto propio de sus funciones, es decir, permanece inactivo a sabiendas de la ilegalidad de su omisión, en función del desarrollo de los hechos.

El contenido de un elemento normativo en el tipo hace que estas conductas estén sujetas a una valorización jurídica del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no. La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción, exigida como deber del funcionario.

Cuando el legislador emplea en el tipo el elemento normativo que se traduce en el vocablo “ilegalmente” que antecede a los verbos rectores “omitir”, “rehusar” y “retardar”, está refiriéndose a la omisión dolosa del agente. Es decir, a la omisión de una acción propia de su cargo, de posible y razonable realización por el funcionario dentro de las circunstancias de tiempo, lugar, personal de apoyo, logística, etc., es decir, que le es normativamente exigible: “La injusticia de esta actitud –elemento normativo del tipo legal– consiste en que el funcionario obra contraviniendo un deber de su función, denegando, omitiendo o retardando lo que debe hacer recta y oportunamente”⁽⁷⁷⁾.

Toda función debe estar contemplada en la normativa; en ese sentido, las instituciones u organismos del Estado deben contar, por mandato legal, con instrumentos básicos de gestión: Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Manual de Organización y Función (MOF), Texto Único de

(77) CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob. cit., p. 110.

Procedimientos Administrativos (TUPA), etc., donde deben prescribirse las funciones, las atribuciones, los deberes, los plazos, etc.; ello sin perjuicio de que existan normas de mayor rango, como leyes orgánicas, decretos legislativos, leyes ordinarias, ordenanzas regionales, municipales, entre otras normas, que establezcan los deberes, obligaciones y responsabilidades que sujetan a los funcionarios públicos.

El juzgador deberá tener en cuenta el mandato jurídico de deberes y obligaciones establecidas por el Derecho público y una valoración jurídica de la conducta omisiva conforme a las exigencias normativas del tipo, lo que requiere un amplio dominio del conocimiento jurídico, razonamiento y experiencia.

Estando al elemento normativo “ilegalmente”, la existencia del dolo directo es determinante para diferenciar una infracción administrativa (v. gr., llegar tarde a su centro de labores) de otros actos propios del cargo que conllevan relevancia penal (v. gr., no resolver deliberadamente un asunto que exige una pronta decisión).

Ahora bien, ¿cuándo una omisión, rehusamiento o retardo de algún acto de su cargo puede ser atípica, jurídicamente permisible o inculpable?, ¿cuáles son los factores concurrentes que motivan al funcionario o servidor público a omitir, rehusar o retardar un acto de su cargo sin relevancia penal?

En principio, los supuestos atípicos se dan cuando no concurre el elemento normativo “ilegalmente”, por ejemplo, en el caso de las causas eximentes contempladas en los incisos 7, 8, 9 y 10 del artículo 20 del Código Penal⁽⁷⁸⁾ o, en los casos, como el señalado en la siguiente ejecutoria suprema: “No constituye delito el hecho de haber omitido el juez ordenar la necropsia de ley, si no ha actuado ilegítimamente al incurrir en dicha omisión”. (Ejecutoria Suprema del 06/10/1997, Exp.Nº 4464-96-Lima).

El funcionario puede omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo al amparo de alguna otra norma expresa o en situaciones en las que no se le puede exigir su realización, que exceptúan el principio de la obligatoriedad y la exigencia de los deberes del cargo contemplados en normas de orden público. Sebastián Soler, comentando el artículo 249 del Código Penal

(78) Código Penal

Artículo 20. Causas eximentes.

“(…)”

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

9. El que obra por orden obligatorio de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.

argentino, sostenía que “Si un juez falla las causas que humanamente se pueden fallar, si un empleado revisa los expedientes en cantidad proporcionada al trabajo normal, no se dirá que ilegalmente omiten estudiar o resolver el resto, aun cuando la ley haya establecido los términos en que ello debía cumplirse. El vencimiento de un término legal no importa en sí mismo la comisión de este delito. Por el contrario, la inexistencia de término no excluye la posibilidad de su comisión”⁽⁷⁹⁾; comentario que compartimos y hacemos extensivo al análisis del artículo 377 del Código Penal.

Si no existe omisión dolosa o maliciosa no hay tipo. Tanto las omisiones dolosas como las no dolosas de alguna manera implican el incumplimiento de los deberes del cargo; pero se distinguen una de la otra porque la primera tiene relevancia penal y la segunda relevancia administrativa. Consecuentemente merecen un tratamiento distinto acorde con su naturaleza sancionadora. Lo ilegal es contrario a lo legal, en este caso, contrario a los deberes del cargo, a los plazos, a las responsabilidades, etc., que son exigencias de cumplimiento obligatorio.

Quizás el único reproche a formular al legislador peruano en la formulación del tipo penal en comentario es haber empleado en el tipo penal un elemento normativo expresado en el vocablo “ilegalmente”, muy discutible porque va asociado a un elemento psíquico y que es consustancial a las motivaciones de la omisión maliciosa. Si la motivación responde a razones de lucro, el agente incurre en otra figura legal, como el cohecho por omisión (art. 393) y no en el incumplimiento de deberes. Es verdad que el tipo suele referirse a los funcionarios públicos que, en determinado asunto, omiten, rehúsan o retardan el cumplimiento de su deber; pero también comprende el caso del agente que, por ejemplo, cierra las puertas de su despacho y se abstiene de realizar todo acto propio de su cargo.

El elemento normativo “ilegalmente” en la configuración del tipo requiere, necesariamente, de una valoración jurídica por parte del juzgador, y debido a su amplitud puede poner en peligro la interpretación exacta del tipo, así como dificultar su aplicación práctica.

Dejar a discreción del juzgador determinar los supuestos exigidos por la norma penal, es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; toda vez que la creación de los tipos penales es privativa del órgano legislativo, a quien le compete crear tipo de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política, dejando al juzgador la función de aplicarla a casos

(79) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo V. Tipografía Argentina, Buenos Aires, 1978, p. 144.

concretos. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar la norma penal, pero está vedado de “crear” supuestos típicos vía interpretación.

La técnica legislativa empleada por el legislador en la configuración del tipo descrito en el artículo 377 del Código Penal, describe de manera expresa e inequívoca cuáles son los supuestos comisivos que se sancionan; pero al establecer en la estructura del tipo un elemento normativo (“ilegalmente”) pone a merced de la decisión judicial la decisión y límites entre lo lícito y lo punible.

No cabe duda de que la comprobación de que un acto se adecua o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley o a no perseguir penalmente al autor de una omisión, en realidad, típica. Esto es lo que hace el fiscal, aunque sea de manera provisional, al momento de decidir si procede formalizar la investigación. Con mayor razón, al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el principio de la legalidad.

Recordemos que los tipos penales deben estar sujetos a reglas de interpretación racional y de base constitucional, conforme a un Derecho Penal constitucionalizado, que se aleje de una lectura textualista.

III. LAS CARACTERÍSTICAS Y LA DESCRIPCIÓN DEL TIPO AGRAVADO

Si la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales está referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, se configura el tipo agravado.

Técnicamente, la redacción del tipo agravado no es la más adecuada. Los efectos son similares al tipo básico, solo que aquí el funcionario público que ilegalmente omite, rehúsa o retarda un acto propio de su cargo, es el gobernador de un distrito encargado por ley a otorgar garantías personales⁽⁸⁰⁾, o las autoridades encargadas de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, según los casos contemplados en la Ley N° 30364.

Esta última ley tiene por objeto “prevenir”, “erradicar” y “sancionar” toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las

(80) Ley N° 30438.- Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1140, que crea la Oficina Nacional de Gobierno Interior. El artículo 6 de la indicada norma establece: “(...) 3. Otorgar garantías personales y de orden público, con la finalidad de cautelar la integridad física de las personas. Asimismo, levantar actas de constatación de bienes semovientes para cautelar la posesión material y preservar el orden público”.

mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas, así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos.

Se trata de un tipo penal agravado de reenvío, en la medida que lo remite para la configuración del tipo agravado a las normas que regulan las funciones y atribuciones de los gobernadores. Aquí también se trata de una omisión, rehusamiento o retardo con dolo directo por parte del agente (funcionario público), agravándose el hecho por las circunstancias o el contexto en que el agente comete el delito.

IV. ALCANCES DE LOS CONCEPTOS “OMITIR”, “REHUSAR” O “RETARDAR”

El sentido de significancia de un vocablo utilizado como verbo rector en el tipo penal no es simplemente algo literal, sino que contiene un sentido valorativo o de principios sobre los cuales aquel se sustenta. En cada caso concreto surge la posibilidad de interpretación justa, equilibrada o ponderada. El sentido literal del texto es algo primario, orientador, pero el sentido valorativo que encierra es mucho más elaborado.

Las conductas omisivas descritas en el tipo en comentario contienen tres verbos rectores para denotar las omisiones ilegales que el legislador estimó como ilícitos penales:

- **Omitir.** Es no hacer o dejar de hacer algo. Jurídicamente, podría definirse en la expresión: “es un no hacer que se debía hacer”. El concepto de “omitir” debe entenderse como el de dejar de hacer un acto propio del cargo, que se espera y es exigible. Siendo los actos del cargo normativos, es preciso un mandato jurídico y una valoración jurídica.
- **Rehusar.** Es negarse a hacer, eludir, rechazar, etc., a un requerimiento legalmente formulado, previamente. Como bien refiere Fontán Balestra, “rehusarse a hacer es negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido”⁽⁸¹⁾.

(81) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VIII. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 266.

- **Retardar.** Significa dilatar, diferir un acto de su cargo, pero sin desistirse. A diferencia de los verbos anteriores, se trata de una acción retardada maliciosamente. Retardar es diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna⁽⁸²⁾. Giuseppe Maggiore definía dicho vocablo así: “Retardar es el intervalo de tiempo transcurrido entre el movimiento en que el acto debería ser realizado y aquel en que se realizó efectivamente. Si no se ha prescrito ningún término, habrá retardo cuando el acto no se realiza en el tiempo útil para producir su efecto”⁽⁸³⁾.

En los dos últimos conceptos que forma parte del supuesto exigido, urge señalar algunos indicativos que permitan establecer cuándo estamos ante un rehusamiento o retardo ilegal o malicioso. Consideramos que estos podrían darse ante:

- Un requerimiento previo legalmente formulado.
- El vencimiento de los términos establecidos por ley, y
- La posibilidad real de su cumplimiento por parte del agente.

El solo vencimiento de los plazos no basta para la configuración del tipo, requiere, además, del requerimiento y el concurso de la posibilidad real para su cumplimiento. Esta posibilidad está determinada por circunstancias de lugar, tiempo, apoyo técnico logístico, etc., indicativos concurrentes que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de hacer el juicio valorativo de reproche⁽⁸⁴⁾.

En ese sentido, nuestras cortes señalan que “Se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna; siendo un delito doloso en el que no cabe la tentativa”. (Exp. N° 2357-98-Lima)⁽⁸⁵⁾.

(82) Todo proceso de interpretación es convencional y de síntesis racional argumentada. Eso se explica porque los conceptos no tienen una definición precisa y universal, son mutantes. Entonces, este proceso no se reduce en explicar qué significa este vocablo porque el problema no se resuelve rápido con un saber de las técnicas de lingüística y lo que significa literalmente. La mayoría de las definiciones hacen énfasis en las cualidades, procedimientos e instituciones. Sin embargo, los conceptos, vocablos, etc., reiteramos, son mutantes, lo cual no las hace inciertas. La certeza es relativa con el tiempo.

(83) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit., p. 225.

(84) Con la descripción del comportamiento en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Lo sanciona porque afecta bienes jurídicos relevantes para la convivencia más o menos pacífica.

(85) GACETA JURÍDICA / DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *El Código Penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 43.

De algún modo, el tipo cumple una función indiciaria específica de antijuricidad, en la medida que los elementos del delito se constituyen en un sistema propio de orden correlacional, conteniendo elementos indiciarios de sus sucesores. Esta función permite un análisis racional en el nivel de la prohibición o exigencia para luego recurrir al nivel de la permisibilidad. Así, se distingue un acto típico de un acto permitido. Una conducta puede adecuarse al tipo, pero no ser antijurídica porque otra norma, bajo ciertas condiciones, lo permite o justifica. De manera que no toda acción lesiva del bien jurídico tutelado es antijurídica.

El tipo suele referirse a los funcionarios que en determinado caso concreto omiten, rehúsan o retardan un acto propio de su cargo, es decir, el cumplimiento de su deber. Naturalmente, el agente debe tener facultad o competencia para actuar en sede administrativa o de cualquier otra naturaleza para que se configure el tipo.

Lo antes indicado nos permite señalar que la pena para estos delitos es muy benigna tomando en consideración la naturaleza del bien jurídico tutelado por la norma penal. No obstante, debe tenerse en consideración el principio de proporcionalidad de las penas como un valor constitucional y su determinación para evitar que la pena sobrepase la responsabilidad por el delito cometido. En tal sentido, no es suficiente el referente primario del *quantum* (mínimo y máximo) de la pena contemplada por la norma penal, sino la importancia o relevancia del bien jurídico protegido y el grado de su afectación, lo cual implica atender a las particulares circunstancias del hecho cometido y la necesidad de pena en el ámbito de sus fines constitucionales. Véase el siguiente extracto de acuerdo plenario:

“Los criterios que se pueden utilizar para establecer la proporcionalidad entre delito y pena, tienen que atender básicamente a aquellos vinculados al injusto, entendido este como la conducta típica y antijurídica, sin entrar a la categoría dogmática de la culpabilidad u otras vinculadas a la ampliación del tipo por el grado de ejecución o intervención en el hecho punible. Los criterios propuestos son: a) importancia o rango del bien jurídico protegido) gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, c) el impacto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada), d) los diferentes medios de comisión del hecho punible, e) el grado de ejecución del hecho punible, f) el grado de intervención delictiva, g) las condiciones personales del agente (edad, estado mental del agente, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionalidad versus habitualidad, h) el comportamiento de la víctima, e) grados de ejecución del hecho, j) el comportamiento del autor después del hecho”. (Acuerdo Plenario N° 1-2000).

Todos los criterios a tomar en consideración para la determinación de la pena se sujetan a los fines constitucionales de la pena. El Derecho Penal no se reduce a un conjunto de normas, sino que se basa en principios y valores

constitucionales que hacen posible el sentido racional de la norma penal. Un Derecho Penal sin función garantista individual es un Derecho Penal despótico y abusivo. A juzgar por las nuevas tendencias autoritarias de un Derecho Penal de baja intensidad garantista, este no constituye un asunto trivial, sino fundamental.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”; de manera que es posible que un solo funcionario o varios funcionarios de manera concertada incurran en el hecho punible. Por ejemplo, el caso de los órganos colegiados conformados por funcionarios públicos, quienes incumplen maliciosamente cualquier acto de su cargo de manera concertada.

El legislador nacional ha diferenciado dentro del artículo 23 del Código Penal al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o los que realiza mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase “y los que los cometan conjuntamente” está refiriéndose a los que toman parte directa en los actos omisivos, propios del delito; es decir, a los coautores y no al autor.

En este caso, por ser un delito especial de función pública: abuso de autoridad por omisión, solo pueden realizar estos actos omisivos los funcionarios públicos, siendo los agentes mismos los que omiten maliciosamente cualquier acto de sus cargos.

Es posible admitir la instigación en el delito de abuso de autoridad por omisión conforme al artículo 24 del Código Penal; es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido, de acuerdo con nuestra legislación, con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento y retardo de cualquier acto de su cargo.

No es posible admitir la tentativa en el tipo penal en razón de que se trata de un hecho punible que contiene omisiones puras. Es imposible admitir en el tipo la existencia de actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acciones ajenas a la voluntad del agente previo al delito en comentario.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración que se ve afectado cuando el funcionario público incumple sus deberes con las conductas omisivas de omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo. Sin embargo, más allá de todo cuestionamiento sobre si estas conductas en realidad deberían ser consideradas faltas administrativas y no hechos punibles, lo real es que, como sostiene Claus Roxin: “La protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–. Por ello se denomina a la pena como la ‘última ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁽⁸⁶⁾.

VII. EL SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo del tipo penal en cuestión, tratándose del tipo básico, es cualquier funcionario público. En la mayoría de los tipos penales son sujetos activos cualquier persona; sin embargo, en un número determinado de normas penales calificadas por el sujeto activo, por el bien jurídico tutelados y por la función pública que desempeñan los agentes, solo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos, que es característica propia de los delitos especiales de función pública.

Es el bien jurídico tutelado, la calidad del agente y la naturaleza de sus funciones los que determinan la ubicación y sistematización de estos delitos en el Código Penal. De manera que cabe poca discusión para determinar quién puede ser considerado sujeto activo en este injusto penal descrito en el tipo básico: el funcionario público.

Obsérvese que el legislador solo ha considerado como agente de esta figura penal al funcionario público; por tanto, no puede ser considerado como sujeto activo de este hecho punible el servidor público o el particular.

Sin embargo, tratándose del tipo agravado, puede ser sujeto activo cualquier profesional de la salud, de la educación, la Policía Nacional, el gobernador encargado de otorgar garantías personales o cualquier otro funcionario

(86) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1997, p. 65.

público que tenga relación y deba actuar en casos de violencia contra la mujer o del grupo familiar más vulnerables.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado como titular del bien jurídico protegido, pero puede ser agraviado el particular afectado con la omisión, rehusamiento o retardo de funciones por razón del cargo. La omisión, rehusamiento o retardo de actos administrativos, judiciales, etc., siempre afectan al Estado, pero, en determinados casos concretos, también al particular.

IX. LA PENA APLICABLE

La pena en el tipo básico es de pena privativa de libertad no mayor de dos años y treinta a sesenta días-multa. Obsérvese que el tipo es bastante represivo en relación con su similar argentino, que solo reprime este hecho punible con pena de multa. Empero, desde otro punto de vista, la pena es benévola, tomando en consideración el grave daño que se ocasiona al normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues hace perder la confianza ciudadana en las instituciones básicas de la nación⁽⁸⁷⁾.

Para el tipo agravado, cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o a casos de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

En rigor, la pena no asegura bienes jurídicos y mucho menos aún los repara; tampoco asegura la vigencia de la norma como sostienen los jakobianos. Al final, ambas concepciones resultan injustificadamente suficientes para el propósito de protección, sea de bienes jurídicos o de la norma.

(87) La pena se aplica al agente que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal al realizar la acción típica, de manera antijurídica y culpable. La medida de seguridad, al agente que realiza el tipo de manera antijurídica con defecto de culpabilidad.

Capítulo V

Omisión injustificada de auxilio policial

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 vigente conforme a la modificación realizada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada en el diario oficial El Peruano el 23/11/2015.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 378 del Código Penal tiene como fuente directa al artículo 341 del Código Penal derogado de 1924⁽⁸⁸⁾ y al artículo 250 del Código Penal argentino de 1921. El tipo penal fue modificado por la primera disposición complementaria de la Ley N° 30364 del 23 de noviembre del 2015 que incorporó otro supuesto como agravante cuando la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar. Ambas normas que sirvieron de fuente al artículo en comentario

(88) Código Penal peruano derogado de 1924

Artículo 341.- “El Jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiera o retardara sin causa justificada la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena”.

tienen bastante similitud en cuanto a la técnica legislativa en la redacción, de manera que los comentarios de los juristas argentinos a su legislación de alguna manera ayudan a comprender el sentido exacto del tipo descrito en el artículo 378 del nuevo Código Penal peruano. Naturalmente en el caso peruano en la interpretación de la norma penal debe tenerse en consideración lo dispuesto por los artículos 166, 167, 168 y 169 de la Constitución Política del Estado.

En la doctrina y la legislación comparada esta conducta omisiva pura se considera como un no hacer en relación con una acción posible y exigible, ya que detrás de un delito de omisión hay un mandato determinado (prestación de auxilio o de apoyo); es decir, una norma preceptiva que ordena actuar en la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad competente, salvo causa justificada.

La prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente está en referencia a una acción determinada y exigida; pero, sin duda alguna, surgirán serias discrepancias en relación con el uso de un elemento normativo descrito en el tipo expresado en la frase “sin causa justificada”, que puede generar y, de hecho, genera, algunas dificultades en cuanto a la interpretación de la norma penal. ¿Cómo se determina lo que es causa justificada?, ¿qué parámetros se tomarán en consideración?, ¿cómo resolver la cuestión de conflictos de intereses?

Esta figura penal contemplada como delito en muchos códigos penales de la legislación comparada tiene un elemento común: utilizan en la configuración del tipo el elemento normativo en cuestión. Por ejemplo, el Código Penal italiano tipifica el hecho en el artículo 329⁽⁸⁹⁾ y contiene un elemento normativo expresado en el vocablo “indebidamente” después de los verbos rectores “rehusar” o “retardar”, sujeto, sin duda alguna, a valoración, pero referido a la ilegitimidad no justificada⁽⁹⁰⁾ por ley; dicese lo propio del Código Penal de Colombia de 1980, que utiliza el mismo vocablo como elemento normativo en el artículo 160; lo mismo establece el artículo 424 del Código Penal colombiano del 2000⁽⁹¹⁾.

(89) Código Penal italiano

Artículo 329.- “El militar o el agente de la fuerza pública que rehúsa o retardare indebidamente ejecutar un requerimiento hecho por la autoridad competente en la forma establecida por la ley, será castigado con reclusión de hasta dos años”.

(90) Código Penal colombiano de 1980

Artículo 160.- “El agente de la Fuerza Pública que rehúse o demore indebidamente, el apoyo pedido por la Autoridad Competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno a cuatro años”.

(91) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 424.- Omisión de apoyo

“El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad

Los códigos penales, tanto de Argentina (art. 250), Bolivia (art. 155) y Perú (art. 378), utilizan la misma expresión “sin causas justificadas” como elemento normativo del tipo. Estas causas no están referidas necesariamente a las eximentes establecidas en el artículo 20 del Código Penal, sino que también pueden considerarse otras circunstancias no contempladas en la norma acotada, y que perfectamente actúan como causales que justifican la omisión, como, por ejemplo, la falta de elementos materiales para cumplir con el auxilio o apoyo solicitado, la imposibilidad material de hacerlo, la falta de personal, etc.⁽⁹²⁾; cuestiones a considerar en cada caso de manera concreta. Por eso, es importante establecer pautas referentes para establecer qué se debe entender por “causa justificada” o, dicho de otra manera, cuándo estamos ante una omisión de auxilio policial con causa justificada y cuándo sin causa justificada. Establecer el límite de uno u otro no es tarea fácil. Como referentes tenemos el artículo 20 del Código Penal, la existencia de dolo directo por parte del agente, la no exigibilidad de otra conducta, la ciencia y experiencia del juzgador en resolver cada caso concreto, etc.

No basta acudir al artículo 20 del Código Penal para resolver el problema porque estamos ante una causa justificada abierta a una amplia interpretación. Gran problema por resolver porque la “causa justificada” se suele dar en situaciones que, admitidas por el Derecho Penal, eliminan la antijuricidad de un acto que se subsume en los supuestos del tipo en cuestión.

Deben tenerse en consideración determinadas circunstancias en cada caso concreto para establecer responsabilidades, ya que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el monopolio de la coerción o el uso de la fuerza pública lo tienen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, correspondiendo a esta última, de acuerdo al artículo 166 de nuestra Constitución Política, garantizar, mantener y restablecer el orden interno; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; entre otras funciones y atribuciones establecidas por ley. Pero, como la norma penal está referida a la Policía Nacional y no a las Fuerzas Armadas, solo nos referiremos a la primera al abordar el sujeto activo del hecho punible.

competente, en la forma preestablecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

- (92) De igual parecer es Carlos Creus quien sostiene que la doctrina ha reconocido que esta referencia a la justificación no se limita a la vigencia de las causales enunciadas en el artículo 34 del CP, sino que también pueden darse situaciones, no perfectamente encuadradas en ellas, y que igualmente funcionan como justificantes de la conducta: la falta de elementos para prestar el auxilio, la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos de auxilio pueden quedar comprendidos. Ver: Ob. cit., p. 264.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que no todas las causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, etc.) están normadas en el Código Penal; de manera que al contener un elemento normativo el artículo 378 del Código Penal queda al criterio del juzgador hacer un juicio valorativo de las causas justificantes concurrentes.

El legislador peruano ha puesto un límite a la exigibilidad del auxilio policial al conceder a la Policía Nacional, de manera tácita, la facultad de omitir, rehusar o retardar el auxilio solicitado por una autoridad civil competente o de un particular en situación de peligro, cuando considere que tienen causas justificantes para no realizar la conducta de auxilio. Por ejemplo, si dos personas exigen auxilio al mismo tiempo (un adulto y un menor de edad), el policía opta por ofrecer auxilio al menor y deja al adulto. Tiene una causa de justificación de preferir al menor por su condición de ser más vulnerable y encontrarse solo en esta prestación de auxilio.

En realidad, resultan excepcionales los casos concretos en que la Policía Nacional puede denegar el auxilio. En términos generales, consideramos que el requerimiento de auxilio policial debería cumplirse en lo posible como una forma de garantizar la preeminencia del poder civil sobre el poder policial; afirmando, al mismo tiempo, la eficacia oportuna de los actos oficiales que pueden verse afectados, disminuidos o perturbados por estas conductas omisivas pretextando justificaciones.

Además, no cabe al agente policial discutir la formalidad o el fondo del requerimiento formulado por la autoridad civil competente. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 169 de la Carta Fundamental de la República, la Policía Nacional no es deliberante. Está subordinada al poder constitucional. En estas prima el orden jerárquico, la subordinación y la disciplina.

En estos casos, el agente policial sabe que con la omisión del auxilio requerido menoscaba la autoridad civil o perturba los actos oficiales, arrogándose de alguna manera la facultad de decidir, en definitiva, si debe o no y cuándo prestar dicho auxilio; hecho intolerable en una democracia liberal⁽⁹³⁾. Un ejemplo típico lo constituyó el requerimiento de auxilio policial formulado por el exalcalde de Lima, Alberto Andrade, para el desalojo de los ambulantes del centro de la ciudad, el cual fue denegado por la Policía Nacional

(93) En Perú, las instituciones fundamentales vinculadas a la lucha contra la delincuencia precisamente adolecen de suficiente idoneidad moral y profesional para cumplir a cabalidad esta función. La percepción ciudadana sobre estas instituciones es deplorable. La Policía Nacional, los servicios de inteligencia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, etc., son considerados altamente corruptos e ineficaces; por tanto, no gozan de confianza y buena aceptación ciudadana. Esta situación hace improbable y peligrosa toda vinculación estrecha entre sistema penal y político-criminal.

y que recién se hizo efectivo por la presión de la opinión pública nacional. En este caso se alegó causaron justificaciones, pese a las coordinaciones previas del operativo; sin embargo, no hubo denuncia ni de parte ni de oficio, lo cual no estuvo bien porque el exalcalde debió dejar un precedente establecido de no permitir dichos hechos punibles de esta naturaleza.

El tipo (art. 378 del CP), debido al contenido del elemento normativo abierto, no contribuye a la afirmación de la autoridad civil sobre la autoridad policial; motivo por el que, en muchos casos, la autoridad civil pierde primacía y confianza en la ciudadanía que percibe que, en definitiva, la Policía Nacional puede en determinadas ocasiones asumir una actitud intolerable.

La autoridad policial no puede desatender los requerimientos de la autoridad civil. Esta debe tener primacía sobre aquella. La Policía Nacional ha acumulado tal poder que a menudo abusa del mismo; en tal sentido, se hace imperativo que dicha fuerza sea controlada y subordinada al poder civil. No hay democracia o peligra esta, si la policía cuestiona y desacata la orden impartida por la autoridad civil.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL Y DE LOS VERBOS RECTORES

La Policía Nacional, como agente del hecho punible, se ubica en una posición de deber de colaboración frente a la autoridad civil, que tiene facultades, de acuerdo a ley, para solicitar o requerir el auxilio policial.

Esta prestación de colaboración no implica obediencia jerárquica, solo un deber de colaboración o auxilio al cual están obligados los agentes policiales bajo las condiciones establecidas por la ley.

Rojas Vargas afirma: “Señalar que estamos ante un delito de desobediencia, como indica Abanto Vásquez, implicaría partir de la concepción errónea de que los policías guardan (o deben guardar) deber de obediencia a toda autoridad civil competente, lo cual no se concilia con la función de colaboración y ayuda institucional que por mandato constitucional es característica de la Policía Nacional y que este autor reconoce. El criterio de obediencia no es una pauta que pueda servir para fundar la existencia de ese tipo penal”⁽⁹⁴⁾.

Juan Portocarrero parece sugerir la condición de un delito de desobediencia, al sostener que: “El requerimiento no debe entenderse como un simple

(94) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 176.

pedido, sino como una orden o intimidación que el policía está en la obligación de cumplir sin necesidad de indagar la justicia intrínseca del pedido”⁽⁹⁵⁾. Entendemos estas y otras posturas en el entendido de querer reforzar la primacía de la autoridad civil sobre la policial, pero, en todo caso, debe partirse por sugerir la reforma del artículo 378 del Código Penal y no forzar artificialmente la interpretación del tipo porque se desnaturaliza su verdadera naturaleza jurídica.

Nótese que el vocablo “colaborar” implica prestar auxilio, asistencia, etc., de manera voluntaria. La colaboración es voluntaria u optativa; nunca, obligatoria. En tal sentido, si se obliga a prestarla, deja de ser colaboración para convertirse en una orden imperativa. En tal sentido, podría modificarse el tipo y colocar “está obligado a prestar auxilio” en lugar de “colaborar”.

La autoridad civil competente (juez, fiscal, alcalde, presidente del gobierno regional, etc.), en este caso, no ordena, sino que requiere legalmente la prestación de un auxilio o apoyo policial; por tanto, requerir no es ordenar, sino solicitar. Se desobedece a una orden y se omite una obligación.

Ahora bien, el tipo contiene tres verbos rectores: “rehusar”, “omitir” y “retardar”, para denotar las conductas omisivas de reproche que el legislador consideró como ilícito penal y un elemento normativo sujeto a valoración jurídica del juzgador que se traduce en la expresión “sin causa justificada”, que sigue a los vocablos mencionados. Los conceptos de los verbos rectores son los mismos que hemos empleado en el comentario del artículo 377 del Código Penal (abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función), al que nos remitimos.

El artículo 378 del Código Penal admite una figura básica y dos agravadas (no contemplada en el art. 341 del CP de 1924), esta última admite dos elementos objetivos concurrentes que lo diferencian del tipo básico: “El auxilio requerido por el particular” y la “situación de peligro en que se encuentre este”; del mismo modo, esta condición se hace extensiva cuando la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o a un caso de violencia familiar.

La omisión dolosa consiste en rehusar, omitir o retardar “sin causa justificada” la prestación de un auxilio legalmente requerida por la autoridad civil competente, en el caso de la figura básica. Las agravantes concurren en el caso de que el rehusamiento, omisión o retardo funcional se den en un contexto en el que un particular se encuentre en situación de peligro o en el contexto de una solicitud de garantías personales de violencia familiar. En

(95) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., pp. 116 y 117.

estos casos, el elemento normativo “sin causa justificada” resulta de muy discutible alegación en el caso de los supuestos agravados.

El tipo utiliza el vocablo genérico “policía” para indicar al efectivo policial de cualquier grado dentro de la jerarquía institucional, es decir, desde el simple efectivo hasta el director general de la Policía Nacional. Cuando un policía de cualquier grado, oficial o técnico omite, rehúsa o retarda un auxilio requerido por autoridad civil competente, infringe su deber jurídico, que le exige colaborar activamente ante las exigencias de la organización social.

El policía omite en tal caso obrar de la manera determinada que le está impuesta jurídicamente, y ello constituye una conducta contraria al Derecho, que menoscaba la preeminencia del poder civil sobre el poder policial, perturbando así el regular funcionamiento de la Administración Pública.

De acuerdo al artículo 166 de la Constitución Política, la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, entre otras funciones establecidas por la ley. Es el mandato constitucional asignado a la Policía Nacional en el que se sustenta el tipo penal en cuestión.

Asimismo, de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, la Policía Nacional tiene el monopolio del uso de la fuerza pública y de coerción sobre las personas y sobre las cosas, de manera que esta condición especialísima de poder real hace imperiosa la necesidad de establecer solo “causas justificantes” fundadas expresamente en la ley, y no en un elemento normativo abierto, sujeto a valoración jurídica por el juez. El policía no puede ni debe eximirse de cumplir con su deber por cualquier pretexto que se disfraza de causas de justificación.

En suma, estamos ante un delito especial cualificado por el sujeto activo (solo puede ser el policía) que contempla supuestos bastante amplios (el tipo penal es menos taxativo que su antecedente más cercano, el artículo 341 del CP de 1924). Como hemos anotado, en realidad, lo que se sanciona es el incumplimiento del deber de policía, que está obligado a prestar colaboración ante el requerimiento de la autoridad civil. El policía, pese a tener el poder de actuar, hace caso omiso, se rehúsa o retarda el requerimiento de la autoridad civil.

III. EL ELEMENTO NORMATIVO “SIN CAUSA JUSTIFICADA”

El término “sin causa justificada” o sin justificación que emplea el legislador en el tipo descrito en el artículo 378 del Código Penal constituye un elemento normativo, que debe estar sujeto a una valoración jurídica por parte del juzgador, la cual no puede ser arbitraria o subjetiva, sino tomando en consideración los diversos referentes concurrentes en el caso concreto. Guillermo Cabanellas definía a la causa de justificación como la “norma o hecho que legitima la conducta –excusa– en el Derecho Penal”⁽⁹⁶⁾.

Para la doctrina penal, las causas justificantes están referidas a aquellas circunstancias que concurren en la realización del hecho ilícito, que le quitan el carácter de ilícito, en determinados casos, y que están precisadas por la ley como, por ejemplo, aquellas causas de justificación prescritas en el artículo 20 del Código Penal. Sin embargo, la expresión “sin causa justificada”, que sigue a los verbos rectores del tipo en comentario, tienen una característica especial: no se agota en las causas de justificación establecidas en el artículo 20 del CP, ni está referida exclusivamente a ellas, sino que tiene una connotación más genérica e indeterminada en su interpretación, fuera de lo que expresamente señala dicho precepto.

¿Hasta qué punto el agente puede invocar causas de justificación que lo eximan de responsabilidad tratándose de los supuestos contemplados en el tipo agravado?, ¿qué situaciones constituyen causas justificantes?, ¿al policía por su formación profesional le es exigible hasta el heroísmo en el cumplimiento de su deber?

Podrá el agente alegar “causas de justificación” para omitir, rechazar o dilatar un requerimiento de auxilio policial solicitado por un particular en una situación de peligro, en los casos especialísimos, por imposibilidad material, no en la generalidad de los casos porque al policía le es exigible actuar en su auxilio, en razón de su formación y disciplina.

Suele suceder, a veces, que el jefe de una comisaría por tener que realizar otros servicios urgentes, se encuentra en la imposibilidad material de cumplir a tiempo, en parte o en todo, un requerimiento de auxilio solicitado por autoridad civil competente. En ese caso, de inmediato debe hacer conocer a la autoridad solicitante la imposibilidad de atenderla y hacer las coordinaciones pertinentes para superar dicha situación, entendiéndose que dicha imposibilidad es de carácter temporal, no definitiva. Estos procedimientos

(96) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I. Arayú, Buenos Aires, 1953, p. 364.

son usuales y están basados en la costumbre administrativa, en cuyo caso el comportamiento carecerá de relevancia penal.

IV. EL REQUERIMIENTO DE AUXILIO

La facultad otorgada normativamente a la autoridad civil es para requerir el apoyo o auxilio policial; dicho de otra manera, esta autoridad civil tiene la potestad, de acuerdo a ley, para requerir legalmente apoyo policial. Este requerimiento formal, sin embargo, no genera una relación de dependencia ni de jerarquía entre la autoridad civil requirente de apoyo y la autoridad policial; solo genera en este último la obligación de colaborar o prestar el auxilio solicitado.

Para la configuración del tipo, la norma exige también un requerimiento previo de auxilio policial. Este puede ser verbal o escrito, pero debe guardar cierta formalidad. No tiene una connotación de apercibimiento o de exigibilidad. Como bien refiere Juan Portocarrero: “La ley exige el cumplimiento de dos requisitos: que el requerimiento sea legal, y hecho por autoridad competente; el primero se refiere a una exigencia jurídicamente posible y realizada de acuerdo a lo establecido por la ley; el segundo supone que la autoridad civil requirente debe tener facultad para hacerlo”⁽⁹⁷⁾. O más exactamente, como refiere Abanto Vásquez: “Este requisito es el que equivale a la situación típica del delito de omisión. Hay dos características lógicas del requerimiento: que sea legalmente correcto y que sea exigible”⁽⁹⁸⁾.

No todas las autoridades civiles tienen atribuciones o competencia para requerir o solicitar el auxilio de la Policía Nacional, de allí que la expresión del “requerimiento legal”, que contiene el tipo, debe entenderse en el sentido de la atribución que por ley expresa se concede a la autoridad civil para requerir en los términos antes señalado. Por ejemplo, el alcalde provincial tiene la facultad de requerir el apoyo o auxilio policial para hacer cumplir sus disposiciones de acuerdo con su ley orgánica; también los presidentes de la comisiones del Congreso de acuerdo al artículo 88, párrafo d), del Reglamento del Congreso de las República, etc.

Por ende, no compartimos la opinión de Soler, quien sostiene: “El hecho del requerimiento reviste el carácter de una orden, por el cual este tiene también semejanza con la resistencia, como desobediencia calificada. La diferencia se basa en que en este caso el contenido de la orden consiste en prestar el auxilio para la ejecución de una medida legal tomada por la autoridad

(97) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 117.

(98) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 203.

civil, de manera que, además de la desobediencia ya en sí punible, se pone en riesgo de frustrar un acto de autoridad”⁽⁹⁹⁾.

Consideramos que, en términos generales, no cabe al agente discutir la formalidad o el fondo del requerimiento formulado por la autoridad civil porque no tienen la facultad de discutir la legalidad sustancial del requerimiento de una autoridad civil competente. Si en la formación y preparación militar y policial rige el principio de que las órdenes se acatan sin dudas ni murmuraciones, el requerimiento de auxilio policial debe acatarse sin duda como una forma de garantizar la preeminencia del poder civil sobre el poder policial y de garantizar la eficacia oportuna de los actos oficiales.

Manzini, al comentar el artículo 329 del Código Penal italiano (negativa o retardo en la intervención de las Fuerzas Armadas o de la fuerza pública), en sus antecedentes refería: “El Código Penal de 1889 usaba la expresión requerimiento legalmente hecho por la autoridad competente. El Código vigente ha preferido con razón decir: requerimiento hecho en la forma establecida por la ley (...) Se adoptó el inciso: ‘en las formas establecidas por la ley’ para no engendrar la duda de que el militar o el agente de la fuerza pública, tenga la facultad de discutir la legalidad sustancial del requerimiento. Ya en el curso de los Proyectos que prepararon el Código de 1889, la Segunda Comisión (1869), había suprimido la frase: ‘legalmente hecho’, ya que ella podía dar fácilmente lugar al concepto erróneo de que los agentes de la fuerza pública tuvieran el derecho a negarse, cuando no conceptuasen legalmente hecho el requerimiento o pudieran, por tanto, discutir su legalidad, lo cual reduciría sin más la autoridad pública a la impotencia”⁽¹⁰⁰⁾.

V. LA FORMA AGRAVADA DEL TIPO BÁSICO

El artículo 378 del Código Penal admite un tipo básico y dos formas agravadas; en estas dos últimas se hace extensivo el elemento normativo “sin causa justificada”, pero se diferencia de la figura básica por nuevos elementos de naturaleza objetiva: por un lado, “el auxilio solicitado por un particular” y “la situación de peligro en que se encuentre este”; y, por otro lado, “si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar”.

El requerimiento de auxilio policial por el particular debe entenderse como un pedido urgente sin formalidad alguna, dada la situación especial de peligro en que se encuentre el particular.

(99) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 145.

(100) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 8. Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 389.

La expresión “en situación de peligro” está referida a lo inminente y actual de la situación que puede afectar la integridad física del particular o su vida. La frase “si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro” debe entenderse referida a un peligro a la integridad física o mental, a la vida, a la libertad sexual, etc. El auxilio solicitado por el particular en estas condiciones no puede ser denegado.

No corresponde a la Policía determinar cuándo un particular se encuentra en peligro o no; su deber es asistir o auxiliar sin pretexto alguno, ante el solo requerimiento, en el cumplimiento de su deber.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el normal desarrollo de la Administración Pública que no puede verse perturbado en sus actos oficiales por la omisión, rehusamiento o retardo doloso del agente policial. Se protege también la eficacia oportuna de los actos de la autoridad civil.

VII. EL SUJETO ACTIVO

Es el policía de cualquier grado que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad civil competente o de un particular en situación de peligro.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado, en ambas figuras (básica y agravada); puede ser agraviado el particular que se encuentra en situación de peligro en las condiciones descritas en los supuestos agravados.

IX. LA PENA APLICABLE

La pena prescrita en el artículo 378 del Código Penal en su figura básica es benigna en relación a lo establecido en el artículo 371 del Código Penal (donde el sujeto activo es un testigo que se niega a colaborar con la justicia). Solo se sanciona al agente policial con una pena privativa no mayor de dos años en los supuestos del tipo básico. En el caso de los supuestos agravados, la pena a aplicar es no menor a dos ni mayor de cuatro años.

Los policías por la investidura y las prerrogativas de las cuales gozan, son agentes privilegiados, siendo, por tanto, mayor la responsabilidad que tienen por sus actos. Por ende, el mayor contenido de injusto que entraña este delito, requiere de una penalidad mayor, como una forma de evitar estas prácticas reprochables muy usuales en nuestro país.

Toda omisión de auxilio por parte de la Policía afecta considerablemente el acto de la autoridad civil, siendo más grave el daño que arroga al normal y correcto desarrollo de la Administración Pública y a la eficacia de los actos oficiales. En tal sentido, consideramos imperativo, por razones de política criminal, incrementar la pena privativa de libertad y la de inhabilitación, a fin de consolidar el Estado de derecho y la autoridad civil sobre la policial.

El artículo 341 del Código Penal derogado de 1924 reprimía esta conducta con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena. El Código Penal de Colombia del 2000 en su artículo 424 sanciona la omisión de apoyo policial con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

El legislador peruano se ha caracterizado por tipificar los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública, de la manera más detallista y extensiva posible y con las penas más drásticas en la mayoría de los tipos, pero incomprensiblemente sanciona esta omisión dolosa con pena muy benigna, pese a la gravedad del hecho y a la calidad especial del agente.

X. EL INJUSTO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Italia

Artículo 329.- “El militar o el agente de la fuerza pública que rehúsa o retarde indebidamente ejecutar un requerimiento hecho por la autoridad competente en la forma establecida por la ley será castigado con reclusión de hasta dos años”.

Código Penal de Guatemala

Artículo 421.- “El jefe o agente de policía o de cualquier fuerza pública de seguridad, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente, será sancionado con prisión de uno a tres años”.

Código Penal de Portugal

Artículo 431.- “El funcionario que, habiendo recibido requisitoria legal de autoridad competente, para prestar la debida cooperación a la administración de justicia o a cualquier servicio público, se negare a prestarla, o sin motivo legítimo no la prestare, será penado con prisión de dos meses a 1 año”.

Capítulo VI

Requerimiento indebido de la fuerza pública

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 años”.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 397 del Código Penal tiene como fuente inmediata al artículo 342 del Código Penal derogado de 1924⁽¹⁰¹⁾; a su vez, este tuvo como fuente directa al artículo 251 del Código Penal argentino de 1921⁽¹⁰²⁾; normas que mantienen bastante similitud en cuanto a su redacción y contenidos. Es una figura penal relativamente nueva en la legislación nacional; no fue contemplada por el Código Penal peruano de 1863.

El legislador peruano tomó como modelo, en la configuración del tipo penal, la legislación penal argentina. Sería inconsistente no tomar en consideración dicha fuente, así como desdeñar las particularidades que tiene en nuestro país. Esta influencia y las nuevas ideas sobre las conductas reprochables hacen imperativa la revisión de los términos y conceptos empleados en la configuración del tipo.

(101) Código Penal derogado de 1924

Artículo 342.- “El funcionario público que requiriese la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencia o de mandato judicial, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

(102) Código Penal argentino

Artículo 251.- “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiera la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales”.

Esta curiosa construcción legislativa resulta prosaica porque parte de una presunción fáctica: las Fuerzas Policiales o Fuerzas Armadas (fuerzas públicas) puedan ser utilizadas o manipuladas indebidamente por una autoridad civil o militar para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de otra autoridad. Eso puede suceder tratándose de las dictaduras o gobiernos autoritarios, pero no en gobiernos democráticos. No entendemos cómo un hecho punible que implica un grave atentado al Estado constitucional de derecho se reprima con penas tan benignas.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL HECHO ILÍCITO

Es un delito que se comete con dolo directo y de acción finalista. No necesariamente requiere de un resultado para que se configure el tipo, basta el requerimiento cierto y comunicado a la autoridad policial. Ese solo hecho pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, es un delito de mera actividad. Siendo esto así, excepcionalmente, puede admitirse la tentativa, poco probable pero no imposible. Por ejemplo, redactar por escrito el requerimiento de la asistencia de la fuerza pública con las formalidades de ley, para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, sin haber entregado aún dicho requerimiento a la fuerza pública encargada del auxilio o apoyo policial; o el servidor público que no cumple con transmitir dicho requerimiento por considerarlo ilegal.

En el *iter criminis*, el agente realiza una serie de actos antes y durante la realización del hecho punible que tienen relevancia o connotación penal. La conducta, en estas etapas de realización del delito, puede verse frustrada por acciones de terceros o por desistimiento del agente, lo cual implica establecer que este injusto penal admite tentativa. Es verdad que, en la tentativa, el tipo objetivo no está completo, pero tiene relevancia penal de acuerdo con el artículo 16⁽¹⁰³⁾ del Código Penal.

No todos los autores nacionales admiten la tentativa en este delito; por ejemplo, Portocarrero no admite tal posibilidad: “El delito se consuma con el solo requerimiento, es suficiente eso, con el fin de oponerse a la ejecución del mandato. Se trata de un delito de peligro que no necesita el efectivo auxilio de la fuerza pública ni respuesta al requerimiento, menos la frustración

(103) Código Penal

Artículo 16.- “Con la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

de la ejecución del mandato legal o judicial. No es admisible la tentativa”⁽¹⁰⁴⁾. Tampoco la admite Abanto Vásquez⁽¹⁰⁵⁾.

En cambio, para Fidel Rojas, la tentativa es posible. Considera que el tipo es un delito de peligro y de simple actividad, pues “no necesita para su consumación que se produzca necesariamente el resultado buscado por el infractor. Basta que el requerimiento llegue a conocimiento de la entidad solicitada”; para luego agregar: “La tentativa es posible en la medida que la orden que contiene el requerimiento aún no sea conocida plenamente por parte de la fuerza pública”⁽¹⁰⁶⁾.

Lo que resulta difícil cuestionar es la acción dolosa finalista del agente que no se agota en el simple requerimiento para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial. El requerir fuera de la finalidad descrita es atípico. Por otro lado, requerir sin tener facultad para ello es usurpación de funciones públicas.

Ahora bien, es posible admitir en el tipo la instigación, la coautoría y la complicidad. Traería serias dificultades establecer la complicidad si partimos en reconocer que el tipo se consuma con el solo requerimiento; la complicidad de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal, solo es prestar auxilio dolosamente para la realización del hecho punible.

Por ejemplo, el policía nacional que presta apoyo requerido por la autoridad civil competente, a sabiendas de que dicho requerimiento es para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial.

El verbo rector en el tipo es el vocablo “requerir” que, como concepto jurídico, tiene una acepción bastante amplia que abarca desde la simple solicitud o pedido hasta la intimidación, bajo apercibimiento de denuncia. El contenido esencial del tipo está referido a la exigencia maliciosa que se hace de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandatos judiciales. El requerimiento malicioso es la condición o exigencia necesaria para la configuración del tipo.

(104) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 122.

(105) Este autor sostiene siguiendo a Carlos Creus: “Para la consumación del delito basta con el requerimiento; no se necesita siquiera que este sea tomado en cuenta y menos que se haya frustrado el acto al que se quiere oponer; aunque sí que el requerimiento sea formal e imperativo. Por lo tanto, no es posible la tentativa. Si el requerimiento todavía no ha sido hecho o no se ha cumplido las formalidades, solamente hay actos preparatorios impunes”. Ver: Ob. cit., p. 212.

(106) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 193-194.

Es un delito de dolo directo; consiste en requerir la asistencia o ayuda de la fuerza pública, entendiéndose como tal a la Policía Nacional, que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, tiene casi el monopolio del uso de la fuerza pública y la coerción sobre las personas y sobre las cosas, todo ello a efectos de oponerse a la ejecución que se describe en el tipo en comentario.

Al funcionario público no le está permitido solicitar o requerir el auxilio de la Policía Nacional como un medio para oponerse a las órdenes o ejecuciones o disposiciones legales de la autoridad. El legislador no ha señalado expresamente a qué autoridad se refiere, pero debe entenderse que se hace referencia a toda autoridad civil que tiene facultades, de acuerdo a ley, para dictar disposiciones u órdenes legales. Por ejemplo, el alcalde, prefecto, ministro de Estado, presidente de comisión del Congreso, etc. Tampoco le está permitido al funcionario oponerse a la ejecución de sentencia o mandato judicial.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, las únicas autoridades que dictan sentencia o mandatos judiciales son los magistrados (juez de paz letrado, jueces especializados, jueces superiores y supremos).

III. EL REQUERIMIENTO DE ASISTENCIA DE LA FUERZA PÚBLICA PARA Oponerse A LA EJECUCIÓN DE MANDATO LEGAL O JUDICIAL

La expresión “el funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse la ejecución de disposiciones u órdenes”, que ha empleado el legislador en la configuración del tipo, trae consigo un serio problema de interpretación para su aplicación práctica. Los juristas argentinos así lo entendieron y llegaron a conclusiones divergentes.

Carlos Creus sostiene, por ejemplo, que “no es indispensable que el acto se encuentre en vía de ejecución –como lo pretende alguna doctrina–, porque la acción no es la de resistir, sino la de requerir, por lo cual nada obsta a que el requerimiento se formule para oponerse a un acto que va a realizarse, pero que todavía no comenzó ejecutivamente”⁽¹⁰⁷⁾. Por su lado, Ricardo Núñez considera que: “El requerimiento es para favorecer o ayudar al funcionario a resistir de hecho al cumplimiento de lo dispuesto u ordenado”⁽¹⁰⁸⁾.

Para Sebastián Soler, el hecho consiste en requerir la asistencia de la fuerza, esto es, en el simple hecho de pedirla y *a posteriori* consistirá en mandarla

(107) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 267.

(108) NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VII. Lerner Editora, Córdoba, 2008, p. 82.

directamente a resistir. No se requiere que la resistencia u oposición violenta se haya efectivamente producido⁽¹⁰⁹⁾.

El artículo 251 del Código Penal argentino, que sirvió de fuente mediata al artículo 342 del Código Penal peruano derogado de 1924 y al artículo 379 del vigente Código Penal de 1991, proviene del proyecto del Código Penal argentino de 1891, teniendo una relación evidente con el atentado y resistencia, del cual se constituyó una figura especialmente calificada, pero no por ello abandona su característica especial. También lo fue el Código Penal de Holanda de 1896 que tipificaba el lícito penal en su artículo 358, con el siguiente texto: “Se castigará con seis años de prisión a lo sumo, al funcionario que con intención requiera el auxilio de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones legales, de órdenes de la autoridad pública o de sentencias o mandatos de la autoridad judicial”⁽¹¹⁰⁾.

Las inquietudes en la interpretación del tipo son propias también de los juristas peruanos. Ángel Gustavo Cornejo sostenía, al comentar el artículo 342 del Código Penal derogado: “En qué sentido se emplea el texto legal de la palabra requerir, en el de intimidar, avisar o hacer saber que se va hacer emplear la fuerza con la autoridad de que esta investido en razón de la función pública que se desempeña, para obstaculizar la ejecución de las disposiciones u órdenes legales de otra autoridad o de una sentencia o mandato judicial. O en el de la simple solicitud de la fuerza pública para realizar el propósito delictuoso. Parece obvio que es en el primer sentido, que el legislador hace uso del verbo requerir”⁽¹¹¹⁾.

El legislador peruano no ha pretendido proteger a la Policía Nacional de un requerimiento malicioso hecho por una autoridad civil con la finalidad descrita en el tipo, sino proteger el normal desarrollo de la Administración Pública, que puede verse menoscabada en su eficacia y oportunidad desde el instante en que las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o la ejecución de sentencias o mandatos judiciales son impedidos o estorbados por una acción de fuerza de los propios funcionarios públicos.

El texto del tipo contempla un propósito, intención o finalidad del agente, y esta acción final es la de oponerse a la ejecución, requiriendo el auxilio o ayuda de la Policía Nacional, la cual puede traducirse con su sola presencia o en la eventual actuación conforme a las circunstancias.

(109) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 146.

(110) *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*. Tomo VI. Instituciones y Código de Holanda, Madrid, 1890, p. 691.

(111) CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob. cit., p. 119.

El empleo del término “para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial”, denota el inicio de la ejecución o del cumplimiento de lo ordenado, a los que el agente se opone empleando o pretendiendo emplear el uso de la fuerza pública, de manera que no basta el simple requerimiento.

Es poco probable que un funcionario público, facultado por ley para requerir el auxilio policial, exprese su intención maliciosa (de oponerse, en los términos descritos en el tipo) verbalmente o por escrito, porque sencillamente la Policía Nacional le negaría apoyo por hallar en ello una causa de justificación, dada la ilicitud de lo solicitado (art. 378 del CP) y bien podría denunciar el hecho como tentativa del delito de requerimiento malicioso.

Sostener que el hecho ilícito se configura con el solo requerimiento es sostener que el tipo en comentario no sanciona la oposición a las órdenes legales de la autoridad o ejecución de sentencias o mandato judicial, sino el medio empleado en sí, es decir, el requerimiento, lo cual resulta bastante discutible.

Queda claro que el requerir el auxilio de la Policía Nacional constituye el medio y no el fin de la acción dolosa; y la expresión que utiliza el legislador peruano en el tipo “para oponerse a la ejecución”, está referido al elemento material de la resistencia (solo se resiste lo que se halla en vía de ejecución).

En suma, se trata de una oposición o resistencia indebida del agente que, utilizando el concurso de la Policía Nacional, se opone a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandatos judiciales. El legislador ha restringido a uno solo (el uso de la fuerza pública) el medio con el que se comete el hecho ilícito. Usar otros medios, por más violentos que estos sean, para oponerse a la ejecución, es una conducta que no cuadra en el tipo en comentario (art. 379 del CP), pero podría constituir el delito de violencia y resistencia a la autoridad tipificada como tal en el artículo 365 del Código Penal.

En suma, la norma penal tiene una connotación de relación fin-medio, que expresamente fija al requerimiento de 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.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el normal desarrollo de la Administración Pública, que se ve lesionado, perturbado o menoscabado en su eficacia por los propios funcionarios públicos que requieren maliciosamente 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.

V. EL SUJETO ACTIVO

Es el funcionario público que tiene facultad de acuerdo a ley para requerir el auxilio de la fuerza pública. El tipo no comprende como sujetos activos a los militares ni a los propios policías, tampoco a los servidores públicos.

VI. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado.

VII. LA PENA APLICABLE

La pena es privativa de libertad no mayor de tres años, más la de inhabilitación accesoria prescrita en el artículo 39 del Código Penal. Curiosamente, no hemos encontrado ninguna jurisprudencia que haya sido resuelta por los tribunales de nuestro país; sin embargo, casos de esta naturaleza eran muy comunes durante el periodo del gobierno del expresidente Alberto Fujimori.

Capítulo VII

Abandono del cargo por funcionario público

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”.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo descrito en el artículo 380 del Código Penal tiene como fuente al artículo 252⁽¹¹²⁾ del Código Penal argentino y básicamente al artículo 156⁽¹¹³⁾ del Código Penal boliviano de 1972. En nuestro medio, no existe antecedente legislativo próximo, es decir, esta figura penal no fue contemplada en el Código Penal derogado de 1924, pero, de alguna manera, es posible establecer

(112) Código Penal argentino

Artículo 252.- “Será reprimido con multa de diez mil a trescientos mil pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia a su destino, lo abandonare con daño del servicio público, será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el que incitare al abandono colectivo del trabajo de funcionarios públicos”.

(113) Código Penal boliviano

Artículo 156.- (Abandono de cargo). “El funcionario o empleado público que, con daño del servicio público, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de este, será sancionado con multa de treinta días.

El que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, incurrirá en reclusión de un mes a un año y multa de treinta a sesenta días”.

Concordancias: c. p. 22-130-165.

Nótese la gran similitud en la redacción con el artículo 380 del Código Penal peruano lo que nos hace suponer que el legislador lo tomó como modelo.

como antecedente lejano del primer supuesto del tipo penal en comentario, el artículo 168⁽¹¹⁴⁾ del viejo Código Penal de 1863.

Esta figura penal, muy discutible, lamentablemente, aún se halla contemplada en la mayoría de los países de América Latina como un hecho punible a pesar que, de su propia configuración, se desprende un contenido más propio de una falta administrativa que a un ilícito penal.

Así, por ejemplo, lo contempla el artículo 165 del Código Penal de Uruguay, el artículo 323 del Código Penal brasileño, el artículo 216 del Código Penal mexicano, el artículo 415-A del Código Penal cubano, el artículo 340 del Código Penal italiano, el artículo 126 del Código Penal de Francia, entre otros, en la legislación comparada.

En la legislación argentina, el tipo contenía dos figuras básicas: “abandono de destino o cargo” con daño al servicio público y la “incitación al abandono colectivo del trabajo”, habiendo el legislador despenalizado esta última conducta; de manera que el Código Penal argentino (art. 252) solo reprime el primer supuesto. Sin embargo, como un ejercicio teórico para comprender el artículo 380 de Código Penal peruano haremos una breve referencia de los dos supuestos (el vigente y el derogado) del artículo 252 de la legislación penal argentina.

La figura prevista en el primer párrafo del artículo 250 del Código Penal argentino es de origen español y el segundo párrafo tuvo como fuente al proyecto del Código Penal argentino de 1960 (art. 336). En efecto, en la nota del artículo 326 del proyecto de 1960, se dice: “el ámbito de las funciones públicas que por su naturaleza son incompatibles con el abandono colectivo de ellas, requería la remodelación del artículo 252 del Código vigente y la inclusión de la segunda parte del texto”⁽¹¹⁵⁾ y luego “en la exposición de motivos de 1968 se aclara que se reprime la incitación del abandono colectivo del trabajo a funcionarios públicos. No se castiga a quienes realizan una huelga, sino a los incitadores a diferencia de lo que se establece en otros códigos”⁽¹¹⁶⁾.

Como se puede apreciar, la penalización de la incitación del abandono colectivo del trabajo responde a una concepción que se tenía del derecho a la

(114) Código Penal peruano de 1863

Artículo 180.- “El que sin motivo legal abandonare el empleo o cargo que ejerce será condenado a inhabilitación en primer grado y a la devolución de los sueldos o emolumentos que hubiere percibido durante el abandono”. De manera que no es tan cierta aquella afirmación absoluta de algunos autores peruanos al sostener que no existe antecedente legislativo del tipo penal.

(115) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 272.

(116) Ídem.

huelga; para el legislador argentino la extensión del derecho de huelga constituía un abuso al ámbito de los funcionarios públicos, ya que, según ellos, por su naturaleza son incompatibles con el abandono colectivo de ellas. Concepción muy discutible y de opiniones radicalmente encontradas que motivaron que posteriormente se suprimiera o se despenalizara dicha conducta. Al respecto, Soler señala: “La huelga, medio ilícito extremo de procuras mejoras en las condiciones de trabajo y en su remuneración, ha sido empleada como medio político hasta el punto de constituir uno de los más eficaces instrumentos de demagogia política. Una de las maneras que con más claridad pone de manifiesto ese aspecto es la huelga de funcionarios y empleados públicos. La huelga en efecto, tiende a doblegar una voluntad, y con ello hacer aceptar una conducta que, aun cuando, impuesta, puede ser lícitamente asumida por el coacto. Basta esa consideración para advertir cuán extraño resulta que funcionarios públicos adopten ese procedimiento para exigir aumentos de sueldos como si dependieran de un patrón más, facultado como cualquier otro para cambiar por intimidación el presupuesto de gastos de hoy para mañana. La huelga de empleados y funcionarios públicos no va dirigida contra el Estado, ciertamente no intimidable, sino contra determinados funcionarios es decir lleva como necesidad un contenido político que en los demás casos puede no haberse presente”⁽¹¹⁷⁾.

Comentarios muy elocuentes, pero que no compartimos por no responder a nuestra realidad constitucional.

Estas viejas concepciones fueron superadas en Argentina, derogándose este segundo supuesto. No sucedió lo propio con el artículo 156 del Código Penal boliviano y el artículo 380 del Código Penal peruano.

En el caso peruano, cuando se promulga y entra en vigencia el Código Penal de 1991 se encontraba vigente la Constitución Política de 1979, que en su artículo 61 reconoció los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos, que no eran aplicables a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñaban cargos de confianza, ni a los miembros de las Fuerzas Armadas ni policiales.

La Constitución Política no podía dejar de reconocer este derecho a organizaciones muy fuertes en ese entonces, como el Sutep, CITE, etc., que se declaraban periódicamente en huelga. Situación fáctica que motivó que Chirinos Soto, con el pragmatismo que lo caracterizaba, sostuviera que: “Es preferible que exista *de iure* lo que, irremediablemente, ya existe *de facto*.

(117) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 148.

Lo contrario equivale a ocultar, como el avestruz, la cabeza debajo de la tierra”⁽¹¹⁸⁾. A ello se agrega que la Asamblea Constituyente había ratificado la décimo séptima disposición transitoria del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce los mismos derechos a los funcionarios o servidores públicos.

La limitación establecida estaba referida solo a los funcionarios con poder de decisión y a los de confianza. Por ejemplo, es inadmisibles una huelga de jueces o policías.

El artículo 42 de la actual Constitución Política del Estado es una transcripción literal del artículo 61 de la Constitución derogada de 1979, siendo, por tanto, un legítimo derecho del funcionario o servidor público el de sindicalizarse y hacer uso del derecho de la huelga.

El legislador peruano, reconociendo el derecho a la huelga y de sindicalización, pretendió mediatizar dicho ejercicio recurriendo de manera artificiosa a sancionar o penalizar la conducta del funcionario o servidor público que incita el abandono colectivo del trabajo.

Incitar equivale a promover, impulsar. La expresión “abandono colectivo del trabajo” que emplea el legislador en el artículo 380 del Código Penal peruano está referida a la huelga o paro, de manera que se ha considerado como un hecho ilícito la incitación a la huelga. Obviamente que quienes promueven o incitan a la huelga son los funcionarios o servidores públicos que tienen cargos directivos y los más activistas del movimiento sindical; el legislador ha buscado en el tipo reprimir a los dirigentes y activistas que promueven la huelga.

Su penalización refleja el temor y la intolerancia al ejercicio pleno de un derecho, actitud impropia en un Estado constitucional de Derecho.

Sostener que no se reprime la huelga en sí misma, sino al que los incita, no deja de ser una frase tautológica, alejada del hecho práctico, cuando no un sofisma sin contenido real. No se concibe una huelga o paro victorioso sin motivaciones o incentivos antes, durante y después de este ejercicio constitucional. Otra cosa es diferenciar dos conductas: la de incitar y la de obligar, esta última sí es reprochable desde todo punto de vista, mas no la primera.

Curiosamente lo que el legislador argentino derogó del segundo párrafo como figura especial agregada al artículo 252 de su Código Penal, el legislador peruano y el boliviano lo recogen como una figura “novedosa”.

(118) CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución Política al alcance de todos*. 3ª edición. AFA Editores, Lima, 1984, p. 78.

El Código Penal peruano de 1924 no contempló el primer supuesto, tampoco el segundo; pero sí hallamos un antecedente lejano de la figura básica en el artículo 180 del viejo Código Penal peruano de 1863; recordemos que muchos códigos contemporáneos de la época lo tipificaban como un hecho ilícito, sobre todo el Código Penal italiano de claro contenido fascista.

En efecto, el artículo 180 del Código Penal de 1863 solo tipificó como un hecho ilícito la conducta del funcionario que, sin motivo legal, abandonar el empleo o cargo público que ejerce de manera individual.

La ley penal debe adaptarse a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotando de protección penal a los derechos fundamentales; no mediatizando ni limitando su ejercicio real con la penalización de la incitación. Los derechos se ejercen libremente y ninguna autoridad puede limitarlos o mediatizarlos; de lo contrario dicho derecho se convierte en irreal. Precisamos que una cosa es incitar al paro o a la huelga y otra, la de obligar a participar en la misma. Esta última conducta sí debe penalizarse como una figura especial, por ser reprochable y no recurrir a configuraciones ilícitas artificiosas como una forma de negar el ejercicio real de un derecho constitucional.

Ahora bien, en relación al tipo básico contemplado en el artículo 380 del Código Penal peruano, expresado en la frase: “El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo”, no hace sino señalar una conducta que se desprende de un contenido más propio de una falta administrativa que de un ilícito penal.

Sin embargo, como supuesto genérico, con un elemento normativo empleado por el legislador (“cesado legalmente”) y la exigencia del daño, no hace distinciones del mayor o menor contenido del injusto en relación con abandonos maliciosos del cargo en áreas vitales como la de salud, seguridad nacional, etc.; o en relación con el elevado cargo de los funcionarios públicos del más nivel de la Administración Pública, como fue el caso del abandono del cargo por parte del expresidente Fujimori, quien maliciosamente abandonó su cargo para luego renunciar por fax.

Naturalmente, el elemento normativo “cesar legalmente” implica que no se puede hacer abandono de un cargo sin que previamente no se cumplan con las formalidades que el caso exige. Por ejemplo, en el caso de una renuncia, para dejar el cargo se requiere que la misma sea aceptada; hecho que no del todo soluciona este problema porque, ¿hasta qué punto la no aceptación de la renuncia puede implicar obligar al funcionario o servidor público seguir trabajando contra su voluntad?, o ¿por cuánto tiempo debe seguir en

el cargo si los llamados a aceptar la renuncia demoran en demasía en tomar una decisión? Un claro ejemplo, de cómo pueden darse situaciones injustas; es el caso que a continuación detallamos:

En la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 792-2005-MP-FN de fecha 13 de abril del 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 16 de abril del 2005, se declara fundada una denuncia formulada contra un ex fiscal adjunto provincial de Lima por el delito de enriquecimiento ilícito, que debió ser considerado también como delito de abandono de cargo.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El tipo penal contiene dos figuras; un supuesto básico y otro agravado. Ambos de acciones dolosas. El primer supuesto típico (abandono del cargo), denota una conducta propia de una falta administrativa grave considerado por el legislador nacional como delito. Tiene poco contenido de injusto penal y en las condiciones muy particulares de la situación laboral dentro de la Administración Pública (donde el desempleo es alarmante aún para los profesionales más competentes) es poco probable que un funcionario o servidor público haga abandono del cargo y, como tal, ocasione daño al servicio. Todo vacío es llenado inmediatamente, de manera que la continuidad del servicio está garantizada; por tanto, es poco probable establecer la lesividad del bien jurídico tutelado por la norma penal. Salvo en aquellos casos en que, por la naturaleza y responsabilidad que conlleva el ejercicio de un alto cargo público, como, por ejemplo, la Presidencia de la República, el abandono sí pueda poner en serio riesgo el bien jurídico protegido.

Es un tipo penal especial de naturaleza comisiva y no omisiva como sostienen algunos autores nacionales⁽¹¹⁹⁾, como Juan Portocarrero, quien afirma: “Se trata de un delito de omisión, mediante el cual el agente abandona el cargo en forma ilegal, lo que constituye un incumplimiento de sus deberes”⁽¹²⁰⁾. La acción básica o rectora del tipo está determinada por el vocablo “abandonar”, que denota acción y no omisión. Pero no se trata de cualquier abandono del cargo, sino de aquel que tenga una connotación definitiva y con daño al servicio; este último es un elemento del tipo y no una condición objetiva de punibilidad⁽¹²¹⁾. En la configuración del tipo poco importa la motivación o la finalidad de la acción dolosa del agente.

(119) Ver ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 198, quien considera que se trata de un delito de naturaleza omisiva que requiere la producción de un resultado material.

(120) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 124.

(121) Del mismo parecer es el autor nacional ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 218.

El legislador peruano, al tipificar el hecho como un ilícito penal en el artículo 380 del Código Penal, tomó en consideración no la redacción literal del artículo 252⁽¹²²⁾ del Código Penal argentino, sino los comentarios o interpretación que hicieron los juristas argentinos. Sobre el particular, recordemos que el Código Penal argentino emplea el verbo rector “abandonare” seguido de la expresión “sin habérsele admitido la renuncia de su destino”, ello a diferencia del Código Penal peruano, donde se emplea la frase “abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo”; expresión más amplia que admite diversas formas de abandono con daño del servicio, incluida la presidida por la renuncia no aceptada.

Eusebio Gómez, comentando la norma acotada, sostenía: “Dos condiciones son esenciales para que este delito exista: la que el abandono del destino tenga lugar antes de habérsele admitido la renuncia del funcionario, y la de que, a consecuencia del abandono, resulte daño para el servicio público”⁽¹²³⁾. Comentario que responde a la redacción y espíritu de la norma. Sin embargo, Sebastián Soler daba una interpretación más allá de lo descrito en el tipo al afirmar: “No obstante la redacción del artículo, debe entenderse que no solamente existe el delito cuando el abandono se produce después de haber presentado la renuncia, sino simplemente sin que haya sido admitida, es decir, que el abandono no puede ser hecho ni cuando se ha presentado la renuncia. *A fortiori*, por lo tanto, existe el delito cuando el imputado ni siquiera le había presentado”⁽¹²⁴⁾.

Carlos Creus consideró a la expresión utilizada por el legislador argentino “sin habérsele admitido la renuncia a su destino (cargo)” como “expresión metafórica de la ley, que comprende tanto la situación del que deja el cargo después de presentar la renuncia y antes de que le sea aceptada, como del que deja el cargo, sin haberse presentado la renuncia y sin haber cesado legalmente en él”⁽¹²⁵⁾. La interpretación de Eusebio Gómez es la que corresponde al espíritu de la norma, tal como lo sostenían los juristas españoles, cuyo Código Penal sirvió de fuente al argentino, manteniendo la misma redacción del tipo⁽¹²⁶⁾.

(122) Código Penal argentino

Artículo 252.- Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público. (Nota: texto conforme Leyes N° 23.077 y N° 24.286).

(123) GÓMEZ, Eusebio. Ob. cit., p. 502.

(124) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 147.

(125) CREUS, Carlos. Ob. cit., pp. 268-269.

(126) Ver: CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal conforme al Código Penal. Texto refundido de 1944*. Tomo II. Parte especial. Bosch, Barcelona, 1949, p. 377.

El concepto “abandonar” denota la acción o efecto de dejar el cargo con voluntad de no retornar a él definitivamente; pero no se trata de cualquier abandono, sino de aquel que va asociado con el daño al servicio público. El abandono de la función pública se produce con el apartamiento efectivo del servicio en circunstancias tales que el hecho provoca perjuicio a la Administración Pública y a los servicios que ella presta.

Es un delito de acción dolosa que consiste en abandonar el cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, ocasionando un daño al servicio público. Sin daño no se configura el tipo. Es posible que el agente con su conducta maliciosa pueda prever el daño al servicio. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad penal.

Existen tres componentes materiales a tener en consideración para establecer la materialización del hecho punible por parte del agente:

- a) El abandono definitivo del cargo,
- b) No haber cesado legalmente; y,
- c) El daño al servicio.

El fundamento del delito tipificado en el artículo 380 del Código Penal radica en la necesidad de mantener la continuidad y el normal funcionamiento de los servicios públicos. Desde luego, existen servicios básicos que no pueden ser interrumpidos como, por ejemplo, la seguridad nacional, la salud pública, la educación, la administración de justicia, el servicio de telefonía, del agua potable, etc.

III. DEL ELEMENTO NORMATIVO “ABANDONO DEL CARGO SIN HABER CESADO LEGALMENTE”

La expresión “sin haber cesado legalmente” que emplea el legislador peruano en la configuración del tipo penal es un elemento normativo que hace referencia al abandono del cargo sin las formalidades de ley.

El funcionario o servidor público le está prohibido abandonar el cargo de manera definitiva o temporal (en este segundo caso, es sancionada como falta administrativa), solo puede hacerlo cuando es cesado en el cargo por resolución del titular de la entidad pública y después de hacer entrega formal del cargo o cuando es aceptada su renuncia de manera expresa. No se trata de un simple abandono para la configuración del ilícito penal, sino que dicho abandono debe ser definitivo y conllevar un daño al servicio público. Por ejemplo, el funcionario público que solicita licencia temporal sin goce de haber e inmediatamente hace uso de dicha licencia sin esperar el otorgamiento

formal. En este caso, es posible el daño en el servicio, pero no hay el *animus* de abandono definitivo, por tanto, no se configura el tipo.

Distinto es el caso del agente que hace abandono del cargo con el propósito de alejarse definitivamente de él y consciente de que con su acción genera o puede prever un daño al servicio dada su condición de garante del desarrollo normal, la continuidad y eficacia del servicio público a prestar. “Abandonar el cargo significa no seguir desempeñándolo sin estar justificado para ello, y produciendo daño al servicio. La justificación puede consistir, por ejemplo, en una enfermedad”⁽¹²⁷⁾ o una licencia temporal con o sin goce de haber formalmente concedida o no, razones de fuerza mayor ajenas a su voluntad, etc.

El abandono malicioso supone un desprecio o poca importancia al cargo y a las funciones inherentes a él; así como también una expresión de desamparo a los beneficiarios del servicio al momento de abandonar el cargo de manera definitiva, sin que le importe al agente las consecuencias de su accionar.

La forma de poner fin a la relación laboral en la Administración Pública es a través de la destitución o cese definitivo y la aceptación de la renuncia formulada por el funcionario o servidor público, de allí que la frase “hacer cesado legalmente” no debe entenderse solo como referida a la destitución o al cese definitivo, sino también a la renuncia.

La ley prescribe la forma de poner término a la relación laboral en la Administración Pública, de manera que un abandono sin las formalidades y con daño al servicio es ilegal.

Los códigos penales argentino y español hacen referencia a la renuncia. El legislador peruano, en cambio, optó por una expresión mucho más amplia (“haber cesado legalmente”) que corresponde al abandono precedido de renuncia sin aceptación, o cuando sin mediar renuncia, se produce un abandono real y efectivo de manera definitiva con daño a la Administración Pública.

No toda ausencia del funcionario o servidor público implica abandono; es menester que sea de tal duración que haga presumir razonablemente su alejamiento definitivo.

IV. EL DAÑO AL SERVICIO PÚBLICO

El tipo es un delito de acción dolosa, esto es, con voluntad de realización; de manera que es necesario que el agente actúe con conciencia y voluntad de

(127) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 215.

que con su accionar genera un daño al servicio o pudo prever este resultado. Desde luego que el daño no está expresado estrictamente en el aspecto económico, sino al servicio público que presta la entidad en cuanto a su continuidad, eficacia y normal desarrollo, daño que se ha generado como consecuencia del abandono malicioso del cargo; situación fáctica poco probable en razón de que usualmente el cargo es ocupado inmediatamente por otro funcionario o servidor público, de manera que se garantiza la continuidad del servicio. En estas condiciones es inadmisibles la tentativa, por tratarse de un delito de peligro, que se consuma con el abandono con daño.

Como bien refiere Carlos Creus: “Para que el abandono sea punible, tiene que haber producido daño al servicio público”, para luego agregar: “El daño puede ser de cualquier carácter (material o moral, como puede ser el retraso de la instrucción que se imparte en una escuela), pero tiene que tratarse de un daño real, no de un daño futuro o potencial, por más certeza de lo que va a ocurrir; tiene que ser un daño al servicio público”⁽¹²⁸⁾.

La legislación española contemplaba como hecho punible esta figura penal en el artículo 376 del Código Penal derogado de 1973 y para la configuración del tipo se requería la existencia comprobada del daño causado a la causa pública⁽¹²⁹⁾, pero también se sancionaba la conducta cuando no se causaba daño. Desde luego que esta forma irregular de configurar el tipo no fue seguida por el Código Penal peruano ni por el argentino; en ambos casos solo es punible el abandono con daño. Si no hay daño, no hay tipo.

Puig Peña, en su época, afirmaba con bastante razón: “Que es necesario en el autor el propósito doloso de causar daño evidente, entorpecimiento, descrédito o menoscabo para los intereses morales y materiales del Estado o de sus instituciones”⁽¹³⁰⁾. Otros autores consideran que no se requiere ningún propósito específico ni la intención de causar daño a la Administración⁽¹³¹⁾, aunque admiten que se requiere daño del servicio público para la configuración del tipo.

(128) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 269.

(129) Código Penal español derogado de 1973

Artículo 376.- “El funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, la abandone, con daño de la causa pública, será castigado con las penas de multa de 100,000 a 500,000 pesetas e inhabilitación especial y si no resultase daño de la causa pública, con la suspensión.

Si el abandono del destino se hiciera para no impedir, no perseguir o no castigar cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos I y II de este libro, se impondrá al culpable la pena de prisión menor; y si tuviere por motivo el no impedir, no perseguir o no castigar cualquier delito, la de arresto mayor”.

(130) PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Ediciones Nauta, 1959, p. 335.

(131) Ver FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 271.

No se debe aceptar una interpretación sujeta a la buena o mala suerte del agente activo, pues se sancionaría un hecho dañoso que no se quiso causar ni se pudo prever razonablemente. Por eso, se exige por parte del agente dolo directo o eventual.

El fundamento de la punibilidad en el tipo radica en mantener la continuidad, el normal y ordenado desarrollo de la Administración y de los servicios públicos que ella presta, ya que puede verse perjudicada seriamente con esta acción dolosa.

Como bien refiere con mucha propiedad, Sebastián Soler: “En la apreciación del daño debe hacerse tomando en cuenta la eficiencia ordinaria del servicio administrativo con relación a los actos de la Administración que debe cumplir”⁽¹³²⁾. Ahora bien, el daño puede ser de cualquier carácter, pero debe tratarse de un daño real, concreto, efectivo que repercuta en la Administración Pública, de manera que para apreciarlo el juzgador debe tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes al hecho.

V. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es el funcionario o servidor público que ocupan un cargo público, sea que lo abandonen o inciten al abandono colectivo a otros funcionarios o servidores públicos.

VI. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VII. LA PENA APLICABLE

La pena a aplicarse al agente es la privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años, lo cual implica que usualmente el juzgador lo sancionara con una condena condicional sujeta a una serie de reglas de conducta.

VIII. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FIGURA TÍPICA “INCITACIÓN AL ABANDONO COLECTIVO”

La acción dolosa del agente se halla contenida en el verbo rector expresado en el vocablo “incitar”, utilizado por el legislador en la configuración del tipo como la acción material de promover e impulsar. La frase empleada por el legislador “abandono colectivo” está referida a la huelga o paro de

(132) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 147.

los funcionarios o servidores públicos, cuyo abandono es temporal y no definitivo; de manera que el legislador ha considerado como un hecho ilícito la promoción de una huelga o paro en el sector de la Administración Pública.

Cabe precisar que no se reprime la huelga o el paro en sí misma, sino la incitación a su concretización; como no podría ser de otra manera porque la Constitución Política del Estado, en su artículo 42, reconoce el derecho de sindicalización y huelga de los funcionarios o servidores públicos; lo cual no es extensible a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales.

El ejercicio de la huelga es lícito según nuestro ordenamiento jurídico, pero su promoción o incitación es ilícita, penalizada en el artículo 380 del Código Penal. El tipo admite multiplicidad de formas en la incitación a la huelga o paro, desde la propaganda escrita, oral, radial, televisiva, etc., hasta las arengas en asamblea de sindicalizados, todas ellas referidas al abandono masivo del servicio o la huelga.

Es un delito de acción dolosa que se consuma con la sola incitación, independientemente de si la huelga o el paro tengan o no éxito. El tipo penal admite la tentativa, la coautoría y la complicidad. Es muy discutible la instigación porque en el fondo es una forma de incitar; sin embargo, un particular u otro funcionario o servidor público puede instigar al agente incitador. Lo curioso es que el agente incita a un paro o huelga que no constituye un hecho punible en sí; en cambio, el instigador incita al otro a cometer un delito (incitar al abandono colectivo). En este caso concreto, hay que distinguir entre el instigador y el incitador. El primero es el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos para que tomen la decisión de incitar al abandono colectivo. En cambio, el segundo incita al abandono colectivo, esto es, a una conducta que no es un delito en sí mismo.

En la legislación peruana existe un vacío en cuanto se refiere al abandono de funcionario con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, como los magistrados, fiscales, policías, militares, directores, etc., a los que la Constitución del Estado no les reconoce el derecho a la sindicalización ni el de la huelga. En tales casos, no se ha penalizado la incitación a la huelga o paro de estos funcionarios, cuya paralización sí generan un serio perjuicio a los servicios fundamentales del Estado.

Los magistrados cuando recurrían a medidas extremas de paro, denominadas acción de “junta permanente” y los señores vocales “sala plena permanente”, o en caso de los fiscales, “junta permanente de fiscales”, no realizan conductas sancionadas por este tipo penal, pese a que dicho abandono temporal afecta con mayor intensidad al normal desarrollo de la Administración Pública. Nos parece un despropósito penalizar la incitación al abandono colectivo de aquellos que sí tienen el derecho a recurrir a la huelga de acuerdo con la Constitución Política, y no cuando aquella se refiere a funcionarios a los que no se le reconocen tales derechos, por razones especiales en atención al servicio que prestan.

Ser complaciente con el fuerte y duro e implacable con el más débil es propio de una mentalidad autoritaria, reñida con el principio de equidad y la justicia que caracterizan a una democracia. Consideramos que debe crearse una figura especial para sancionar el abandono colectivo de las funciones de los funcionarios públicos con poder de decisión, así como de aquellos que ocupan puestos de confianza. Dicha configuración tiene un sustento constitucional. Proponemos la siguiente redacción:

Artículo 380-A.- “Las autoridades o funcionarios públicos con poder de decisión o que ocupen puestos de confianza que promuevan, inciten, dirijan u organicen de cualquier forma, acciones de abandono colectivo de un servicio público; serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación para ocupar el cargo por el mismo tiempo de la condena”.

También proponemos la despenalización del tipo penal en comentario por su carácter antidemocrático e inconstitucional porque es una forma de mediatizar el derecho a la sindicalización y la huelga sancionando a sus dirigentes o activistas principales.

IX. EL INJUSTO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal boliviano de 1972

Artículo 156.- Abandono de cargo. “El funcionario o empleado público que, con daño del servicio público, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de este, será sancionado con multa de treinta días.

El que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, incurrirá en reclusión de un mes a un año y multa de treinta a sesenta días”.

Código Penal argentino

Artículo 252.- “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público”.

Capítulo VIII

Nombramiento o aceptación ilegal del cargo público

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”.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

No es tan cierta la afirmación de que en nuestra legislación no existan antecedentes legislativos del tipo penal, como refieren algunos autores nacionales⁽¹³³⁾. El hecho punible descrito en el artículo 381 del Código Penal constituye una vieja figura penal retomada por el legislador peruano del artículo 205⁽¹³⁴⁾ del Código Penal derogado de 1863. Es verdad, no lo contempló el Código Penal peruano de 1924, pero sí el Código Penal de 1863.

La fuente directa que tuvo en consideración el legislador para la configuración del tipo descrito en el artículo 381 del Código Penal vigente es el artículo 253 del Código Penal argentino, el artículo 364 del proyecto de Código Penal peruano de 1986 y el artículo 374 del proyecto de 1991.

(133) Ver: ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 213, quien sostiene que no se registran antecedentes en la legislación penal nacional. Lo novedoso en todo caso resulta siendo el segundo tipo que contiene el artículo 381 del Código Penal en comentario (aceptación ilegal del cargo). Dícese lo propio de Manuel Abanto Vásquez, quien sugiere como antecedentes lejano del tipo al artículo 354, segundo párrafo, del Código Penal derogado de 1924, que constituye una figura penal diferente.

(134) Código Penal peruano de 1863

Artículo 205.- “Los empleados que nombren o propongan para cargos público a individuos que no tengan los requisitos legales, sufrirán suspensión de uno a tres meses, quedando además sin efecto el nombramiento”.

También debe tomarse como antecedente legislativo del tipo el mencionado artículo 205 del Código Penal de 1863, cuya redacción es bastante similar al artículo 253 del Código Penal argentino.

El artículo 205 del viejo Código Penal peruano de 1863 utilizaba en la configuración del tipo dos verbos rectores para denotar las conductas que el legislador consideró reprochables: “nombrar” y “proponer”; los mismos vocablos utilizados por el Código Penal español reformado de 1870 y el argentino de 1886.

El legislador nacional de 1924 despenalizó esta figura penal; probablemente al considerar que se trataba más de una infracción de contenido administrativo que una de contenido penal. En todo caso, habría que recurrir a las actas para determinar cuáles fueron los criterios empleados por el legislador del Código Penal de 1924 para despenalizar dicha conducta y no considerarlo en dicho cuerpo normativo.

Modernamente son pocos los cuerpos normativos en la legislación comparada que lo prescriben como hecho punible. Por ejemplo, lo contempla el artículo 157 del Código Penal boliviano⁽¹³⁵⁾, artículo 405⁽¹³⁶⁾ del Código Penal español, el artículo 253⁽¹³⁷⁾ del Código Penal argentino, el artículo 335⁽¹³⁸⁾ del Código Penal costarricense, etc.

El legislador nacional, a diferencia del argentino, empleó en la configuración del tipo los verbos rectores “nombrar”, equivalente a designar, y “aceptar”, para denotar los supuestos que deseaba reprimir, incluyendo dos ilícitos de claro contenido administrativo, elevándolos a la categoría de delito. Es decir, dos figuras penales en un mismo tipo legal: “nombramiento ilegal del cargo” (primer párrafo) y “aceptación ilegal del cargo” (segundo

(135) **Artículo 157.- Nombramientos ilegales**

“Será sancionado con multa de treinta a cien días, el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reuniere las condiciones legales para su desempeño”.

(136) **Código Penal español**

Artículo 405.- “A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posición para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

(137) **Código Penal argentino de 1921**

Artículo 253.- “Será reprimido con multa de diez mil a trescientos mil pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.

En la misma pena incurrirá el que acepta un cargo para el cual no tenga los requisitos legales”.

(138) **Código Penal costarricense**

Artículo 335.- “Será reprimido con treinta a noventa días-multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales”.

párrafo), reprimidos de manea equivalente con la misma pena. ¿Es posible determinar que ambas figuras tienen un mismo contenido de injusto penal? Para establecer una equivalencia de penalidad debe considerarse el principio de proporcionalidad de las penas, establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Desde luego que este principio se determina en la actividad judicial propiamente dicha; los tipos penales no hacen una descripción de un hecho punible en particular ni establece una pena para el caso concreto o específico. Esa labor se deja a discreción del juez penal. Pero no parece lo más recomendable establecer la misma pena tanto para el que nombra o designa (funcionario público con facultades legales para tal fin) como para el que acepta (que puede ser un particular que acepta, pero no asume el cargo). El mismo problema surgiría si el legislador hubiera empleado también el verbo rector “proponer”, similar al caso español y argentino.

En efecto, el legislador argentino utiliza para la misma figura típica descrita en el artículo 253 del Código Penal tres verbos rectores: “proponer” y “nombrar” en el primer párrafo; y “aceptar” en el segundo, conductas distintas y parificadas en su penalización.

El Código Penal español tipifica estas conductas en dos artículos diferentes y con penas similares más la suspensión del empleo para el funcionario; ello es concordante porque el que acepta no puede ocupar el cargo público (arts. 405 y 406 del CPE). El tipo penal español, en el artículo 405 (“designación ilegal del cargo”), utiliza tres vocablos como verbos rectores: “proponer”, “nombrar” y “dar posesión” para el ejercicio de un determinado cargo a cualquier persona, sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, en tanto que en el artículo 406⁽¹³⁹⁾ (“aceptación ilegal del cargo”) emplea el verbo rector “aceptar”.

En suma no solamente sanciona al funcionario público que nombra o designa oficialmente, a otro en el cargo, sino también al particular, funcionario o servidor público que acepta el cargo. Abogamos por la despenalización de este tipo penal para ubicarlo dentro de las infracciones administrativas.

(139) Código Penal español

Artículo 406.- “La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL (PRIMER PÁRRAFO)

1. El tipo penal

Es un delito de mera actividad y no de resultado. Es decir, el tipo se configura con la sola designación o aceptación del cargo; es irrelevante si el agente asumió el cargo o no.

No cabe duda de que toda entidad del Estado suele establecer una serie de requisitos para ocupar un cargo público determinado, lo que tiene por objeto, a decir de Orts Berenguer, “servir de garantía al ente del que depende y a los ciudadanos que se relacionan con este, tanto en orden a la objetividad e imparcialidad de la selección, cuanto a la capacidad y competencia mínimas e incluso, la lealtad del designado”⁽¹⁴⁰⁾.

La conducta típica descrita en el artículo 381 (primer párrafo) del Código Penal peruano es la de nombrar o designar para ocupar un cargo público a persona particular u otro funcionario o servidor público que no reúne los requisitos exigidos legalmente para un cargo determinado. Desde luego que debe tratarse de requisitos esenciales⁽¹⁴¹⁾, sin los cuales no sea posible acceder al ejercicio del cargo para el cual se designa. Esta designación puede ser tanto interina como permanente, la relevancia penal se entiende por la falta de requisitos para ocupar un cargo determinado, de manera que el delito se consuma al momento de la designación.

Todo ejercicio de la función pública requiere determinadas cualidades en la persona llamada a ejercerla, variables según el cargo o función concreta a desempeñar. La falta de unos de estos requisitos esenciales determina la nulidad del nombramiento.

El legislador ha utilizado como verbo rector en el tipo el vocablo “nombrar”, sinónimo de “designar”, para denotar la conducta dolosa del

(140) VIVES ANTÓN, Tomás y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 405.

(141) Determinada jurisprudencia parece desprenderse por una interpretación más amplia en este sentido; es decir, referidos no solamente a las condiciones personalísimas que debe tener los convocados a concurso sino también en cuanto a someterse a las reglas de dicha convocatoria: “Si el nombramiento para cargo público se realizó conforme a los establecido en el reglamento de convocatoria, en el que se establecía que de no presentarse el ganador dentro del término de 24 horas de la fecha de adjudicación, automáticamente se adjudicaría el cargo a quien haya quedado segundo en el cuadro de méritos, la conducta imputada a los acusados resulta atípica al no adecuarse a la hipótesis legal del artículo 381 del Código Penal” (Sala Penal R. N. N° 269-97). De dicha convocatoria se desprende que se designó al que quedó en segundo lugar, lo cual supone que reunía los requisitos exigidos por ley. Naturalmente en estas condiciones, hizo bien la Corte Suprema en establecer la atipicidad de esta conducta por cuanto el tipo penal está referido al supuesto de nombramiento sin los requisitos legales establecidos para ocupar el cargo determinado y a las reglas establecidas en la convocatoria.

funcionario que hace un nombramiento ilegal, por no concurrir los requisitos esenciales exigidos por ley.

El presupuesto objetivo del tipo está determinado por el nombramiento ilegal que se realice en el ejercicio de sus facultades del funcionario público, lo cual implica un abuso de estas atribuciones, que es lo que constituye el núcleo del tipo penal. El tipo subjetivo requiere que el nombramiento ilegal se produzca “a sabiendas de la ilegalidad. Desde luego que si el agente (funcionario público) actúa por error deviene en atípica su conducta; si nombra no teniendo competencia para ello no sería sancionando con la pena prescrita en el artículo 381 del Código Penal, sino por aquella contemplada para el delito descrito en el artículo 361⁽¹⁴²⁾ del Código Penal (usurpación de funciones). Solo es punible la comisión dolosa, pues el sujeto actúa a sabiendas de la ilegalidad (dolo directo).

Lo ilícito de la acción viene determinado por el hecho de carecer la persona designada de las condiciones requeridas de manera específica para el cargo al cual fue nombrado. Estas condiciones pueden estar referidas, por ejemplo, a la edad, a la habilitación, a la profesión, a la especialidad, etc. Así, un alcalde no puede designar como gerente o jefe de la oficina de asuntos jurídicos a un ingeniero o a un contador porque, de acuerdo con el cuadro analítico de personal (CAP), dicho cargo debe ser ocupado por un abogado de profesión colegiado. Asimismo, el presidente de la República no puede designar como Ministro de Estado a un ciudadano extranjero o a un connacional inhabilitado por sentencia judicial para ocupar un cargo público. Estas exigencias legales no están referidas a las condiciones personales del particular (idoneidad o capacidad para el cargo), sino a los requisitos que expresamente señala la ley para tal nombramiento o designación.

La expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo “nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales”, debe entenderse en el sentido de la designación en un cargo existente, toda vez que el ingreso al Sector Público está prohibido, salvo excepciones, por la Ley de Presupuesto de la Nación, lo cual no implica que, en determinados casos, cuando por ley se faculte dicho nombramiento

(142) Código Penal

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 inciso 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años” (texto según el artículo 1 del D. L. N° 25444 del 23/04/1992).

también pueda darse la ilegalidad de nombramiento. En todos los casos en que se designe o nombre a una persona determinada de manera permanente o temporal, la ley exige puntuales requisitos esenciales o exigencias mínimas, que, conforme al tipo penal, deben inobservarse. Existen casos concretos como los cargos de confianza que no requieren necesariamente seguir determinados pasos: propuesta, concurso, entrega de posesión, etc., en tales casos, basta la simple designación ilegal para que se configure el tipo.

El injusto es un delito de acción dolosa que se consuma en el momento en que se produce el nombramiento. Se exige el dolo directo del agente. El error hace de esta conducta atípica. Así, hay situaciones en las que, por imperio del principio de presunción de veracidad, el funcionario público designa a un particular mediando declaraciones juradas sobre un requisito o impedimento a ser verificado, y luego se detecta, por ejemplo, que un título o documento sustentatorio es falso o fraguado; en este caso, existe ausencia de dolo del funcionario. El tipo hace referencia a todos los requisitos legales (incluyendo los impedimentos).

Los requisitos exigidos por ley están determinados en la normativa específica para cada sector correspondiente, concordantes en algunos casos con el reglamento de convocatoria, el cuadro de asignación de personal (CAP) o el presupuesto analítico de personal (PAP), entre otros instrumentos de gestión institucional que prescriben los cargos y requisitos.

Es irrelevante para el Derecho Penal si la designación es permanente, transitoria, interna, rentada o *ad honorem*, bastando solo la designación o nombramiento doloso, es decir, el agente tiene conocimiento de que el nombrado con reúne las exigencias legales y lo designa a sabiendas de esta ilegalidad. Aquí se tiene que tener en consideración el dolo directo, es difícil concebir la existencia del dolo eventual; el hecho de que el legislador de manera expresa no haya utilizado la expresión “a sabiendas” en la configuración del tipo, no implica que no se exija dolo directo, este se sobreentiende. Por eso, insistimos que es posible el error de tipo en el agente.

Es posible establecer en este tipo penal la instigación, la complicidad y la coautoría, pero resulta bastante discutible establecer la tentativa.

2. La expresión normativa del término “requisitos legales”

El término “requisitos legales” debe entenderse como una expresión normativa de reenvío a una norma extrapenal, donde básicamente se establecen los requisitos o condiciones legales para postular u ocupar los cargos públicos o, dicho de otra manera, debe entenderse por requisitos legales a las calidades especiales o personales que la Constitución Política, la ley

o cualquier otra norma exigen para que una persona sea nombrada o designada en un cargo público determinado.

Estas calidades no están referidas a la idoneidad o capacidad para ocupar un cargo público, pues puede suceder que el agente reúna los requisitos legales, pero carezca de idoneidad o capacidad. El tipo no está referido a estos supuestos, sino al caso en que careciendo o aun teniendo idoneidad o capacidad, el agente no reúne los requisitos legales (v. gr., de edad, nacionalidad, inhabilitación, profesión, etc.).

Por ejemplo, el artículo 124 de la Constitución Política del Estado exige para ser nombrado Ministro de Estado, el requisito de ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad.

La Ley del Sistema Nacional de Control (Decreto Ley N° 26162), específicamente el artículo 22, establece los requisitos para la designación del Contralor General de la República: ser peruano de nacimiento, gozar del pleno ejercicio de los derechos civiles, tener al tiempo de nombramiento una edad no menor a los 40 años, tener título profesional y tener ejercicio profesional no menor de 10 años.

Pero no solo se trata de cumplir con los requisitos legales formales, sino también de no tener impedimentos legales, no adolecer de incapacidad física o mental, no haber sufrido condena por la comisión de delito doloso, no haber sido destituido por sanción disciplinaria al cargo público, no tener cuentas pendientes de rendición con la Administración Pública, etc. De manera que la expresión “requisitos legales” está referida a lo prescritos por la ley en cada caso concreto, incluyendo obviamente a los impedimentos.

El juzgador deberá apreciar cada conducta en concreto y caso por caso, en relación con el funcionario que designa ilegalmente a un particular, por cuanto, para algunos requisitos o impedimentos, el funcionario público que designa se rige por la presunción del principio de la veracidad establecida por ley, en virtud de la cual la Administración Pública no exige la presentación de ciertos documentos (v. gr., certificado de buena conducta, antecedentes policiales o penales, entre otros), que es sustituida por declaraciones juradas. Este principio es causa justificante para el funcionario, pero siempre que haya cumplido con la verificación posterior de las declaraciones juradas.

3. El bien jurídico tutelado

Es la legalidad de las designaciones o, dicho de otra manera, la del normal desenvolvimiento de la Administración Pública, que exige de los funcionarios

el respeto a las disposiciones legales que regulan el nombramiento o las designaciones para los cargos públicos.

4. El sujeto activo

El sujeto activo en el tipo es el funcionario público facultado, de acuerdo a ley, a nombrar o designar en un cargo público a un particular o servidor público que reúna los requisitos exigidos legalmente. No puede ser sujeto activo del tipo penal el servidor público, tampoco el particular o funcionario público que no tiene facultad para designar.

5. El sujeto pasivo

Es el Estado como titular del bien jurídico tutelado.

6. La pena aplicable

La pena a aplicarse es de índole pecuniaria: de sesenta a ciento veinte días-multa, además de la inhabilitación accesoria prescrita en el artículo 39 del Código Penal.

III. EL TIPO PENAL DE “ACEPTACIÓN ILEGAL DEL CARGO” (SEGUNDO PÁRRAFO)

1. El tipo penal

El segundo párrafo del tipo descrito en el artículo 381 del Código Penal es una figura que se diferencia de la primera por la cualificación del sujeto activo. En el primero, el agente es un funcionario público con facultades legales para nombrar o designar a alguien en un cargo público determinado, que reúna los requisitos legales; en el segundo, el sujeto activo es el particular que acepta ilegalmente un cargo, aunque también podría ser otro servidor público.

En estos supuestos el legislador ha establecido una paridad penológica, incongruente o reñida con la equidad; no se puede sancionar con la misma pena tanto al particular como al funcionario público. La diferencia entre un particular y un funcionario público tiene una razón de ser y es de vital importancia en el Derecho Penal porque produce consecuencias en materia de penalidad, prescripción, inhabilitación, etc.

Recordemos que el delito se consuma “con la aceptación del agente después de producida formalmente la designación. Pero no requiere (salvo en casos de aceptación tácita con efectos administrativos) la efectiva toma de

posesión o el ejercicio propios del cargo, si es que existen procedimientos administrativos en los que la aceptación tiene una forma particular (v. gr., el juramento de los cargos judiciales)”⁽¹⁴³⁾. En todo caso, aun habiendo aceptado el cargo el particular, la designación es nula.

Consideramos que debe modificarse el artículo 381 del Código Penal teniendo en consideración solo la cualificación del sujeto activo, es decir, comprendiendo en ambas figuras como sujeto activo al funcionario público que designa y al servidor público que acepta el cargo ilegalmente. La aceptación ilegal del cargo por un particular debe tipificarse como un hecho ilícito entre los delitos cometidos por los particulares contra la Administración Pública, y no recurrir a formas híbridas o forzadas que distorsionan la naturaleza jurídica del tipo y que van reñidas con las técnicas legislativas.

El funcionario abusa del poder inherente al cargo y su responsabilidad es mayor, dada la condición especial y la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo. En cambio, el particular no abusa del poder porque no lo tiene; solo sorprende a la Administración Pública aceptando un cargo, a sabiendas que no reúne los requisitos legalmente exigidos.

En suma, este tipo penal es un delito de acción dolosa que consiste en que el agente (particular o servidor público) acepta un cargo público sin reunir los requisitos legales.

Es curiosa la construcción de esta figura penal toda vez que, para que se configure el tipo, primero se requiere que se designe o nombre al agente; solo a partir de ello se puede hablar de una aceptación ilegal tácita o expresa por parte del sujeto activo. Es decir, si no se consuma el hecho punible (nombramiento ilegal del cargo, con la designación), tampoco puede configurarse el tipo “aceptación ilegal del cargo”. No hay aceptación sin designación de cargo. El primero precede al otro, o dicho de otra manera, el segundo delito depende del primero. Hecho que demuestra que estas figuras penales no son tan independientes como se sugiere. Por ejemplo, el mismo sujeto activo del delito de aceptación ilegal del cargo puede ser instigador en el primero: el particular logra convencer o persuadir al funcionario, que comete el hecho punible (designarlo ilegalmente), para luego aceptar el cargo ilegalmente.

El delito se consuma en el momento de la aceptación tácita o expresa. Se produce al momento de admitir voluntariamente el cargo expresado en el juramento, la asunción del cargo, etc.; requiere de dolo directo en el agente.

(143) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 273.

2. El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración Pública, que se traduce en el ejercicio de la función pública dentro del marco de la legalidad.

3. El sujeto activo

Es el particular o servidor público que acepta ilegalmente el cargo, por no reunir los requisitos exigidos por ley⁽¹⁴⁴⁾.

4. El sujeto pasivo

Es el Estado.

5. La pena aplicable

La pena a aplicarse es de sesenta a ciento veinte días-multa.

IV. EL INJUSTO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal argentino

Artículo 253.- “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.

En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales”.

Código Penal boliviano

Artículo 157.- Nombramientos ilegales “Será sancionado con multa de treinta a cien días, el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reúne las condiciones legales para su desempeño”.

(144) Un caso típico, emblemático, sobre este injusto se expresó en el caso de Pandolfi, un ex ministro de Fujimori quien fue sentenciado por el Poder Judicial e inhabilitado para todo cargo público por el Congreso de la República. Pese a conocerse este hecho el entonces premier Jorge del Castillo lo designa por resolución suprema para un cargo público. En el mismo momento de su designación se configuró el tipo penal; sin embargo, se alegó que supuestamente no había ejercido el cargo, tampoco se había afectado el patrimonio del Estado. Argumentos falaces, dada la naturaleza constitutiva del tipo penal en cuestión que es de mera actividad y de dolo directo. Técnicamente, es un delito de peligro abstracto; en tal sentido, el tipo penal se configuraba en el momento en que el premier Jorge del Castillo designaba a través de una resolución suprema al mencionado personaje que se encontraba inhabilitado para el ejercicio de la función pública.

Código Penal costarricense

Artículo 335.- “Será reprimido con treinta a noventa días-multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos legales”.

Código Penal de Guatemala

Artículo 432.- “El funcionario o empleado público que, a sabiendas propusiere o nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos que la ley exija, será sancionado con multa de cien a quinientas quetzales”.

Código Penal de España

Artículo 405.- “A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posición para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

Segunda parte

CONCUSIÓN

Capítulo I

Concusión

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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La última reforma al artículo 382 del Código Penal no fue sustancial, solo implicó un incremento de la pena privativa de la libertad, la adhesión de la inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36⁽¹⁴⁵⁾ del Código Penal, así como un aumento de la pena de días-multa. Se mantienen los mismos supuestos prohibidos. No obstante, debe ser materia de análisis la aplicación de tres penas al mismo tiempo al condenado en un caso concreto (privativa de libertad, inhabilitación y multa). En la medida que, en un Estado constitucional de derecho la pena cumple una función preventiva tanto

(145) Código Penal

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; (...)
8. 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 delitos” (artículo vigente con la última reforma por el artículo 1 de la Ley N° 30076 del 19/08/2013).

especial como general (teorías relativas de la pena), ¿la pena de inhabilitación y multa cumplen esa función constitucional?

Es una figura penal relativamente nueva en nuestra legislación penal. El antecedente inmediato del tipo penal en cuestión lo constituye el artículo 367 del Proyecto del Código Penal de 1986 y el artículo 375 del Proyecto de 1991. No fue contemplado por el Código Penal derogado de 1924, tampoco por el Código Penal de 1863.

De la fuente extranjera tenemos al artículo 317 del Código Penal italiano de 1930. Ahora son pocas las legislaciones que contemplan esta figura penal, bastante discutible en sí misma; salvo aquellas legislaciones que tienen una clara influencia de la legislación italiana, como es el caso de Panamá o Costa Rica.

Etimológicamente, la palabra “concusión” deriva del término latino *concutere*, que primigenia y propiamente significa la acción de sacudir el árbol para coger sus frutos.

Doctrinariamente, se reconocen dos tipos de acción concusionaria: la concusión propia y la concusión impropia, diferenciándose por la cualificación del sujeto activo. En la propia es el funcionario público el que incurre en el hecho ilícito, y en la impropia, el sujeto activo es un particular que simula la condición de funcionario público, de la cual no se encuentra investido.

Nuestro Código Penal no prevé ni sanciona ningún caso de concusión impropia, o sea, la conducta cometida por un particular que simula una autoridad que no tiene. La descripción típica de los artículos 382 y 383 del nuevo Código Penal contienen una exigencia atinente al sujeto activo del tipo: funcionario o servidor público. La actitud reprochable del particular en las condiciones anteriormente descritas constituye otro tipo legal en nuestra legislación, pero no una acción concusionaria, como sucede en la legislación italiana.

La doctrina y la legislación comparada dividen la acción concusionaria en explícita e implícita, siendo el elemento básico constitutivo de la acción concusionaria explícita el verbo rector “constreñir” y en la implícita, “inducir”.

Algunas legislaciones, por razones de lógica jurídica y de equidad, tipificaron separadamente las dos figuras básicas de acción concusionaria; otras como el caso peruano o colombiano, asimilaron punitivamente las dos acciones dolosas (explícita e implícita) en una misma configuración básica, descrita

en los artículos 382 y 383 en el caso peruano, en el artículo 404⁽¹⁴⁶⁾ del Código Penal colombiano, en el artículo 329⁽¹⁴⁷⁾ del Código Penal de Panamá, en el artículo 327 del Código Penal de El Salvador, etc. Todos estos códigos siguieron la orientación del viejo Código Penal italiano de 1930 (Código de Rocco).

Consideramos que hizo bien el legislador italiano que trató separadamente en el Código Penal de 1889 (Código de Zanardelli) las dos modalidades de concusión: explícita e implícita, manteniendo una indiferenciación penológica de los tipos descritos.

Ambas conductas concusionarias son acciones dolosas, pero todos los antecedentes en la legislación comparada indican que se sancionan con menor rigor a la acción concusionaria implícita, como no podría ser de otra manera.

La asimilación punitiva en un mismo tipo legal de los vocablos “obligar” e “inducir” (art. 382 del CP), y “exigir” y “hacer pagar o entregar” (art. 383 del CP) es cuestionable, debe estar sujeta a penas diversas por razones de técnica legislativa, lógica jurídica y equidad.

La denominación concusión, su concepción histórica y el modo como ha sido legislado este delito en el Derecho Penal peruano han generado una gran confusión en su conceptualización y tipificación como hecho punible; razón por la cual, para su interpretación y análisis, debemos acudir al sistema doctrinario que nuestros legisladores siguieron.

El legislador peruano unificó en un solo tipo legal a los verbos rectores “obligar” e “inducir”, que corresponden en la doctrina y en la legislación comparada a las acciones concusionarias explícita e implícita, respectivamente. Asimismo, creó una nueva modalidad de concusión con las conductas de “exigir”, “hacer pagar” o “hacer entregar”, que utiliza el legislador como verbos rectores en la configuración del tipo descrito en el artículo 383 del Código Penal, que en nuestra opinión resultan inapropiadas e innecesarias.

(146) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 404.- Concusión

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidamente, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

(147) Código Penal panameño de 1982

Artículo 329.- “El servidor público, que con abuso de su calidad o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí mismo o un tercero, dinero u otra utilidad será sancionado con prisión de uno a seis años y de cincuenta a cien días-multa”.

Bastaba la descripción típica del artículo 382 que comprende a los vocablos “obligar” e “inducir”.

No entendemos cuáles fueron los criterios o las motivaciones esenciales que justificaron tal innovación, más aún, si tenemos en cuenta que la “nueva acción concusionaria” varía la naturaleza jurídica del tipo base y las reglas de su hermenéutica. Creemos que no estamos ante el descubrimiento de nuevas conductas concusionarias en el tipo, sino ante una confusión de conceptos.

La ampliación innecesaria de la tipificación a las modalidades de “exigir”, “hacer pagar” o “hacer entregar”, en cuanto que ellas están comprendidas en los verbos rectores “obligar” e “inducir” descrita en el artículo 382 del Código Penal, hacen inviable e impracticable la aplicación del artículo 383 del mismo cuerpo normativo.

Es difícil entender en el caso de los supuestos contemplados en el artículo 383 del Código Penal que un servidor o funcionario público arriesgue su honorabilidad, cuando no su libertad o su propia estabilidad en el trabajo, con la consiguiente inhabilitación de sus derechos, incurriendo en un hecho ilícito, para beneficiar de manera específica e indebidamente a la Administración Pública o el Estado; lo usual es que busque beneficiarse a sí mismo o a un tercero, por diversas razones o motivaciones (artículo 382). Es ilusorio el “seudopatriotismo” del sacrificio económico por medios reprochables e ilegales en beneficio del Estado.

Por otro lado, modernamente son diversas las acciones de control que hacen inviable las conductas de exigir o hacer pagar contribuciones en cantidades que excede la tarifa legal.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ILÍCITO PENAL

El tipo penal del artículo 382 del CP es un delito de acción dolosa (dolo directo), cuyos supuestos contienen una carga evidente de violencia o inducción; de manera que sus componentes materiales, en el primer caso (obligar), se asocian a la extorsión y, en el segundo (inducir), a la estafa cometidos por el funcionario o servidor público que abusa de su cargo, para obtener un bien o un beneficio para sí o para otro. Estos elementos materiales de tipicidad bien pueden resumirse en lo siguiente:

- El abuso del cargo (solo se abusa del cargo que se tiene, valiéndose de él; la norma no está referida a las atribuciones o funciones específicas, sino a la calidad del cargo que ostenta el agente para obtener un provecho económico). La acción prohibida o no permitida con que se incurre en este hecho punible se expresa materialmente en el abuso del cargo o en el mal uso de él.

- El agente obliga o induce al administrado a dar o prometer un bien, lo cual presupone un determinado resultado de naturaleza psicológica, que no puede ser otro que el de coactar la voluntad, pero sin eliminarla. El agente, abusando de su cargo, infunde temor e intimidación movido por un *animus lucrandi*.
- La exigencia indebida constituye un elemento normativo del tipo expresada en que esta exigencia no tiene sustento o amparo legal⁽¹⁴⁸⁾.
- Una exigencia indebida a favor de sí o para un tercero, que bien puede ser una persona natural o jurídica, que se beneficia con el bien o el beneficio patrimonial dado u ofrecido por temor⁽¹⁴⁹⁾.

La concusión contiene una exigencia indebida y abusiva por parte del agente (funcionario o servidor público) quien ostenta un “poder” y se vale de él para exigir o inducir a una persona a dar o prometer un bien o beneficio patrimonial para sí o para un tercero; de manera que la víctima accede por temor y no por otra causa. Hecho que lo diferencia del cohecho (pues en este último ilícito hay un acuerdo con el particular a cambio de una contraprestación ilícita a favor del agente).

Un claro ejemplo típico de lo que constituye el delito de concusión se halla determinada por la siguiente jurisprudencia: “El exigir dinero a los comerciantes ganaderos, para conceder autorización para el paso del ganado, imputado al subprefecto y a la gobernadora, sin contar para ello con dispositivo legal que los faculte, constituye delito de concusión”. (Sala Penal R. N. N° 1644-97-Amazonas).

Nótese que en la citada jurisprudencia el agente hace mal uso del cargo resultado irrelevante, en este caso, para la configuración del tipo sus funciones o atribuciones específicas. La norma penal no está referida a las atribuciones o funciones específicas, sino a la calidad del cargo que ostenta para obtener un provecho económico a partir de un temor infundido. Los agentes actuaron con dolo directo.

Desde luego que la acción concusionaria no se concibe sin la “violencia moral”, elemento orientador, insustituible en la creación y estructuración del tipo legal. Ahora bien, deberá entenderse por violencia a toda acción

(148) Así lo ha entendido cierta jurisprudencia al establecer lo siguiente: “Las pruebas deben meritarse con criterio de conciencia y ponderación. Resulta viable absolver de la acusación fiscal al procesado por concusión cuando aparecen de autos que este ha actuado en el cumplimiento de sus funciones y dentro del marco previsto por las normas administrativas”. (Exp. N° 2222-93-Lambayeque).

(149) “Habiéndose establecido que el agente participó en concierto con tercera persona en su calidad de funcionario público y para beneficio propio se configura el delito de concusión”. (Exp. N° 2744-93-Lima).

que provenga del funcionario o servidor público quien abusando de su cargo infunde temor en el sujeto pasivo, obligándole, exigiéndole, induciéndole, etc., a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

En estas acciones concusionarias, es evidente la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y el poder intimidante que suscita su mal uso para obligar o inducir al agraviado a algo que no está obligado a hacer; de manera que no es posible entender una modalidad de acción concusionaria que no extrañe el uso de la violencia.

Es en la concusión explícita donde el carácter violento de la acción dolosa se muestra de modo más evidente que en la implícita; de forma tal que no entendemos una “exigencia” sin “violencia” o una “inducción” sin intimidación.

Bernal Pinzón sostenía que “el constreñimiento es el elemento constitutivo de la concusión, presupone un determinado resultado de naturaleza psicológica, que no puede ser otro que el de coactar la voluntad, pero sin eliminarla. Porque en el actuar del sujeto constreñido hay una voluntad viciada por la coacción, pero hay una voluntad. Por ello el constreñimiento físico que elimina la voluntad no puede tomarse como elemento de la concusión”⁽¹⁵⁰⁾.

Creemos que ninguna modalidad de acción concusionaria, incluyendo la inducción, por más simple que esta pueda parecer, deja de ser de alguna manera violenta o compulsiva. Es consustancial al apremio sobre el sujeto pasivo, a quien se perjudica o se pretende perjudicar.

Es la investidura, en cuanto despierta cierto temor en el particular, lo que hace posible la materialización de la acción concusionaria; cuando se usa el cargo para fines distintos de lo normado por ley; es decir, cuando se abusa o se hace mal uso del cargo que se ostenta.

Todo ejercicio de poder público arbitrario es un acto de fuerza, de manera que cualquier exigencia abusando del cargo para hacer, dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial, constituye los supuestos que esta figura penal contempla en el artículo 382 del Código Penal.

III. LA EXPRESIÓN “ABUSO DEL CARGO”

La expresión utilizada por el legislador “abusando del cargo” debe entenderse como al mal uso que hace el funcionario o servidor público del cargo que ostenta para valerse de él con el deliberado propósito de obligar o

(150) BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*. Temis, Bogotá, 1965, p. 67.

inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial. Se abusa del cargo haciendo mal uso de sus atribuciones, calidad, facultades o poder del cual goza. Lo fundamental es el uso abusivo de su calidad, lo cual puede coincidir o no con las atribuciones o funciones de las que goza el agente. El uso de esta calidad para los fines descritos no tiene límites de espacio o tiempo; de manera que el agente bien puede cometer este hecho punible estando de licencia temporal, fuera de su jurisdicción, de vacaciones, etc.⁽¹⁵¹⁾. En el agente hay una extralimitación de su calidad, pues no tiene sustento legal alguno para actuar de la manera en que lo hace; es decir, obligar o inducir a un tercero, dar o prometer indebidamente, para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial.

En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado: “Constituye delito de concusión, la conducta de los inculpados que, abusando de su cargo como alcalde y regidores de un Consejo Distrital, cobraron una suma de dinero indebidamente con carácter retroactivo por concepto de racionamiento”. (Exp. N° 157-95-Junín).

El término “abuso del cargo” debe entenderse en el sentido lato, amplio, genérico. El abuso del cargo está asociado con la arbitrariedad expresada en la acción extralimitada del agente, quien ejerce su cargo fuera del marco normativo que sustenta sus atribuciones o facultades. El agente invoca su calidad de funcionario o servidor público para obligar o inducir.

Es un tipo penal especial de abuso del cargo orientado a la finalidad de obtención de bienes o beneficios patrimoniales utilizando para tal fin la coacción y el convencimiento con contenido intimidatorio.

IV. LA DIFERENCIA ENTRE LOS SUPUESTOS PROHIBIDOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 382 Y 383 DEL CÓDIGO PENAL

El legislador ha señalado la acción dolosa con una exigencia que se configura por una obligación o inducción a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial; es decir, un provecho a favor del funcionario o servidor público o de un particular que puede ser una persona natural o jurídica. Aquí la víctima cede por temor

(151) Como bien refiere el profesor Juan Portocarrero: “Se requiere que el agente sea funcionario o empleado público, en uso del cargo o empleo con legitimidad, no un usurpador; en ese sentido, se encuentran limitadas las atribuciones dentro de la función como del empleo, el exceso en el uso de ellas constituye abuso del cargo, el comportamiento puede realizarlo estando de permiso o de vacaciones, para el caso no interesa. No estando pues considerado entre sus atribuciones obligar o inducir a dar un bien o un beneficio patrimonial, el hacerlo constituye un exceso, esto es lo que considera el tipo abuso del cargo, que puede hacerlo con personas que están dentro o fuera de su competencia”. Ob. cit., p. 138.

(art. 382 del CP). En cambio, en la descripción típica del artículo 383 del Código Penal, la exigencia, el hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidades que exceden la tarifa legal, se traduce en una acción indebida a favor de la Administración Pública o del Estado.

Sin embargo, creemos que la frase “para sí o para otro” que emplea el legislador en la configuración del tipo descrito en el artículo 382 del Código Penal es suficiente para ser extensiva tanto al particular como para el Estado.

Otra diferenciación sustancial radica en la exigencia genérica del artículo 382 del Código Penal (un bien o beneficio patrimonial), frente a la exigencia específica en el caso del artículo 383 del CP (contribución o emolumento).

Sin embargo, en ambos casos, se trata de acciones concusionarias, explícita e implícita, unificadas punitivamente en dos tipos legales: una agravada (art. 382 del CP) y otra atenuada (art. 383 del CP).

Encontramos los antecedentes del artículo 382 en la legislación extranjera, prevista en dos tipos legales descritos en el Código Penal italiano de 1889 (arts. 160 y 170 del Código de Zanardelli), diferenciados penológicamente; es decir, la concusión en sus dos modalidades básicas: la explícita y la implícita. A la primera se hizo corresponder la acción del constreñimiento y a la segunda la inducción. Es el Código Penal italiano de 1930 (llamado también Código de Rocco) que unificó en un solo tipo de descripción de la acción concusionaria, incluyendo los verbos rectores “obligar” e “inducir”.

Fue en esta orientación que en el Código Penal peruano se tipificó la acción concusionaria descrita en el artículo 382, unificando en un solo tipo la concusión explícita e implícita, traducida en los verbos rectores “obligar” e “inducir”.

V. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL: CONCUSIÓN EXPLÍCITA E IMPLÍCITA AGRAVADA

La acción básica o rectora del tipo se conforma con los vocablos “obligar” e “inducir”, sinónimos de constreñir y persuadir, respectivamente, empleados por otras legislaciones como la colombiana o la italiana.

Los verbos rectores “obligar” e “inducir” empleados por el legislador en la configuración del tipo, expresan la acción material de la acción dolosa del agente para lograr que una persona dé o prometa indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. Los vocablos “obligar” o “inducir” indican los núcleos típicos de las acciones concusionarias. La norma penal no establece de qué manera se obliga o se constriñe al sujeto pasivo, pero presupone un determinado resultado de naturaleza psicológica, que no puede ser otro que el de coactar la voluntad sin eliminarla.

El sujeto activo abusa de su cargo e infunde temor e intimidación, actuando con *animus lucrandi*. El obligar de la acción concusionaria que el tipo legal exige es el derivado del temor a la autoridad, la *vis moral*, la “coacción” del agente quien, abusando del cargo o de sus funciones, compele al agraviado a dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial, valiéndose de la investidura que implica su cargo. Por ejemplo, el policía que exige una suma determinada de dinero a cambio de no detener a una persona denunciada por faltas leves en una delegación policial. Pero si este mismo policía, haciendo uso de su arma de reglamento, exige o arrebatata el dinero, incurre en otra figura delictiva, mas no en la de concusión. Aquí, cuando se emplea violencia física para apoderarse del dinero, el medio empleado no es la potestad emanada de la autoridad, sino el poder material del agente; el agraviado cede a la fuerza individual, siendo obligado a hacer algo que no desea.

El exigir no puede consistir sino en una violencia psíquica, *vis compulsiva*, y esta puede ser verbal, real o simplemente simbólica. Puede consistir en simples palabras, actitudes, posturas, etc., lo suficientemente como para intimidar o generar temor.

“La violencia moral o amenaza, puede asumir tantas formas cuanto sean los modos de avasallar la voluntad del paciente (...). Solo se requiere que sea idónea”⁽¹⁵²⁾. La acción dolosa por inducción conlleva implícita la intimidación, aun en su forma más simple o velada que esta pueda ser; es consubstancial al apremio o al compeler por la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y el poder intimidante que suscita su mal uso.

Afirmaba Manzini que “se puede decir que alguien induce a otro a llevar cabo un determinado acto, solo cuando vence por la persuasión los motivos de resistencia del sujeto pasivo”⁽¹⁵³⁾.

La norma no expresa de qué modo se induce al agraviado, admitiendo en la acción dolosa multiplicidad de medios que pueden traducirse desde un silencio con rasgos definidos, pasando por la sugestión tácita, gestos ademanes, artificios, hasta la falsedad o engaño, entre otros, que determinan al sujeto pasivo a dar o prometer algo indebidamente.

Suele suceder que el sujeto pasivo promete, o a sabiendas de que no debe dar o prometer aquello a lo que se le induce, lo hace por el temor que infunde todo ejercicio de poder público arbitrario. Es irrelevante para la configuración del tipo que la promesa sea cierta o no; o, dicho de otra manera, no necesariamente debe cumplirse, sino que basta la formulación a exigencia o inducción.

(152) MAGGIORRE, Giuseppe. Ob. cit., p. 184.

(153) MANZINI, Vincenzo. Ob. cit., p. 223.

VI. LOS CONCEPTOS DE “ABUSO DEL CARGO”, “DAR” O “PROMETER” EN LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL

En la descripción del tipo, el legislador peruano utiliza los conceptos de “abuso del cargo”, a diferencia del Código Penal italiano, que emplea la expresión “del cargo o de la función”. Ambos conceptos no son sinónimos, pero son consustanciales al funcionario, por cuanto todo cargo conlleva funciones o atribuciones, que son inherentes a él. La diferencia radica en que, en el primero, el vocablo es genérico y, en el segundo, específico; el primero hace referencia a la condición del cargo: alcalde, prefecto, congresista, policía, magistrado, fiscal, Contralor General de la República, etc.; y en el segundo se hace referencia a las atribuciones conferidas por la normativa pertinente. Pero más allá de lo que pueda entenderse por cargo o función, la norma penal, en términos generales, hace referencia básicamente a la calidad del funcionario o servidor público, que da sustento a la acción dolosa por parte del agente. Es decir, el agente abusa del cargo, haciendo uso de sus atribuciones, calidad, facultades o poder del cual goza. Lo fundamental es el uso abusivo de su calidad, lo cual puede coincidir o no con las atribuciones o funciones de las cuales goza.

Puede apreciarse que nuestra legislación utiliza la expresión “abuso del cargo”; sin embargo, siguiendo al tratadista argentino Eusebio Gómez, diremos que “mediante el abuso de funciones, media también abuso del cargo”⁽¹⁵⁴⁾.

Referirse al abuso del cargo, en casos concretos, es lo mismo que referirse al abuso de la calidad que se ostenta, pues tiene una connotación de carácter general, y concreta el aspecto objetivo, pues se refiere a la función, y el aspecto subjetivo, pues tiene que ver con la calidad del funcionario o servidor público.

El artículo 140 del Código Penal colombiano de 1980, por ejemplo, utiliza en la configuración del tipo la expresión: “El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones”; a diferencia del artículo 382 del Código Penal peruano que solo habla de abuso del cargo⁽¹⁵⁵⁾; no obstante, su interpretación no debe ser restrictiva, sino amplia. Dícese lo propio del artículo 404 del nuevo Código Penal colombiano del 2000.

(154) GÓMEZ, Eusebio. Ob. cit., p. 565.

(155) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 404.- Concusión. “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

“Promesa” es la declaración de dar, cualquiera que sea la forma, con tal que represente la existencia de un vínculo que se ha de cumplir⁽¹⁵⁶⁾. Este concepto tiene una connotación muy amplia y está referido básicamente a la declaración unilateral de voluntad efectuada por una persona como consecuencia de la exigencia o inducción para dar o prometer un bien o un beneficio patrimonial a futuro y no en el momento de la exigencia o inducción.

“Dar” es un vocablo que denota la acción de entregar cualquier bien material o inmaterial como consecuencia de una exigencia o inducción por parte del funcionario o servidor público.

Tanto el “dar” como el “prometer dar” es determinado por el uso abusivo del cargo por parte del agente, que se expresa en la acción material de exigir o inducir infundiendo temor que afecta la voluntad de la víctima sin anularla, de manera que no le queda más remedio o alternativa que acceder a tales exigencias.

VII. EL ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO PENAL

La expresión “indebidamente” está asociada a la exigencia o inducción hecha sin causa justificada o ilegal; de manera que el agente actúa arbitrariamente sin que su accionar encuentre sustento jurídico alguno. El solo hecho de abusar del cargo ya constituye una arbitrariedad, pero no es suficiente para que se configure el tipo en comentario, se requiere además que a través del abuso del cargo se exija o induzca a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. Si la exigencia o inducción tiene sustento legal, naturalmente esta conducta es atípica.

Es un delito de acción dolosa finalista, es decir, la voluntad del agente se orienta a lograr la obtención de un bien o un beneficio económico.

VIII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Las acciones concusionarias lesionan o ponen en peligro más de un bien jurídico tutelado, cuyos titulares son el Estado y al mismo tiempo el particular; distinguiéndose en su tipificación el interés preponderante o la mayor jerarquía del bien protegido.

En efecto, en el delito de concusión se lesionan, básicamente, dos bienes jurídicos tutelados: el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos de la Administración Pública, y el patrimonio de los particulares, agraviados con la indebidas exigencia o inducción.

(156) RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III. Temis, Bogotá, 1975, p. 265.

El legislador peruano ha considerado de interés preponderante y de mayor jerarquía al bien jurídico: “El normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función pública”.

La ubicación de acciones concusionarias entre los delitos contra la Administración Pública obedece a una especial circunstancia: el legislador ha reconocido la mayor jerarquía de uno de los bienes jurídicos en relación con el otro, así como la cualificación del tipo por la condición especialísima del sujeto activo.

IX. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del ilícito penal es el funcionario o servidor público que obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

Las conductas concusionarias son tipificadas en los códigos modernos entre los delitos contra la Administración Pública por la cualificación del agente. El artículo 425 del Código Penal prescribe quiénes son considerados funcionarios o servidores públicos a los efectos penales.

“El término funcionario público o servidor público debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincide o no con el alcance que puede tener en el Derecho Administrativo”⁽¹⁵⁷⁾.

X. EL SUJETO PASIVO

Es cualquier persona titular del interés lesionado o expuesto en peligro con la acción dolosa del agente, pero, básicamente, es el Estado, estando al interés preponderante del bien jurídico tutelado.

XI. LA PENA APLICABLE

La pena a aplicarse al agente es la de privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, más las penas accesorias establecidas en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y la pena de días-multa.

XII. EL TIPO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal colombiano del 2000

Artículo 404.- Concusión. “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al

(157) RAMOS MEJÍA, Enrique. *El delito de concusión*. Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 54.

mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Código Penal italiano de 1930 (reformado en 1990)

Artículo 317.- “El oficial público o el encargado de un servicio público que, abusando de su cualidad o de sus poderes, constriñe o induce a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, será castigado con reclusión de cuatro a doce años”.

Código Penal boliviano de 1973

Artículo 151.- Concusión. “El funcionario público o autoridad que, con abuso de su condición o funciones, directa o indirectamente, exigiere u obtuviere dinero u otra ventaja ilegítima o en proporción superior a la fijada legalmente, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con presidio de dos a cinco años”.

Código Penal venezolano del 2000

Artículo 196.- De la concusión. “Todo funcionario que, abusando de sus funciones, constriña a alguna persona a que dé o prometa a él mismo o a un tercero alguna suma de dinero u otra ganancia o dádiva indebida, será castigado con prisión de dieciocho meses a cinco años.

Si la suma o cosa indebidamente dada o prometida es de poco valor, la prisión será por tiempo de tres a veintiún meses”.

Código Penal costarricense de 1971

Artículo 346.- “Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial”.

Capítulo II

Cobro indebido

Artículo 383.- “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La última reforma al artículo 383 del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1243 publicado en el diario oficial *El Peruano* (22/10/2016) solo adicionó al texto original la pena de inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36⁽¹⁵⁸⁾ del Código Penal (una pena principal y otra accesoria). Se mantienen los mismos supuestos prohibidos.

El artículo 383 del Código Penal tiene como fuente directa al artículo 266 del Código Penal argentino de 1921 y este, a su vez, del Proyecto Suizo de 1918; mas no puede considerarse también como fuente al artículo 437

(158) Código Penal

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; (...)
8. 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 delitos”.

del Código Penal español, como sugiere Abanto Vásquez⁽¹⁵⁹⁾, ya que el Código Penal peruano se promulgó en 1991 y el Código español en 1995.

El artículo 383 del Código Penal es similar a la descripción tipificada en el artículo 266⁽¹⁶⁰⁾ del Código Penal argentino, que lo considera como una figura básica de la exacción ilegal. Ambas legislaciones tienen una raíz común de inspiración en el artículo 413 del viejo Código español reformado de 1870. Los argentinos diferencian doctrinariamente la concusión de la exacción ilegal por la acción finalista del sujeto activo (Cfr. Soler, Gómez, Ramos Mejía, etc.).

En el primer caso, la acción dolosa se orienta al beneficio o aprovechamiento propio o de un tercero; y en el segundo, en beneficiar a la Administración Pública.

El delito solo puede ser cometido por el funcionario o servidor público a quien, por razón del cargo, le compete exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos debidos o en cantidad que establece la tarifa legal, pero que, abusando del cargo que ejerce, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cuantía mayor a la establecida por la tarifa legal.

En la legislación nacional como en la legislación comparada existen posiciones encontradas en establecer quiénes deben ser considerados como sujetos activos del hecho punible: si el agente (funcionario o servidor público) que tiene facultades específicas para exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumento debidos o en cantidad que establece la tarifa legal; o cualquier funcionario o servidor público, que solo se vale del cargo, independientemente si tiene dichas facultades o no.

Sin embargo, la redacción del tipo parece indicar que está referido a aquellos funcionarios o servidores públicos que tienen facultades específicas, pero que **abusando de su cargo**, exigen o hacen pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal, lo cual implica, por interpretación *a contrario sensu*, que pueden exigir lo debido o una cantidad que no excede la tarifa legal, en cuyo caso la conducta es atípica.

(159) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 251.

(160) Código Penal argentino

Artículo 266.- “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionado público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”. (Texto según Ley N° 25.188).

Para Juan Portocarrero, el sujeto activo “puede ser cualquier funcionario público siempre que haga prevalecer su condición de tal, de donde resulta que no puede ser sujeto activo de este delito la persona que actúa usurpando una función o que invoca un cargo que no tiene”⁽¹⁶¹⁾. Por otro lado, para Frisancho Aparicio: “Solo puede serlo los funcionario o servidores públicos que tienen la potestad de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos”⁽¹⁶²⁾. Afirmaciones que compartimos.

Para Abanto Vásquez, el sujeto activo del hecho punible: “Es el funcionario público, pero no necesariamente aquel que tenga dentro de sus facultades una específica destinada a exigir, hacer pagar o entregar, basta que haga esto ejerciendo las facultades generales que ya tiene de recaudar de los particulares cantidades exigibles a estos”⁽¹⁶³⁾. Para Fidel Rojas es sujeto activo el funcionario o servidor público que posea atribución para exigir o hacer pagar; también el que exige, sin ser competente abusando del cargo⁽¹⁶⁴⁾.

En realidad, quien exige sin tener facultades específicas incurre en el delito de usurpación de funciones, aun cuando esa exigencia se haga abusando del cargo o no. El tipo penal no resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares (por ejemplo, concejales y notarios), como sugiere Fidel Rojas, en razón de que, para nuestra legislación, los regidores o concejales no pueden percibir, de acuerdo a ley, emolumentos, sino dietas por cada sesión a la que efectivamente asistan. La dieta la hace efectiva el Estado y no el particular; la dieta tampoco es una remuneración. Asimismo, los notarios públicos cobran por sus servicios de acuerdo a la oferta y la demanda, de manera que no puede hablarse de una tarifa legal en este caso.

El agente se vale del cargo, pero excediéndose en sus atribuciones para exigir o hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o en mayor cantidad a lo que se establece la ley. ¿Cuáles son las contribuciones o emolumentos debidos que el funcionario o servidor público puede exigir o hacer pagar al administrado? Aquellas que hallan sustento en la normativa vigente. Por ejemplo, el agente que exige o hace pagar una tasa X que fue suprimida o que ya fue pagada. O si, a través del TUPA o de una ordenanza, se establece como tarifa una suma y el funcionario o servidor público exige una tasa mayor a un ciudadano, incurriría en el delito de exacción ilegal por exigir o hacer pagar en demasía, es decir, una suma mayor a lo establecido

(161) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., pp. 142-143.

(162) FRISANCHO APARICIO, Manuel. Ob. cit., p. 3237.

(163) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 251.

(164) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 261.

normativamente. Aquí no importa para la configuración del tipo la cantidad o el monto de lo pagado en demasía; basta que esta sea superior a la tarifa legal (así sea, por ejemplo, cinco o mil soles). Dícese lo propio de lo exigido o el hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos, que igualmente puede implicar una suma pequeña o grande. Aquí no se protege el patrimonio del particular, sino el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El hecho punible de exacción ilegal ha sido tipificado por el legislador exigiendo una acción finalística del sujeto activo, quien orienta su acción dolosa abusando del cargo a “exigir” o “hacer pagar” contribuciones no debidas o en cantidad que excede a la tarifa legal, en beneficio indebido a favor del Estado. El tipo exige dolo directo (aunque puede configurarse un error de tipo).

La acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos legalmente o superiores a los legalmente establecidos. Aun cuando la norma penal no lo señala expresamente, el delito puede ser cometido por el agente directa o indirectamente, a través de un determinado servidor público.

La acción prohibida o no permitida se expresa materialmente en la conducta del funcionario o servidor público que sobrepasa los límites de sus atribuciones funcionales al no observar los preceptos legales que regulan su función específica. En suma, abusa de las atribuciones del cargo para exigir o sea para hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos. Si abusa del cargo para otras finalidades no señaladas expresamente en la norma penal, incurriría en otro tipo penal.

El tipo en comentario no admite el *animus lucrandi* del agente ni de un tercero; la acción dolosa se realiza en beneficio indebido para la Administración Pública o del Estado, es decir, se beneficia económicamente al Estado, pero se perjudica el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública.

Los verbos rectores en el tipo son los vocablos “exigir” y “hacer pagar o entregar”. Gramaticalmente, “exigir”, en una de sus acepciones, significa demandar imperiosamente⁽¹⁶⁵⁾. También obligar, compeler, constreñir, etc., que son núcleos típicos de la acción concusionaria unidos al adverbio indebidamente. Recordemos que el ejercicio de la función pública es un concepto

(165) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 347.

normativo, el de contribuciones también; asimismo, para la configuración del tipo el legislador ha recurrido al uso de un elemento normativo expresado en la frase: “no debido”. La expresión “hacer pagar” o “hacer entregar” puede realizarse mediante cualquier medio: la persuasión, la amenaza velada o cierta, la astucia o el engaño, etc., requiriéndose, sin embargo, la concreción de un resultado; en cambio, en la “exigencia”, por ser una condición de mera actividad, se consume sin necesidad de resultado alguno. En este último supuesto no se admite la tentativa, en el primero sí.

Esta figura penal es un delito que suele llevar implícito la intimidación propia del abuso del poder que infunde temor en la víctima. La solicitud, por simple que esta sea, compele al destinatario, pues se ejerce contra él un constreñimiento de naturaleza psicológica.

El hecho punible puede concebirse así como de violencia moral, elemento orientador en estructuración del tipo penal, expresado en los supuestos: hacer pagar o entregar, mas no necesariamente en el caso del supuesto de la simple exigencia que constituye un delito de mera actividad. En suma, es un delito sui generis de mera actividad (exigir) o de resultado (hacer pagar o entregar).

Ahora bien, la frase empleada por el legislador peruano: “contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceden a la tarifa legal”, denota incongruencia y echa de menos la construcción lógica de los tipos penales. Porque “contribuciones” es sinónimo de impuestos, arbitrios, tasas, tributos, aranceles, etc., y el “emolumento” equivale a remuneración o salarios, pero no existe, según nuestra legislación, remuneración o salario que pague un particular a un funcionario o servidor público, sino que es el Estado el que lo hace.

¿Qué se entiende por contribución no debida o qué se entiende por emolumento no debido? En ambos casos, la frase “no debida” implica, en términos genéricos, lo no obligado y, en términos específicos, lo no adeudado.

Lo no debido y lo no adeudado son consustanciales. Así, por ejemplo, el cesante o jubilado, exonerado del impuesto predial de acuerdo con la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo N° 776), no está obligado por ley a dicho pago; tampoco se puede afirmar que adeuda el impuesto referido; de manera que si el funcionario o servidor público, abusando de su cargo, le exige o hace pagar o entregar dicho impuesto, incurriría en el hecho punible en comentario.

Sin embargo, no entendemos cómo se puede hablar de emolumentos no debidos, si el funcionario o servidor público percibe una remuneración acorde con su jerarquía, cargo o función, que le retribuye la propia Administración

Pública, y constituye un derecho exigible solo al Estado y no al particular. Si la exigencia se orienta al particular en la condición descrita, no solo resulta una ingenuidad, sino que tampoco se subsumiría en el tipo legal del artículo 383 del Código Penal.

Estos supuestos contemplados en el artículo 383 del Código Penal fueron creados por razones de política criminal, pero más parecen faltas administrativas que tener un contenido de injusto penal.

La incongruencia queda también establecida cuando solo se sanciona el exigir o hacer pagar o entregar contribuciones en cantidades que exceden la tarifa legal o en demasía, pero no cuando se paga menos de la tarifa legal. En el primer caso, el Estado se beneficia indebidamente y en el segundo se perjudica.

La exigencia de un emolumento o remuneración ha desnaturalizado la creación del tipo, resultando innecesaria e inaplicable. Por ende, debemos entender que el tipo solo puede comprender y referirse a las contribuciones, mas no así al emolumento o remuneración, que puede encajar en otras realidades, pero no en la nuestra.

Todo ejercicio de una función pública es normativo y como tal debe regirse por ella; existen instrumentos básicos de gestión como el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) y su base legal el Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el crecimiento de Inversión Privada), etc., al cual debe sujetarse todo funcionario o servidor público. Por otro lado, las contribuciones en general (impuestos, tasas, aranceles, tributos, etc.) se fijan por ley, ordenanzas, edictos, etc., de manera que el funcionario o servidor público, conforme al tipo penal, queda prohibido de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones que exceden los montos que establece la ley.

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos de la Administración Pública, así como el patrimonio del particular.

IV. EL SUJETO ACTIVO

Estas acciones dolosas han sido calificadas por el legislador peruano por el sujeto activo, tanto por la condición que entraña el cargo con sus funciones y por la acción finalista del agente. De manera que el sujeto activo puede ser cualquiera de los funcionarios o servidores públicos que tiene

la potestad de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones, abusando del cargo, o tenga la disponibilidad jurídica para ello.

No necesariamente será el recaudador, el tesorero, etc., también puede ser sujeto activo el alcalde, pese a no tener función específica de recaudador, pues puede abusar del cargo, exigiendo una contribución indebida a favor de la Administración Pública; de allí la importancia de diferenciar el abuso del cargo del abuso de la función, al que se refiere la legislación italiana. Ambos abusos son idóneos y no se puede hablar de una usurpación de funciones específica porque el titular del pliego (alcalde) tiene disponibilidad jurídica para fijar contribuciones indebidas.

En la doctrina nacional, existen opiniones divergentes en relación a quiénes pueden ser agente del hecho punible. Para algunos autores solo puede ser sujeto activo del injusto el funcionario o servidor público que tiene facultades específicas de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones, etc.; para otros, puede ser cualquier funcionario, independientemente a si tiene facultades específicas, pues basta el solo hecho de valerse del cargo.

Sin embargo, por la forma en que está redactado el tipo, todo parece indicar que está referido a aquellos funcionarios o servidores públicos que tienen facultades específicas, y que, abusando del cargo, exigen o hacen pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal; lo cual, como se dijo, implica por interpretación, *a contrario sensu*, que el agente puede exigir o hacer pagar o entregar en forma debida o en cantidad que no excede la tarifa legal, siendo esta solo facultad del funcionario o servidor público con facultades específicas; de lo contrario, incurriría en una usurpación de funciones.

V. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado, pero también los particulares que son quienes soportan el abuso de sus funcionarios o servidores públicos. Recordemos que la acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos o superiores a los legalmente establecidos.

VI. LA PENA APLICABLE

La pena a aplicarse al agente es la privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

VII. EL TIPO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal argentino

Artículo 266.- “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionado público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden” (texto según Ley N° 25.188).

Código Penal español de 1995

Artículo 937.- “La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicios de los reintegros a que viniese obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

Código Penal francés de 1993

§ 1: De las exacciones arbitrarias

Artículo 432-10.- “El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de recibir, exigir u ordenar el cobro en concepto de derechos o contribuciones, impuestos o tasas públicas, de una suma que sabía no se debía o superior a la debida, será castigado con cinco años de prisión y multa de 500.000 francos.

Serán castigados con las mismas penas el hecho, cometido por las mismas personas, de conceder en la forma que fuere y por cualquier motivo una exoneración o franquicia de derechos, contribuciones, impuestos o tasas públicas en violación de los textos legales o reglamentarios.

La tentativa de los delitos previstos en el presente artículo será castigada con las mismas penas”.

Código Penal colombiano de 2000

Artículo 404. Concusión. “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Código Penal panameño de 1982

Artículo 330.- “El servidor público que, con abuso de su calidad o de sus funciones exija y cobre algún impuesto, tasa, gravamen, contribución, derecho, arbitrio inexistente o que aun siendo legales emplee para su cobranza medios no autorizados por la ley, será sancionado con cincuenta a cien días-multa”.

Capítulo III

Colusión simple y agravada

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 concierda 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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 384 del Código Penal tiene como fuente al artículo 344 del Código Penal derogado de 1924 (modificado por la Ley N° 24653) y el artículo 200 del viejo Código Penal de 1863; asimismo, el artículo 369 del Proyecto del Código Penal de 1986, el artículo 377 del Proyecto de Código

Penal de 1991 y el artículo 265⁽¹⁶⁶⁾ del Código Penal argentino (al menos, lo fueron inicialmente).

Han sido diversas las reformas al artículo acotado: por Ley N° 26713 del 27/12/1996, Ley N° 29703 del 10/06/2011, Ley N° 29758 del 21/07/2011, Ley N° 30111 del 26/11/2013 y por el Decreto Legislativo N° 1243 del 22/10/2016. Ello hace evidenciar los gruesos errores de técnica legislativa, así como una falsa creencia de que todo lo resuelve la norma penal. Nada más alejado a la realidad.

Lo novedoso en las últimas reformas al artículo 384 del Código Penal radica en la relación del delito de colusión simple con el delito de colusión agravada. El delito de colusión simple es de mera actividad, de dolo directo y de peligro abstracto en relación con el bien jurídico tutelado. No se requiere de afectación al patrimonio del Estado para que el tipo penal se configure, basta la mera concertación con el propósito deliberado de defraudar al Estado. Es decir, se configura el tipo cuando el agente, en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, acuerda o concierda con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación.

Teóricamente, no hay mayor dificultad en señalar que se trata de un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial del Estado (tipo básico). Es de mera actividad y elimina la tentativa al haber, precisamente, elevado a la categoría de delito acabado una conducta peligrosa. Técnicamente, los supuestos del tipo básico son actos preparatorios. Por ejemplo, cuando el funcionario se reúne y llega a un acuerdo con uno de los postores de la licitación pública. La colusión básica se consuma solo con el acto de concertación, no es necesario acreditar una ventaja indebida a favor del funcionario o servidor público.

Si la colusión simple afecta realmente el patrimonio del Estado se convierte en colusión agravada; pero si esta no se produce, queda en colusión simple. Los verbos rectores utilizados por el legislador para la configuración del tipo penal son indicativos de este aserto. En ellos se expresa la acción material del agente: en la colusión simple (concertar) y en la colusión agravada

(166) Código Penal argentino

Capítulo VIII: Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

Artículo 265.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”. (texto según Ley N° 25.188).

(concertar y defraudar). El primer verbo rector es indicativo de intentar defraudar (sin defraudar) y el segundo, propiamente, del hecho material de defraudar porque el perjuicio económico al Estado es real.

Para el tipo penal agravado la exigencia de un perjuicio patrimonial del Estado debe ser efectivo. Para los fines de tipicidad no es relevante que el agente haya tenido o no un provecho patrimonial, este provecho será tomado en cuenta para la individualización de la pena. La concertación con los particulares debe implicar condiciones contractuales menos ventajosas al Estado, que las que se pudo haber conseguido en un proceso de contratación de acuerdo a derecho.

La concertación solo puede realizarse por comisión, no por omisión. Ello ha sido establecido en el Recurso de Nulidad N° 2587-2011-Cusco, donde la Corte Suprema estableció que no podía inferirse la existencia de acuerdo colusorio de una conducta omisiva⁽¹⁶⁷⁾.

El agente tiene facultad de decisión y, en esa condición, se exigen actos de concertación defraudadora a título de dolo directo, lo cual implica, al mismo tiempo, que exista consenso o acuerdo de voluntades claramente manifiestas de los intervinientes.

La parte más compleja en el ámbito de aplicación de la norma penal es establecer el acuerdo colusorio. En este tema, la jurisprudencia nacional ha establecido como factores objetivos que indicarían la existencia de un acuerdo colusorio, por ejemplo, la participación de un solo postor, el ofrecimiento de precios sobrevaluados, inexperiencia del postor en el rubro objeto de contratación, la admisión de bienes o servicios en calidad o cantidad inferiores a la requerida, cambios de las bases de la selección para favorecer a una determinado postor, etc.

(167) Los funcionarios de una beneficencia pública fueron sometidos a un proceso penal por haber otorgado a un consorcio la administración de un hotel. El fiscal superior objetó que el consorcio no había acreditado la experiencia necesaria y que, a su vez, era el único postor. Consideró, además, que el otorgamiento de la concesión y los pagos efectuados por el consorcio revelaban un acuerdo tácito entre el consorcio y los funcionarios, configurándose de este modo el delito de colusión por omisión. La Sala Superior decidió, sin embargo, absolver de los cargos a los funcionarios de la beneficencia porque si bien solo existía un único postor, las bases –que fueron publicadas tardíamente– preveían que si este cumplía con los requisitos, podía continuarse con el procedimiento. Ante ello, la parte civil, representada por el Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública, interpuso recurso de nulidad por considerar que el tribunal no valoró bien los informes de inspección y el contenido de las bases, los cuales evidenciaban el acuerdo defraudatorio con el postor.

Al resolver la causa, la Corte Suprema precisó que este delito no puede cometerse por omisión, señalando que “la concertación constituye la fuente generadora del riesgo, la cual debe realizarse de manera comisiva”. Por último, la Corte Suprema sostuvo que, a pesar de que los funcionarios no realizaron los actos necesarios para garantizar la licitación de las bases oportunamente, esta actuación no constituiría el delito de colusión, sino solamente una negligencia revisable en sede administrativa.

Estos actos indiciarios son útiles no solo tratándose de la colusión simple, que para su configuración requiere probar el acuerdo colusorio, aunque no el resultado lesivo, sino también la colusión agravada, que además de ello, requiere que se defraude el patrimonio del Estado, ocasionándole un perjuicio económico.

II. LA DESCRIPCIÓN TÍPICA

Es un delito especial cualificado por la condición especial del agente (funcionario o servidor público), quien, aprovechándose de que en razón de su cargo (poder de decisión) interviene, directa o indirectamente, en cualquier etapa de modalidades existentes 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 (delito de mera actividad: tipo básico).

En estas mismas condiciones, si el agente logra defraudar patrimonialmente al Estado, entonces, se configura el delito de colusión agravada (delito de resultado). Esta última condición parece indicar que se trata de un delito que busca proteger el patrimonio del Estado, cuando el agente bien lo pone en peligro o lo lesiona afectivamente. Desde luego que hablamos de un funcionario o servidor público con poder de decisión en razón del cargo. No todo funcionario o servidor público tiene poder de decisión en adquisiciones de bienes o servicios, concesiones o cualquier otra operación. Así, la jurisprudencia ha indicado:

“El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar con el Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo fluye de autos que el procesado (...) no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición (...)”. (Ejecutoria Suprema del 05/05/2003, Exp. N° 1382-2002-Puno)⁽¹⁶⁸⁾.

Es un delito que requiere dolo directo, no es posible realizarlo por omisión. Es de acción bilateral necesaria, en virtud de lo cual los intervinientes (el funcionario o servidor público y el particular) se coluden o conciertan voluntades subrepticamente para defraudar al Estado. Sin la participación o aceptación de los particulares no se configura el tipo. Los agentes particulares ayudan o cooperan en el delito; participan conjuntamente con los funcionarios públicos en su realización; por consiguiente, la participación del *extraneus* es sancionada como complicidad primaria en este delito.

(168) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública (jurisprudencia penal)*. Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 32 y 156.

El funcionario o servidor público puede concertar con personas del sector privado, es su obligación; pero lo que no puede hacer es concertar para intentar defraudar o defraudar efectivamente al Estado. En el tipo básico se manifiesta como un peligro abstracto, mientras que en el tipo agravado como un delito de resultado, que requiere de un perjuicio económico o patrimonial en agravio del Estado. En este último caso, no se concibe un fraude sin perjuicio patrimonial. Naturalmente, por ser un delito bilateral suele darse un beneficio a favor de los concertadores (*intraneus* y *extraneus*) y un perjuicio al Estado. Aunque lo que importa en la configuración del tipo es la defraudación al Estado, resultando irrelevante si hubo o no lucro en los agentes.

Gustavo Cornejo sostenía comentando el Código Penal peruano de 1924, que en este injusto penal: “El móvil en estos delitos es siempre el lucro indebido”⁽¹⁶⁹⁾, pero ello es irrelevante en la configuración del tipo.

En esta línea de reflexión, el tipo penal exige el dolo directo del agente. La acción finalista del agente determina el núcleo central del injusto: pretender defraudar o defraudar al Estado; por tanto, es irrelevante en la configuración del tipo el ánimo de lucro en el agente, aunque este suele presentarse. Como puede apreciarse, los particulares son intervinientes necesarios, pero su conducta por sí sola o, dicho de otra manera, por el simple hecho de ser la contraparte de la concertación defraudatoria, es atípica; solo se configura el tipo en tanto acción bilateral defraudatoria; no se concibe una colusión realizada de manera unilateral.

Debemos tener en cuenta también que el delito de colusión es un delito de encuentro; es decir, se requiere la acreditación de la concertación entre el funcionario público y el particular, quienes buscan defraudar al Estado en un procedimiento de contratación estatal. Así, al necesariamente coexistir una conjunción de voluntades, la colusión constituye un delito de participación necesaria, pues resulta necesaria la intervención de ambas partes.

La negociación desleal siempre es entre el Estado y el particular, en la cual este último debe efectuar una prestación a favor de aquel. La conducta del particular con quien se colude el funcionario escapa al tipo (por no tener la condición de funcionario o servidor público). No obstante, el particular es sancionado como cómplice, manteniéndose de ese modo, la unidad del título de imputación. Resultaría inconcebible que solo se reprima al agente (funcionario público) y no al particular. El *extraneus* puede ser sancionado como cómplice porque sus actos son necesarios para configurar el tipo.

(169) CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob. cit., p. 122.

Es pertinente precisar que a los interesados que conciertan con los funcionarios o servidores públicos, no se les puede imputar el delito de título de autores, debido a que no son funcionarios o servidores públicos con directa relación funcional con el patrimonio estatal; sin embargo, esto no significa que su conducta sea atípica. Dichos particulares tienen la calidad de cómplices primarios del delito, pues sin su intervención, por la forma como está construida la tipificación, sería impracticable la tipicidad del delito. Conforme a la teoría de los delitos de infracción del deber, solo el sujeto público o *intraneus* infringe el deber especial, por lo que el *extraneus* solo puede ser cómplice.

El legislador peruano empleó en la configuración del tipo dos verbos rectores: “concertar” para el tipo básico y “defraudar” para el tipo penal agravado. En el primer caso, dicho verbo rector es indicativo de un peligro abstracto del bien jurídico tutelado y, en el segundo, indica un delito de resultado, es decir, un perjuicio real al patrimonio.

Ambos verbos rectores tienen contenidos materiales distintos. El concepto “concertar” implica acuerdo ilegal para perjudicar el patrimonio del Estado. Por eso, constituye un delito de peligro abstracto en relación al bien jurídico tutelado. Es decir, es de mera actividad, por lo que no admite la tentativa. A diferencia del delito de colusión agravada, que sí es un delito de resultado, pues requiere para su configuración una afectación real del patrimonio del Estado, por lo que sí admite tentativa, aunque esto último es muy discutible, porque esta figura ha sido elevada a la categoría de delito consumado como colusión simple.

El vocablo “defraudar” y “fraude” indica la existencia de engaño o dolo⁽¹⁷⁰⁾. Cabanellas definía la defraudación en sentido amplio, comprendiendo cuantos perjuicios económicos se infieren abusando de la mala fe. “Además de engaño genérico con perjuicio económico concreto, defraudación se emplea, de modo especial en los abusos cometidos contra el fisco”⁽¹⁷¹⁾. Goldstein afirmaba que: “Defraudar es privar a otro con abuso de confianza o con infidelidad de aquello que en derecho le corresponde”⁽¹⁷²⁾. Estas y otras definiciones tienen unos significados comunes referidos siempre al perjuicio público; tratándose de la colusión agravada, no se concibe una defraudación sin perjuicio económico del patrimonio del Estado.

El tipo básico y el tipo agravado prescriben que el medio del que se vale el agente para defraudar es la concertación, solo que en el agravado también, la defraudación patrimonial al Estado debe ser efectiva. No se señala

(170) VITERBO ARIAS, José. Ob. cit., p. 483.

(171) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 599.

(172) GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962.

expresamente en qué deben consistir estos “actos fraudulentos”; lo cierto es se priva al Estado de aquello que le corresponde por derecho. Así, por ejemplo, el funcionario o servidor público que, en razón de su cargo, interviene en un contrato representando al Estado, y lo perjudica patrimonialmente al beneficiar a un postor y generar sobrecostos.

Los actos fraudulentos son consustanciales a la colusión o concertación previa y suponen de alguna manera astucia, engaño, artificio, ardid, etc., que se materializa al momento de suscribir el contrato con beneficios concertados, durante su ejecución y a la culminación de la misma. Dícese lo propio del concurso de precios, licitación, subasta o cualquier otra operación en que intervenga por razón de su cargo. Lo sustancial para la configuración del tipo es la concertación fraudulenta. Así la jurisprudencia ha señalado:

“El delito de colusión ilegal exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleve a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la administración”. (R. N. N° 1480-2003-Arequipa)⁽¹⁷³⁾.

La norma penal no describe ni fija los límites conceptuales de la acción genérica en que la defraudación consiste. El tipo es taxativo en señalar que la concertación con los interesados se dan en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, etc. El verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo resulta bastante elocuente que determina la acción rectora de los agentes.

Las expresiones utilizadas por legislador caracterizan la norma como un tipo penal abierto, que permite interpretación analógica; por consiguiente, es posible admitir otras operaciones semejantes a las previstas, como, por ejemplo, una recepción de obras, una certificación, etc.

Para la configuración del tipo, se exigen tres condiciones concurrentes:

- **Cualificación** del tipo en razón del agente activo: funcionario o servidor público con poder de decisión.
- **Concertación** con terceros en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones, etc., **para defraudar** al Estado o entidad u organismo del Estado (colusión simple); y,
- **Defraudar** patrimonialmente **mediante dicha concertación** con los interesados (colusión agravada).

(173) *Ibíd.*, p. 400.

Sin duda alguna, la concertación con el propósito de defraudar al Estado es el núcleo de la acción dolosa del agente, exigiéndose en el tipo agravado una efectiva defraudación patrimonial al Estado. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado:

“Habiéndose realizado las adquisiciones de acuerdo a la Ley del Presupuesto vigente para ese año y al Reglamento de Adquisiciones de Bienes y Servicios no personales, que permitían la adjudicación directa, no probándose que haya existido concertación con la empresa vendedora, ni tampoco trasgresión de las normas de austeridad, la sentencia que absuelve a los acusados se halla conforme a ley”. (Sala Penal C, Cons. N° 4159-95-Lima).

El funcionario o servidor público por razón de su cargo debe tener poder de decisión. Ello es claro en relación con el funcionario, pero difícilmente el servidor público puede tener poder de decisión. La función o atribución es reglada normativamente. Las atribuciones están en función al cargo que ocupa el funcionario o servidor público. La Administración Pública precisa de una organización que pueda servir correctamente a la comunidad de acuerdo a las normas de la materia. De manera que si el funcionario o servidor público se vale de esta condición especial de decisión para coludirse con terceros y defraudar patrimonialmente al Estado, estamos ante una conducta típica de este delito.

La “colusión, como acuerdo oculto entre varios sujetos para conseguir ilícitamente un provecho”⁽¹⁷⁴⁾ en perjuicio del Estado, es una conducta recurrente y muy usual en nuestro país; no exenta de una serie de dificultades en relación a establecer la prueba de los hechos. Usualmente, en estos casos se recurre a las pruebas indiciarias o indirectas.

No se concibe concertación de uno sino de dos; el primero, con una relación funcional de decisión necesaria por razón de su cargo y el otro, un particular interesado. Es decir, deben concurrir poder de decisión del funcionario e interés del particular interesado. Así, la jurisprudencia ha señalado: “Si el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente”. (Sala Penal R. N. N° 1522-97-Lima).

III. LAS CUESTIONES DE ORDEN ADMINISTRATIVO Y CONCEPTOS VINCULADOS AL TIPO PENAL

Los organismos del Estado, para el cumplimiento de sus fines, requieren de la adquisición de bienes y servicios. Estos bienes y recursos son variados y

(174) RANIERI, Silvio. Ob. cit., p. 411.

se requieren de forma permanente, estableciendo cada entidad un plan anual de adquisiciones o contrataciones. Dicho plan debe prever el tipo de bienes y servicios que se requerirá durante el ejercicio presupuestal y el monto del presupuesto requerido.

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamentos y principios establecidos por la ley de la materia, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del Derecho Público que resulten aplicables al proceso de contratación. En tal sentido, estos principios sirven de referentes de interpretación para la aplicación de la Ley N° 30225 (Ley de Contrataciones del Estado) y sus modificaciones, establecidas por el Decreto Legislativo N° 1341.

Las entidades del Estado deben garantizar la libertad de concurrencia, es decir, promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad e integridad, entre otras⁽¹⁷⁵⁾.

(175) **Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Publicidad. El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

Eficacia y eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

Vigencia tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y reposicionarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

En tal sentido, todas estas adquisiciones están sujetas a la supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Naturalmente existen supuestos excluidos del ámbito de supervisión, establecidos en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1341⁽¹⁷⁶⁾. Los procesos de contratación son organizados por la entidad como destinataria de los fondos públicos asignados a la contratación, aunque es posible que, mediante convenio, una entidad pueda encargar a otra as actuaciones preparatorias o el procedimiento de selección. Del mismo modo, y excepcionalmente, también puede encargarse determinados procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados, previa autorización expresa, cuando el objeto de la contratación sea calificado como especializado o complejo,

Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

(176) Decreto Legislativo N° 1341

Artículo 5.- “Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión

5.1. Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

- a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.
- b) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.
- c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro.
- d) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el veinticinco por ciento (25 %) del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros.
- e) Las contrataciones que realice el Estado Peruano con otro Estado, siempre que ese otro Estado realice las prestaciones de bienes, servicios u obras, a través de sus propios organismos, dependencias o empresas de propiedad estatal.
- f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente Ley; ii) el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero; o iii) el ente rector del sistema nacional de salud advierta que la contratación resulta más ventajosa para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema. Las contrataciones deben efectuarse conforme a los compromisos internacionales vigentes.
- g) La contratación de seguros patrimoniales con proveedores no domiciliados siempre que las Entidades sustenten que la contratación resulta más ventajosa para la satisfacción de sus necesidades y se realice en concordancia con los compromisos internacionales vigentes. Para tal efecto, la Entidad debe verificar que la empresa de seguros a contratar pertenece a un Estado clasificado con grado de inversión, que es supervisada por la autoridad competente de su país y que cuenta con la clasificación de riesgo mínima.

5.2. El reglamento establece los aspectos y requisitos aplicables a estas contrataciones. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece los criterios para la supervisión”.

siguiendo las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas, de acuerdo a lo que establece el reglamento.

Todas las adquisidores de bienes y servicios se encuentran regladas o pautadas por las normas de la materia, a las que debe sujetarse todo funcionario público, sea como titular de la entidad, órgano encargado de las contrataciones, integrante de comités de selección o de órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor, etc. El reglamento establece la composición, funciones y responsabilidades de los funcionarios. El titular de la entidad puede delegar, mediante resolución, su autoridad a otro órgano; pero no puede ser objeto de delegación la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A del Decreto Legislativo N° 1341.

Todas las entidades del Estado formulan su Plan Anual de Contrataciones a partir del primer semestre y, teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada entidad debe programar, en su Cuadro de Necesidades, y los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones. Dichos requerimientos deben estar acompañados de sus respectivas especificaciones técnicas o términos de referencia, los cuales pueden ser mejorados, actualizados o perfeccionados antes de la convocatoria.

En suma, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, tiene como finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos con repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Entonces, queda claro que, cuando el Estado celebra contratos o convenios, debe estar sujeto a las formalidades que establecen las leyes de la materia.

He aquí algunos de los contratos y conceptos más usuales:

Contrato. Es el concierto o acuerdo de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus relaciones jurídicas, donde las partes se obligan recíprocamente la una a la otra.

Contrato administrativo. Es el celebrado entre la Administración, por una parte, y un particular, sea la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de una fuente de riqueza, etc.

Contrato de suministro. Es aquel por el cual la Administración Pública, mediante el pago de un precio, adquiere las cosas muebles que necesita, las cuales se entregan de una sola vez o en periodos sucesivos. Tienen la connotación de ser permanentes y regulares.

Empréstito. Procedimiento por el cual las entidades del Estado obtienen dinero o medios económicos destinados al cumplimiento de sus fines mediante la emisión de valores, generalmente al portador, que devengan un interés y se cancelan en determinadas condiciones.

Concurso público. Modalidad de adquisición de divulgación abierta a la libre concurrencia, aplicable a las adquisiciones de bienes y servicios no personales, entre otros.

Licitación pública. Modalidad de adquisición cuya característica básica es la libre concurrencia de postores a una adquisición de bienes y servicios no personales, a partir de cierto valor monetario total de referencia señalado por la ley. Debido al monto de las inversiones públicas, las exigencias son más rigurosas que otras modalidades.

La licitación tiene una razón de ser, ya que mediante ella se elige al proveedor particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo; todo procedimiento se realiza sobre la base de las condiciones incluidas por el organismo licitante en las correspondientes bases administrativas y especificaciones técnicas; y con arreglo a dos principios fundamentales: a) la publicidad en la convocatoria, y b) en la solemnidad del acto de licitación o concurso; rechazándose la festinación de procedimientos y la falta de formalidad.

De acuerdo con el artículo 76 de la Constitución Política del Estado: "Las obras y las adquisiciones de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata o licitación pública, así como también las adquisiciones o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la ley de presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

En Derecho Administrativo, la licitación constituye el procedimiento de adquisiciones mediante libre competencia de postores en acto público,

licitación, subasta o junta de almonedas. Se basa en la publicidad o libre acceso de postores para prestar servicios o vender bienes al Estado, así como en la necesidad de garantizar el adecuado manejo de los fondos públicos destinados a dicho efecto; de allí que solo por excepción se prescinde del requisito de licitación, concurso o cualquier otra modalidad específica.

Concurso de precios. Es un procedimiento especial establecido cuando se trata de adquirir bienes de acuerdo a los montos establecidos por la ley.

Subasta. Es la operación de venta pública de los bienes del Estado al mejor postor.

Suministro. “Implica la existencia de la obligación de una parte de ejecutar, a favor de la otra parte, contra la compensación de un precio, prestaciones continuativas o periódicas de cosas u obras”⁽¹⁷⁷⁾.

Proveedor. Es cualquier persona natural o jurídica acreditada como tal y que provea al Estado de bienes y servicios.

Contrato de obra pública. Es aquel acto jurídico que la Administración Pública celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio.

Concesión de uso de bienes públicos. Es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. La concesión es otorgada por la Administración, es decir, por un ente estatal actuando en función administrativa. El beneficiario de la concesión es una persona física o jurídica privada. Obviamente que estamos ante la presencia de un contrato administrativo regulado por el Derecho Público, lo cual explica sus peculiaridades esenciales, que lo distinguen netamente de los contratos de Derecho Privado.

Concesión de servicio público. Es el acto de Derecho Público por el cual la Administración encarga temporalmente a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, la ejecución de un servicio público; transmitiendo ciertos poderes jurídicos, y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

Convenios. Es el acuerdo o el concierto de voluntades tendientes a establecer relaciones jurídicas entre dos o más partes que se expresan un pacto, contrato o en cualquier otro instrumento jurídico, de exigencia y cumplimiento obligatorio para las partes. Se conviene sobre una cosa

(177) MANZINI, Vincenzo. Ob. cit., Tomo IX, p. 400.

o sobre un asunto determinado, con el carácter de observancia obligatoria para las partes.

Ajustes. Etimológicamente la palabra “ajustar” proviene del latín *ad* que significa “a” y *justium* que quiere decir “lo justo”, “lo exacto”, “lo conveniente”. De allí que su sentido, generalmente aceptado en Derecho, está relacionado a la idea de concertar voluntades, conforme a una norma o pacto o ley. Es decir, ajustar el precio de una cosa o de una remuneración, etc., lo que equivale a acondicionar o adecuar el negocio o cualquier otro acto a una norma legal, convocatoria previamente establecida.

En suma, es la acción o el acto de concertar una solución jurídica teniendo en cuenta la ley a adoptar para el caso o negocio particular por las partes.

Liquidaciones. Etimológicamente, la palabra proviene del latín *liquidare* que significa “poner término a una cosa o a las operaciones de un establecimiento o empresa”. Es la operación mediante la cual se detalla, ordena y saldan cuentas, después de haberse determinado su monto con carácter definitivo.

Estas y otras operaciones análogas son a las que se refiere el artículo 384 del Código Penal. En este extremo, la norma penal es muy amplia en cuanto a su interpretación; admite multiplicidad de operaciones de todo tipo en que interviene el funcionario o servidor público por razón de su cargo o comisión especial. Por ejemplo, las realizadas por los negociadores de la deuda externa peruana, por asesores, etc.; ya que ellos, de alguna manera, realizan funciones públicas.

Entiéndase por funciones públicas a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. I de las Definiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Resolución Legislativa N° 26727, del 05/03/1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE); así lo establece también la Ley N° 26713, que modificó el numeral 3 del art. 425 del Código Penal, comprendiendo como funcionarios o servidores públicos, a efectos penales, a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que, en virtud de ello, ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

Cabe reiterar que el delito de colusión simple es de mera actividad, por lo que no se requiere de afectación al patrimonio del Estado, bastando la

concertación con el propósito deliberado de defraudar al Estado. En cambio, la colusión agravada requiere el resultado de defraudar patrimonialmente al Estado, tal como lo indica la jurisprudencia:

“Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad, calidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada”. (Ejecutoria Suprema del 23/10/1997, Exp. N° 2395-96-Huánuco).

IV. LA COAUTORÍA

Es una cuestión fundamental por resolver la coautoría en el delito de colusión desleal. Ello en razón de la naturaleza jurídica del injusto penal. Es decir, dada su condición de ser un delito especial de función pública cualificado por la calidad del sujeto activo: funcionario o servidor público. Podría sostenerse cuando intervienen varios funcionarios o servidores públicos, que, por razón de su cargo y con poder de decisión, intervienen en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante; pero en relación con el interesado, que es un particular, no cabe autoría ni coautoría.

V. LA INSTIGACIÓN

Es posible admitir la instigación en el delito de colusión desleal, conforme al artículo 24 del Código Penal. Instigador es el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible de colusión desleal.

El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al funcionario o servidor público a cometer el delito de colusión desleal. El instigador que puede ser otro funcionario o servidor público o un particular que no realiza actos ejecutivos ni colabora materialmente en la realización del hecho punible, limitándose a ejercer una influencia sobre el funcionario con el objeto de hacerle cometer el mencionado ilícito penal.

Los medios de los cuales se puede valer el instigador son múltiples; pueden abarcar desde la persuasión, el ofrecimiento de recompensa, la sugestiva indicación de lo provechoso que puede resultar la comisión del delito, hasta otras formas veladas, sean coactivas o de abuso de autoridad; pero, en estos casos, debe tomarse en consideración que no sean medios de tal intensidad que hagan impune al funcionario o servidor público.

Como lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento penal, el instigador debe actuar dolosamente, es decir, determinar al instigado con conciencia y voluntad de realizar el hecho punible. La norma penal (art. 24 del CP) no admite una instigación culposa. El dolo del instigador (funcionario o servidor público) ha de comprender tanto la actividad de generar en el instigado la voluntad de cometer la infracción penal especial, como la realización de esta. Ambos deben tener conciencia y voluntad de querer la realización del hecho punible. El primero persuadiendo y el otro ejecutando el hecho punible.

La instigación presupone una propia acción, cuyo resultado, por el que debe responder el instigador, es el acto principal cometido por el sujeto instigado que ha realizado el hecho punible. Por tanto, el tipo del acto principal representa también el punto de partida de la pena que corresponde al instigador. Obviamente que el instigador no responderá por la parte excedente realizada por el autor principal.

La instigación es accesoria y depende de la acción del agente principal en la realización del hecho punible. Los actos de persuasión del instigador no caen dentro de las exigencias del tipo penal específico, son actos marginales al tipo. Siendo esto así, el instigador no debe, necesariamente, poseer las características que se exige al instigado para la comisión del delito de colusión desleal, es irrelevante la condición especial o no del instigador. Es posible, por tanto, la instigación en un delito especial (colusión desleal) por parte de un *extraneus*.

En la instigación, lo determinante es que instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar dolosamente en la realización del hecho punible. El límite de la responsabilidad penal del instigador radica en el hecho que concretamente quiso que cometa el instigado.

VI. LA COMPLICIDAD

Siendo un delito especial de función pública, exige una particularidad personal en el autor: la de tener la calidad de funcionario o servidor público, que interviene con facultades especiales en los contratos, suministros, licitaciones, etc., por razón del cargo o por comisión especial y en tal condición defrauda al Estado.

Sin embargo, se admite la complicidad en el delito de colusión simple y agravada por parte del particular. El cómplice solo contribuye a la realización del hecho punible mediante actos que propiamente no caen dentro del tipo penal. El acto ejecutivo descrito por el tipo penal solo puede ser realizado

por un funcionario o servidor público, no por el particular al no tener dicha condición especial exigida en la norma.

Ahora bien, las dos formas de complicidad con relevancia penal que contempla el artículo 25 del Código Penal suponen el dolo de parte del cómplice, quien actúa con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del accionar doloso que realiza el autor (funcionario o servidor público). De allí que, en doctrina, se sostenga la teoría del doble dolo del cómplice.

La racionalidad en la aplicación de las penas debe depender de la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho punible; es posible hacerla a través de un juicio valorativo no solo con la naturaleza intrínseca del aporte, sino sobre todo, en relación con las circunstancias propias de cada caso en particular. Esto es así porque el cómplice no ejecuta el hecho ilícito, solo coopera o ayuda a la consecución del delito o, dicho de otra manera, ayuda o coopera con el funcionario o servidor público que defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado.

Sin embargo, una de las cuestiones fundamentales por resolver en el injusto penal es la cuestión de la participación del *extraneus*. El particular tiene una intervención necesaria en la configuración del tipo. Ambos orientan su acción dolosa a defraudar al Estado. Pero el particular no puede ser sancionado a título de autor o coautor por no reunir las exigencias del tipo en cuanto a la cualificación del sujeto activo. Si bien el funcionario y el particular se conciertan y defraudan al Estado, solo el primero infringe el deber especial contenido en el tipo, que fundamenta su autoría.

VII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384 del Código Penal, es poco probable que se presente alguna causa de justificación. Sin embargo, puede presentarse casos excepcionales o situaciones de necesidad que excluyan la acción antijurídica realizada.

En el ejercicio de sus funciones, el agente público puede encontrarse frente a situaciones de necesidad, de suerte que, para superarlas, es necesario prescindir de procedimientos regulares y efectuar actos de disposición patrimonial, como medida de urgencia.

Por ejemplo, en el R. N. N° 79-2003-Madre de Dios, del 15/02/2005, se describe un supuesto de situación de necesidad:

“Resulta que el traslado en avión Fokker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuírsele la comisión del delito de colusión ilegal”.

En este caso, si bien los procesados alquilaron los aviones de las Fuerzas Armadas sin seguir los procedimientos regulados, la situación de emergencia en que se encontraba la población ameritaba una rápida actuación, aun cuando dicho contrato causó un perjuicio dinerario al Estado.

VIII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado y adicionalmente el ejercicio debido o correcto de la función pública; es decir, la función pública ejercida correctamente dentro de la legalidad para defender los intereses del Estado.

El artículo 384 del Código Penal no busca proteger la ética de los funcionarios en la celebración de los contratos o cualquier otra operación; o los especiales deberes de imparcialidad que deben regir dichos actos, la imagen de la Administración Pública, el quebrantamiento de un deber de honestidad y moralidad pública, etc. No corresponde al Derecho Penal velar en sí por la imagen de la Administración, sino velar porque los intereses del Estado sean correctamente defendidos o considerados en cualquier negociación en la cual intervienen sus funcionarios o servidores públicos por razón de su cargo o por comisión especial.

Mal podría el Derecho Penal interesarse en los aspectos mencionados, por cuanto ello traería como consecuencia el hecho de convertir en delito cualquier acto que deteriore la imagen de la Administración o cualquier incumplimiento de deberes de imparcialidad o fidelidad propio del cargo, como si el fin de la intervención punitiva estatal fuera proteger la organización administrativa como tal y no el servicio público que la sustenta.

Los funcionarios o servidores públicos han de ejercitar sus intervenciones en los contratos, licitación, liquidación, etc., conforme al interés del Estado y según la legalidad existente. De allí que también se sostenga que se trata de proteger la legalidad del ejercicio funcional.

IX. EL SUJETO ACTIVO

Es el funcionario o servidor público que, por razón del cargo, tiene poder de decisión para intervenir en los contratos, suministros, licitaciones,

concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante. Sobre el particular, la jurisprudencia ha indicado:

“Sujeto activo del delito de colusión fraudulenta o desleal es aquel que tiene la función específica de intervenir en los contratos públicos y la autoridad para llevarlos a cabo y comprometer el patrimonio estatal”. (R. N. N° 3042-2004-Puno⁽¹⁷⁸⁾).

“No existe delito de concusión ni colusión defraudatoria contra el Estado si el alcalde y dos regidores que intervinieron en la suscripción de contratos y otorgamiento de la ‘buena pro’ a empresa privada para las obras de electrificación, lo hicieron en su condición de vecinos dirigentes del comité pro electrificación y no como funcionarios públicos”. (Ejecutoria Suprema del 31/10/1997, Exp. N° 3538-96-Lambayeque).

X. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado como titular del bien jurídico tutelado. Entiéndase al Estado no solo a la administración ejecutiva, sino también legislativa, judicial, a las entidades descentralizadas, gobiernos regionales, provinciales y locales, etc.

XI. LA PENA APLICABLE

En el tipo básico, el sujeto activo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor a seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y 180 a 365 días-multa.

Para el tipo agravado, el artículo 384 del Código Penal contempla una 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 del Código Penal; y 305 a 730 días-multa.

(178) GACETA JURÍDICA / DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *El Código Penal en su jurisprudencia*. Ob. cit., p. 400.

Capítulo IV

Patrocinio ilegal

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”.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo penal es relativamente nuevo en nuestra legislación. Tiene como fuente al artículo 378 del proyecto de Código Penal peruano de 1991. Esta figura no fue contemplada por el Código Penal de 1863. Tampoco en el Código derogado de 1924, ni en el proyecto de Código Penal de 1986.

Son pocos, en la legislación comparada, que lo tipificaron como hecho punible. Así, el artículo 321 del Código Penal brasileño, el artículo 157 del Código Penal colombiano de 1980⁽¹⁷⁹⁾ y actualmente el artículo 421 del nuevo Código Penal colombiano de 2000⁽¹⁸⁰⁾. Este último, a diferencia del artículo 385 del Código Penal peruano, utiliza un elemento normativo expresado

(179) Código Penal colombiano de 1980

Artículo 157.- “El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de seis (06) meses a dos (2) años, en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público”.

(180) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 421.- Asesoramiento y otras actuaciones ilegales. “El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público, la pena será de prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

en el vocablo “ilegalmente” y cuatro verbos rectores en la configuración del tipo: “representar”, “litigar”, “gestionar” o “asesorar”, en un asunto judicial, administrativo o policial; así como una figura agravada calificada por la condición especialísima del sujeto activo (cuando el agente es funcionario o empleado del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público). Nótese cómo la legislación colombiana contiene supuestos más amplios que la peruana.

En la legislación peruana, el agente se vale de su calidad de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública. En la legislación penal colombiana, el servidor público ilegalmente representa, litiga, gestiona o asesora en asunto judicial, administrativo o policivo, intereses particulares ante la Administración Pública. No obstante, la configuración del tipo descrito en el artículo 385 del Código Penal de 1991, tiene bastante similitud con la redacción del artículo 321 del Código Penal de Brasil⁽¹⁸¹⁾; ambos códigos utilizan un mismo verbo rector: “patrocinar”, para denotar la conducta o acción dolosa del agente que el legislador estimó como hecho punible.

El verbo rector “patrocinar” no es restrictivo, sino de connotación amplia. No solo está circunscrito al ámbito jurisdiccional, sino que tiene un sentido más amplio, en cuanto contenido material y ámbito en el que se hace prevalecer la condición de funcionario o servidor público. Incluye la defensa, asesoramiento, amparo, protección, gestión, etc., tiene un contenido de mayor acción que la simple gestión de intereses particulares, tanto en el ámbito jurisdiccional, administrativo, policial, en el Ejecutivo, entidades en general del Estado, etc.

El legislador peruano, en la cualificación del tipo, ha considerado como sujeto activo de la acción dolosa a cualquier funcionario o servidor público, independiente de la profesión o conocimiento técnico que este pudiera tener. No está referido única o exclusivamente al abogado. Lo relevante para la configuración del tipo es que el agente se vale de su condición para defender intereses de particulares ante la Administración Pública, sean profesionales o no. Se vulnera así la prohibición de que los funcionarios o servidores públicos no pueden hacer uso de su cargo o condición para patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública.

(181) Código Penal brasileño de 1940

Artículo 321.- “Patrocinar, directa o indirectamente, intereses privados ante la Administración Pública, valiéndose de la cualidad de funcionario: Pena-Detención de 1 (uno) a 3 (tres) meses o multa.

Párrafo único. Si el interés es ilegítimo: Pena-Detención de 3 (tres) meses a 1 (un) año, además de multa”.

Sin embargo, la norma penal no reprime o prohíbe al funcionario o servidor público el ejercicio de su profesión en sí misma cuando esta es posible; por consiguiente, solo reprime el valerse de su cargo o condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública. Así, no se subsume en el tipo el hecho de que el funcionario abogado, valiéndose de su profesión (no del cargo), patrocine intereses particulares ante el órgano jurisdiccional en lo administrativo, a nivel policial, etc., fuera del horario de trabajo.

Lo que se le prohíbe es valerse de su condición especial de funcionario y patrocinar intereses particulares ante la administración; no importa si el agente tiene profesión o carece de ella. Obviamente existen casos especiales en los que el agente no puede valerse ni de su profesión, menos aún del cargo, para patrocinar intereses privados ante la Administración Pública, como es el caso de los fiscales, magistrados, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc. Estos agentes especiales están prohibidos de ejercer abierta o reservadamente gestión alguna ante las autoridades judiciales o administrativas a favor o representación de intereses particulares.

Cuando el legislador emplea el vocablo “valiéndose”, antecediendo al verbo rector del tipo (patrocinar), lo hace para precisar y delimitar la conducta que considera sujeta a reproche. Se reprime la conducta del funcionario que se vale del cargo para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública en condiciones concretas. No se reprime al funcionario que simplemente se vale de su profesión, ya que esta conducta es lícita y atípica. Tal vez, en algunos casos, no sea ético, pero no es punible.

Otra de la cuestión discutible en la doctrina nacional es la de establecer si el tipo está referido a la intervención material del patrocinio directa o indirectamente. Para algunos autores como Abanto Vásquez: “El tipo no exige que el sujeto activo acuda él mismo al funcionario que se quiere influir, sino que se valga de su calidad de funcionario para patrocinar”⁽¹⁸²⁾. En cambio, para Fidel Rojas, la norma penal solo ha contemplado el patrocinio directo, no regulando el caso de valerse el funcionario de persona interpuesta⁽¹⁸³⁾. Lo concreto es que la norma, en la forma como ha sido redactada, parece indicar que está referida al patrocinio desleal de manera directa. Así lo ha entendido cierta jurisprudencia y los proyectos de ley presentados por

(182) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 276 y 277.

(183) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 296.

algunos congresistas para modificar el artículo 385 del Código Penal, a fin de señalar este supuesto de manera clara e inequívoca en el tipo, a fin de evitar interpretaciones forzadas⁽¹⁸⁴⁾.

(184) Proyecto de Ley N° 10602. Propone modificar el artículo 385 del Código Penal, referente el delito de patrocinio ilegal.

“FUNDAMENTOS

La Administración Pública es el conjunto de dependencias orientadas a satisfacer las necesidades de la colectividad de conformidad con las leyes de la materia, ya sea en el ámbito nacional, regional o local; sin embargo, para el Derecho Penal le interesa los actos de la Administración Pública –actos funcionales– realizados por personas que aun cuando en el ámbito de la Administración Pública no son propiamente funcionarios públicos o servidores públicos, sino que se refieren a las relaciones entre la Administración Pública y los administrados. Es importante saber que los actos funcionales realizados en la Administración Pública le interesa al Derecho Penal; de tal manera que para dilucidar quién es funcionario o servidor público, debe tenerse en cuenta dos elementos: a) existencia de un título (elemento subjetivo); y b) efectiva participación en la función pública (elemento objetivo); por consiguiente, será funcionario o servidor público aquella persona que prestando servicios al Estado se halla especialmente ligada a este, ya sea por nombramiento, designación o elección popular, y que premunidos de poder ejecutar su voluntad a través de actos funcionales, de modo tal que al Derecho Penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública cualquiera, por eso que en doctrina ha quedado claro que lo que se entiende como funcionario público en el Derecho Penal es diferente a lo que se entiende en otros ámbitos jurídicos, razón por la cual el artículo 425 del Código Penal prescribe a quienes se consideran funcionarios o servidores públicos para fines penales. En este orden de ideas, en nuestro sistema jurídico, se ha tipificado una serie de tipos penales que pueden ser cometidos por funcionario o servidores públicos, dentro de los cuales el artículo 385 del Código Penal tipifica el patrocinio ilegal con el siguiente texto: “El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública”, que tiene por objeto el correcto comportamiento en el funcionamiento de las diferentes entidades estatales; sin embargo, no obstante ello, de la lectura y análisis del texto se deja fuera del tipo penal aquellos actos que realizados por terceros ajenos a la Administración Pública, son ejecutados por cuenta de un funcionario o servidor público, vacío que es necesario subsanar modificando dicho tipo penal y evitar de este modo que conductas de malos funcionarios o servidores públicos como las descritas queden impunes, precisando además que la conducta de los terceros ajenos a la administración, por no tener la calidad de funcionario o servidores públicos, su conducta se reprimirá en calidad de cómplice. Finalmente, debemos indicar que en este ilícito penal el bien jurídico tutelado es la protección al correcto comportamiento de los funcionarios o servidores de la Administración Pública, sin presiones, recomendaciones o prestaciones personales. En mérito a lo expuesto, la presente iniciativa legislativa se propone modificar el artículo 385 del Código Penal, en el sentido que abarque la conducta descrita, entendido como un tipo penal que no solo castigue el patrocinio incompatible en forma directa sino también en forma indirecta, no precisando para su consumación de un resultado lesivo concreto, bastante el patrocinio de intereses de particulares ante la Administración Pública.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El Proyecto de Ley se propone modificar el artículo 385 del Código Penal, en tanto y en cuanto este tipo penal parece referirse solamente al patrocinio infiel en forma directa sin importar ubicarse en el supuesto de que el funcionario o servidor público se valga de un tercero funcionario o no, servidor o no, para patrocinar intereses particulares, lo que hace necesario clarificar la tipificación del delito de patrocinio incompatible, mediante la modificación de este tipo penal, a efecto de evitar interpretaciones arbitrarias y queden impunes conductas como la descrita.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa, de convertirse en ley, no tendrá ningún impacto en los recursos del erario nacional, ya que solo se limita a dar una respuesta efectiva frente a conductas sistemáticamente parciales de funcionarios y servidores de la Administración Pública, a quienes mediante la modificación del Código Penal contenida en esta propuesta se les advierte que la sociedad no va a tolerar ni presiones, ni recomendaciones ni llamadas telefónicas que incidan en sus actos estrictamente.

En Derecho Penal, la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y puede abrir un amplio campo a la arbitrariedad del juzgador, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar con penas que afectan considerablemente bienes fundamentales como la libertad.

Otra de la cuestión discutible en este injusto penal es la de establecer si el interés particular que patrocina el agente, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público ante la Administración Pública, debe contener o no un contenido económico. Esta discusión, en nuestra legislación deviene irrelevante en la configuración del tipo; poco importa si tiene o no un contenido económico, lo relevante es valerse de la calidad especial del agente para promover o patrocinar intereses particulares.

El interés incluso puede ser sentimental, aun cuando se favorezca económicamente al particular. Por ejemplo, el caso ampliamente difundido en que un viceministro de la República, valiéndose de su calidad de alto funcionario del Estado, patrocinó un interés particular ante la Administración Pública (Ministerio de Economía y Finanzas), por el amor de una joven, al propiciar

FÓRMULA LEGAL

El congresista de la República que suscribe, Rodolfo Raza Urbina, miembro de la Cédula Parlamentaria Aprista, en uso de las facultades que le otorga el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente Proyecto de Ley:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO PENAL QUE TIPIFICA EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto una mejor tipificación del delito de patrocinio ilegal extendiendo los alcances de la sanción penal para los casos en los que el funcionario o servidor público al patrocinar intereses particulares se vale de un tercero.

Artículo 2.- Modificación del artículo 385 de Código Penal

Modifícase el artículo 385 del Código Penal, en el siguiente sentido:

Artículo 385.- “El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina directa o indirectamente intereses particulares ante la Administración Pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

Artículo 3.- Vigencia de la Ley

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. Lima, 17 de mayo del 2004

El presente proyecto de ley se encuentra en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República”.

el Decreto Supremo N° 047-2003-EF, el cual favoreció al padre de aquella. Aquí el funcionario se aprovecha de su calidad especial (funcionario o servidor público) para influenciar ante la Administración Pública.

Al respecto, la jurisprudencia indica:

“Una carta de recomendación, por sí misma, no reúne las características de tipicidad exigida por el artículo 385 del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere, que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la Administración Pública, entendiéndose ello como el asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denotan una intervención particular que el funcionario o servidor efectúe”. (Ejecutoria Suprema del 07/05/1998, Exp. N° 6315-97-Lima)⁽¹⁸⁵⁾.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

Es un delito de acción dolosa (dolo directo) y de mera actividad. La conducta del agente consiste en valerse de su calidad o condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública. No es posible admitir la tentativa.

El verbo rector en el tipo es el vocablo “patrocinar”, que es sinónimo de defender, asesorar, abogar o litigar. El verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo debe interpretarse asociado a la expresión “valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público”, para precisar o delimitar la conducta que realmente se desea reprimir. Lo reprochable radica en la acción del agente que, haciendo uso indebido de su calidad especial (funcionario o servidor público), defiende, asesora, intercede, etc., intereses de particulares ante la Administración Pública. El tipo exige para su configuración que el patrocinio sea de intereses privados.

No es típica la conducta del agente que se traduce en patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública valiéndose de su profesión. No es lo mismo valerse de la calidad de funcionario o servidor público que valerse de la profesión. La norma penal solo sanciona al que se vale de su calidad de funcionario para defender intereses particulares, no al que se vale de su profesión. No puede confundirse la calidad de funcionario o servidor público con la profesión que este ostenta. Así, la jurisprudencia tiene dicho:

“Que, respecto al delito de patrocinio ilegal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos”. (Ejecutoria Suprema del 08/08/2001, R. N. N° 1054-2001-Lima)⁽¹⁸⁶⁾.

(185) URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal práctico*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 372.

(186) URQUIZO OLAECHEA, José y otros. *Jurisprudencia penal*. Jurista Editores, Lima, p. 636.

El concepto “patrocinar” debe interpretarse extensivamente. No solo referido a la actuación del funcionario abogado o de cualquier otra profesión que se vale del cargo, sino a cualquier otro funcionario, independientemente de la profesión que este pueda tener. De allí que la conducta pueda ser cualquier comportamiento idóneo que denote abogar, defender, asesorar o litigar en favor de intereses particulares ante la Administración Pública; no requiriéndose necesariamente un resultado favorable al patrocinado por tales actuaciones. Es un delito de mera actividad o comisión activa que se consuma con los actos de patrocinio; no se admite la forma omisiva de patrocinio alguno. Todas estas actuaciones de patrocinio se hacen haciendo prevalecer su calidad de funcionario o servidor público.

La norma admite multiplicidad de formas de las que se vale el agente para consumir el ilícito penal, que van desde simples pedidos expresos o tácitos, verbales o por escrito, hasta las actuaciones propias de la defensa. En suma, el funcionario o servidor público no puede utilizar o hacer uso de su cargo o de su calidad especial para patrocinar intereses privados ante la Administración Pública.

Lo ideal sería que los cargos públicos sean a dedicación exclusiva o a tiempo completo, prohibiéndose a los funcionarios o servidores públicos valerse de sus cargos o de sus profesiones para defender intereses particulares ante la Administración Pública; naturalmente, en ocasiones, es muy difícil desdoblar o separar la calidad propia del cargo y la calidad profesional. Por lo general, suele considerarse preponderante el cargo público, y que cuanto más importante sea la jerarquía, mayor será la preeminencia y la influencia que el agente pueda ejercer sobre otra autoridad o funcionario público.

Así, pues, desde nuestro punto de vista, un vacío legal. Sugerimos la penalización del uso indebido del cargo y de la profesión para patrocinar intereses privados ante la Administración Pública y ante la administración privada (salvo en defensas propia).

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública y, específicamente, el desempeño adecuado a Derecho, imparcial y libre de presiones de los otros funcionarios.

IV. EL SUJETO ACTIVO

Es el funcionario o servidor público que, valiéndose de su calidad o cargo, patrocina intereses privados ante la Administración Pública.

V. EL SUJETO PASIVO

Es la Administración Pública.

VI. LA PENA APLICABLE

La pena a aplicarse es la privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Como puede apreciarse, la norma penal contempla una penalidad alternativa de escasa gravedad. Además, se prevé la pena de inhabilitación de 1 a 3 años, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal, según corresponda, tal como lo señala el artículo 426 del Código Penal.

Capítulo V

Responsabilidad de peritos, árbitros, contadores particulares y otros por extensión

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 participación intervienen; y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/06/1996.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La norma penal tiene como fuente directa al artículo 345⁽¹⁸⁷⁾ del Código Penal derogado de 1924. Dícese lo propio del artículo 201⁽¹⁸⁸⁾ del viejo Código Penal peruano de 1863. Es una de las normas penales más discutibles⁽¹⁸⁹⁾ y cuestionadas, tanto por la doctrina nacional como extranjera. El punto de discusión radica en la técnica legislativa empleada, su ubicación y sistematización, su origen histórico, las fuentes, etc.

Como bien refiere Abanto Vásquez: “al legislador no se le ha ocurrido mejor idea que vincular la cláusula con los delitos de concusión en general,

(187) Código Penal derogado de 1924

Artículo 345.- “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación, administración o participación interviniere; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos testamentarios.

(188) Código Penal peruano de 1863

Artículo 201.- “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación o participación interviniere; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarios”.

(189) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 279.

sin ninguna reflexión o adecuación previa”. Frases bastante duras que compartimos por su elocuencia. En la misma dirección se pronuncia Fidel Rojas al sostener: “En resumen, quienes tuvieron a su cargo la creación híbrida de este sistema triangular, fueron más allá de lo que disponían los textos de los cuales se transcribieron el modelo, violentando la debida taxatividad y coherencia en la presentación y sistematicidad de los tipos penales”⁽¹⁹⁰⁾.

Ahora bien, lo curioso del caso es que con esta norma penal se extienden los supuestos contemplados en los artículos 384 y 385 para aquellos agentes que no son funcionarios o servidores públicos. Forzar arbitrariamente de esta manera la tipicidad de la autoría ha traído como consecuencia serias dificultades para la aplicación práctica de este tipo penal, que se refleja en la mínima jurisprudencia que sobre el particular existe.

Los tipos configurados en los artículos 384 (colusión desleal) y 385 (patrocinio ilegal), por su naturaleza constitutiva, son inaplicables, en cuanto a su autoría, a los peritos, árbitros y contadores públicos, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, y a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias; sobre todo en lo que se refiere a patrocinio ilegal.

Es posible, en casos muy especiales y concretos, que pueda darse el fraude en agravio del Estado tratándose de los peritos designados por un juzgado, cuando, por ejemplo, intervienen en una tasación de los bienes del Estado. En estas condiciones, el perito es un funcionario público, pero, a efectos de hacer aplicable el artículo 384, debe tener la capacidad para intervenir en los contratos, licitaciones, etc., concertándose con particulares para defraudar al Estado. Si es un funcionario público, y tiene esa capacidad, no tiene sentido que se extienda la autoría. En todo caso, es discutible que se realice esta extensión por cuanto algunas conductas pueden encajar bien en actos propios de complicidad y no de autoría.

Sin embargo, concediendo el beneficio de la duda en cuanto a no descartar la posibilidad que tanto el perito, árbitro y contador particular puedan concertar con otros particulares para defraudar al Estado respecto de la tasación, adjudicación participación de bienes que pertenecen al Estado; este supuesto implica que un particular concierta con otro particular para defraudar al Estado.

Pero hasta qué punto el particular, como tal, puede participar de los contratos, liquidaciones, etc., si la relación de estos con el Estado es la de un deber de colaboración con la administración, o de delegación que la propia

(190) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 301.

administración le hace, o que por ley especial le señala esta función específica, tratándose de los árbitros, o de la relación civiles con particulares, tratándose de los tutores, curadores y albaceas. Desde luego, estos supuestos no se reducen a cuestiones teoréticas, sino a hechos que requieren respuestas normativas racionales.

¿Qué vinculación puede existir con la Administración Pública, tratándose de los tutores, curadores y albaceas, en cuanto a la posibilidad de que puedan concertarse con otros particulares para conjuntamente defraudar al Estado, si los bienes pertenecen a los incapaces, menores de edad o a la sucesión? Si el tutor celebra un contrato con el Estado, como particular podrá concertarse con el funcionario o servidor público para defraudar al Estado, lo cual encaja dentro del tipo descrito en el artículo 384 del Código Penal, pero como complicidad. Por consiguiente, ¿qué sentido tiene hacer extensivo el tipo por la autoría en el artículo 386?

En estas condiciones, no entendemos cómo estos “agentes particulares” podrían defraudar al Estado o patrocinar intereses privados ante la Administración, valiéndose de sus oficios o profesión, por más que estos tengan una naturaleza pública respecto de los bienes de terceros. Como anotamos antes, los supuestos contemplados como hechos ilícitos en los artículos 384 y 385 del Código Penal solo pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos, y no por los particulares. La equiparación de sujetos en cuanto a la cualidad de la autoría, resulta poco feliz y técnicamente desacertado.

Cargo, profesión u oficio no pueden confundirse, aun cuando en determinadas condiciones especiales puedan coincidir. El artículo 384 exige para la configuración del tipo que el agente intervenga por razón del cargo o comisión especial, defraudando al Estado; y en los supuestos contemplados en el artículo 385, se exige que el agente se valga de su calidad de funcionario o servidor públicos para patrocinar intereses privados ante la Administración Pública. En suma, cargo, profesión o comisión especial no son sinónimos ni equivalentes.

La tasación, adjudicación o partición en la cual intervienen los sujetos, lo hacen en su calidad de peritos designados judicialmente o de árbitros designados por ley. En el caso de los contadores, no entendemos cómo podría darse la extensión de la autoría, salvo, que esté refiriéndose a una comisión pública encomendada, pero entonces se tratará de un funcionario público y no de un particular. Por ejemplo, el caso del perito que hace una tasación concertada con algunos posibles beneficiarios de los bienes del Estado, que se van a rematar.

Sin embargo, no es posible concebir una intervención en los supuestos contemplados en el artículo 385 del Código Penal (patrocinio ilegal), por tres razones: 1) porque el tipo exige una cualidad especial en el agente: ser funcionario o servidor público; 2) el agente se debe valer de la calidad de su cargo y no de su profesión u oficio; y, 3) deben patrocinarse intereses privados ante la Administración Pública. Por consiguiente, no tiene sentido mantener la extensión del tipo de autoría descrito en el artículo 385 del Código Penal.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

Es una norma penal de reenvío en cuanto a la autoría y a la pena. En relación con la autoría, en la medida que hace extensiva la autoría de los artículos 384 y 385, a los sujetos expresamente señalados en el artículo 386 del Código Penal. Respecto de la pena, en cuanto sanciona a los autores del artículo 386 del Código Penal con las mismas penas contempladas en las normas penales antes acotadas.

III. LOS SUJETOS ACTIVOS EN LA NORMA PENAL EXTENSIVA

Por extensión de la norma penal, sujetos activos son los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen. Asimismo, los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias.

IV. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

V. LA NORMA PENAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal argentino

Artículo 265.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

Tercera parte

PECULADO

Capítulo I

Peculado

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 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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La última reforma del artículo 387 del Código Penal, por el Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 26/11/2016⁽¹⁹¹⁾, no ha lo varió de forma esencial, solo adicionó dos penas accesorias a la pena principal: la de inhabilitación y la de multa-días. Las sucesivas reformas introducidas al artículo 387 del Código Penal solo expresan una clara tendencia hacia la sobrecriminalización.

En efecto, hubo tantas modificaciones al artículo 387 del Código Penal que su propia naturaleza jurídica fue variada hasta darle un contenido propiamente patrimonialista. Así, por Ley N° 29758 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21/07/2001) se incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 UIT (unidades impositivas tributarias). No obstante, el legislador dejó subsistente un serio problema, en relación con los supuestos fácticos comprendidos en el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente tienen una connotación de mínima relevancia (tendencia patrimonialista). Es decir, bienes (entendidos como caudales o efectos) cuyo valor patrimonial es de poca significancia. Ante esta situación, es preciso recurrir en el proceso de interpretación racional de la norma penal al principio constitucional de lesividad, para dotar de contenido material al tipo penal.

Es indicativo que la pena, para ser justa, debe fundamentarse en la culpabilidad del agente que puso en peligro o lesionó el bien jurídico tutelado por la norma penal. No se trata de cualquier peligro o lesión, sino de aquellos que sean relevantes y que justifiquen realmente la intervención penal (principio de mínima intervención). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que se apropia de 100 o 200 soles o aquel otro que utiliza dos papeles del Estado para hacer un escrito privado, etc. Estos supuestos no ameritan la intervención penal, bastan correctivos administrativos. Más aún, deben considerarse atípicos los supuestos que carecen de relevancia penal⁽¹⁹²⁾.

(191) Son tantas las hemorragias legislativas que como reformas se hizo del artículo 387 del Código Penal que no extrañaría que se materialicen otras tantas. El Decreto Legislativo N° 1243, en este punto, no resulta sustancial. En efecto, ya por Ley N° 29758 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21/07/2001) incorporó un referente patrimonial que agrava el tipo básico cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepase las 10 UIT. Se mantiene la misma pena y lo único que ha agregado en el tipo básico y agravado otras dos penas accesorias: la inhabilitación y la pena de multas-días. Innecesarias y desproporcionadas.

(192) Los jueces supremos dieron un paso importante en la senda de la racionalidad del Derecho Penal con el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116, evidenciando un apego saludable a la Constitución que hace posible una interpretación y aplicación material de principios constitucional de pena justa, entre otros.

En relación con la reforma del artículo 387 del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1243, es pertinente fijar criterios en torno a los componentes del tipo básico, agravado y culposo, así como respecto a los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor culpable del indicado delito⁽¹⁹³⁾. En ello cobra suma relevancia la aplicación material del principio constitucional de justa pena, prohibición de exceso, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, etc., y desde luego, el sentido real de la eficacia del principio de la supremacía constitucional. Es evidente el reconocimiento de que la Constitución es fuente por excelencia de todo el ordenamiento penal: “La constitucionalización del Derecho Penal no se reduce a un simplismo reduccionista; es mucho más que eso. A partir de esta premisa, el Derecho Penal pasa a ser explicado e interpretado en su aplicación bajo los parámetros constitucionales. En todo caso, un Derecho Penal, entendido como cuerpo orgánico de normas penales, tiene una connotación de ley penal de desarrollo constitucional. Entonces, el Derecho Penal, como cuerpo de principios, tipos penales y penas, tiene como fuente y fundamento a la Constitución. Desde cualquier ángulo, el Derecho Penal se ubica en el ámbito de la totalidad suprema de una Constitución con autonomía correlacional en el proceso de constructo de tipos penales, de principios, valores, interpretación, sujetos, objetivos, penas, bien jurídico tutelado, etc. que tienen como fundamento esencial a los valores, principios y preceptos constitucionales”⁽¹⁹⁴⁾.

En un Estado constitucional de derecho la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino –y ante todo– un razonamiento constitucional. Las reformas desde el ámbito de la racionalidad del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica del tipo penal, son positivas cuando aclaran los procesos de interpretación o expresan mejor las incertidumbres que puedan presentarse en su aplicación fáctica.

No obstante lo dicho, el propósito esperado con la última modificación por Decreto Legislativo N° 1243, lo ubica en un nivel del populismo penal. La técnica legislativa ha mejorado un poco, pero no lo suficiente como fórmula general que permita establecer un paso importante en la

(193) En un contexto de predominio de jueces y fiscales exegeticos, mayor es el esfuerzo por establecer criterio de interpretación conforme a principios constitucionales que viene a corregir una situación de injusticia creada por falta de precisión, ambigüedad de la norma penal o por la ausencia de la misma. Es vital tener en consideración los principios fundamentales de legalidad, lesividad y culpabilidad. En un Estado constitucional de derecho, la relación o conectividad del magistrado con la ley penal no se reconduce en un sentido textualista, dentro del proceso de interpretación y aplicación, va mucho más allá, en la racionalidad de las normas penales.

(194) Ver: HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. Ob. cit., p. 306.

autorrealización funcional de tipos penales que deben cumplir una función racional garantista. Aquel garantismo que por esencia va perdiendo terreno en el nivel de las libertades individuales de hoy.

En el tipo básico se insiste erróneamente en parificar punitivamente los verbos rectores “apropiar” y “utilizar”, cuyos contenidos materiales y dimensiones son disímiles por sus efectos penales. Esta forma de equiparar hechos disímiles, bajo parámetros de principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad, no puede compartirse. Al respecto, hemos señalado: “La punibilidad de la conducta de peculado por utilización es drástica respecto de un comportamiento en el cual el agente obra con intención de restituir los efectos o caudales, siendo un uso indebido temporal. No sucede lo propio con el agente que se apropia de los bienes del Estado. Allí la nota característica que diferencia el peculado por apropiación; sin embargo, el legislador peruano ha asimilado punitivamente dos comportamientos distintos, que lesionan en grados diversos el interés jurídico tutelado. Ello de alguna manera atenta contra el principio de proporcionalidad y racionalidad de las penas; de modo que no resulta lo más adecuado y recomendable parificar dos conductas excluyentes, tal como se contempla en el artículo 387 del Código Penal”⁽¹⁹⁵⁾.

Del mismo modo, se recurre a términos en desuso como “caudales” y “efectos”, siendo que estos vocablos bien pueden ser incluidos en otro de mayor alcance y simplicidad como “bienes”, que tiene un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo “bienes”, en lugar de caudales o efectos porque permite comprender los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. El concepto “bienes” tiene una connotación más amplia, que incluye a bienes muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc. En suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal en cuestión, vía interpretación analógica, pero con mayor racionalidad. Se trata de permitir sancionar la acción dolosa de apropiación o utilización de bienes en general de propiedad o posesión del Estado.

En el tipo agravado, con buen criterio se siguió la línea dispuesta por Ley N° 29758 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21/07/2001) que incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 UIT. Este referente le da un sentido mayor de carácter patrimonialista al bien jurídico a tutelar, apreciándolo desde el punto de vista cuantitativo.

(195) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El delito de peculado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 261.

Queda claro que el legislador ha seguido la pauta de valorización económica del bien objeto de apropiación o utilización para la elaboración de la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo, lo que supone la utilización de criterios puramente objetivos.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO Y SU CONNOTACIÓN PATRIMONIAL

Como se dijo, las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal en relación con el delito de peculado por apropiación, utilización y culposos, variaron el sentido material de su naturaleza jurídica. Dos nuevos referentes son indicativos de dicha variación. Por un lado, el referente patrimonial que agrava el tipo básico por la cuantía de lo apropiado o utilizado cuando sobrepasaba las 10 UIT. Por otro lado, al haberse duplicado el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, lo cual presupone una reconducción sistemática de este delito. Se genera así un problema de ubicación y sistematización porque, siendo un delito de naturaleza pluriofensiva (afecta varios bienes jurídicos al mismo tiempo), ha mutado a un delito de carácter predominantemente patrimonial; alejándose de esa manera de su consideración como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El delito de peculado es posible abordarlo desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial (prevalente), como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva. La jurisprudencia, al respecto, ha indicado:

“Que el delito de peculado es uno de infracción de deber. El funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública. En el delito de peculado, se tutela el patrimonio público, en la medida que está al servicio de unos intereses generales; y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos”. (R. N. N° 546-2012-Lima).

En realidad, la última modificación refuerza la tesis de un delito de afectación patrimonial: del patrimonio del Estado y no del “deber de fidelidad e integridad de funcionario”, pues la posición de dominio que ostenta el funcionario es sobre los bienes y caudales públicos. Entonces, la infracción de deber es una de las formas como se puede lesionar este bien jurídico.

El carácter patrimonial prevalente en el tipo penal es una tendencia actual más racional, pues permite sustraer del ámbito punitivo conductas mínimas de poca insignificancia patrimonial (mínima intervención del Estado).

Esta postura es indicativa de que el injusto penal se contempla en función de la gravedad de la afectación al patrimonio público administrado. Si el monto del peculado es mínimo, entonces, no debería tener relevancia penal. Estos criterios objetivos operan para el delito de peculado por apropiación y utilización. No obstante, ese mismo criterio diferenciador no se estableció para los supuestos contemplados en el peculado por culpa. Imaginémoslo el caso del agente que, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos equivalentes a 200 soles o a 10 hojas de papel. ¿Tiene relevancia penal esta conducta? Para un juez exegético, sí; para un juez decisor, no. La cuestión en estas condiciones es establecer criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda el tipo y los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta, a aplicarse al autor del indicado delito.

El Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-11619 del 30/09/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República, tomando como referencia las ejecutorias supremas del delito de peculado, estableció como doctrina legal que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

Ello confirma que el bien jurídico tutelado preponderante es el interés patrimonial del Estado. En tal sentido, quedó en abandono el supuesto “deber de fidelidad e integridad del funcionario”, como bien jurídico protegido en el delito de peculado, que no parece corresponderse con la modalidad de peculado culposo, tampoco con el tipo básico ni agravado. Del mismo modo, el legislador penal al duplicar el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

Se evidencian dos aspectos a debatir: la cuestión si realmente es un delito de infracción de deber y cuál es el bien jurídico tutelado por la norma penal. Lo primero está aún por determinarse (infracción del deber-dominio del hecho); lo segundo parece haberse resuelto al introducirse como referente objetivo un elemento de orden patrimonial y la duplicación de la prescripción penal (art. 80 del CP).

No es patrimonio exclusivo y excluyente de Perú las reformas y contrarreformas de las normas penales. Se evidencia una acusada tendencia en la legislación comparada y, muy en particular, en Latinoamérica por recurrir al Derecho Penal como solución a los graves problemas de corrupción. Las direcciones no pueden uniformizarse; pero es evidente cierta tendencia

totalitaria en las reformas, bajo nivel de garantismo, desnaturalización de los tipos penales y de su naturaleza jurídica como delitos de función pública, etc. Un caso extremo es el artículo 257 del Código Penal de Ecuador, que hace extensivo el injusto a los particulares⁽¹⁹⁶⁾, de una manera inapropiada e irregular. Algunas reformas en Perú no escapan a ese espíritu totalitario.

Estas anomalías no resultan las más apropiadas para una mejor protección del bien jurídico tutelado. Distorsiona la verdadera naturaleza jurídica del injusto penal y prioriza como primera razón del Estado el Derecho Penal, cuando bien pueden y en mejores condiciones contribuir a dicha protección otras ramas del Derecho. Las reformas penales no pueden tomar una dirección distinta a la racionalidad del metagarantismo. Además, urge elaborar un proyecto de reformas del Código Penal peruano, para

(196) Código Penal de Ecuador

Artículo 257.- “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del Sector Público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, el abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo, los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Los inculcados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función pública; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario.

El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que conste los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en actos de determinación.

Artículo 257-A.- “Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos, vinculados, relacionados o ínter compañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero”.

adecuarlo a las disposiciones de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción⁽¹⁹⁷⁾.

Es verdad que toda reforma debe responder a la incidencia de prácticas de corrupción, por los efectos nocivos que generan, pero la necesidad de ampliar el ámbito de protección del bien jurídico tutelado y la sanción ejemplar no puede ser tarea únicamente del Derecho Penal. Todo el ordenamiento jurídico debe contribuir a tal propósito.

Las críticas se orientan a la técnica legislativa empleada, al modelo de tipo penal adoptado, la explicación de su contenido, a las reglas de interpretación, entre otras. Por ejemplo, en relación con los artículos 387 y 388 del Código Penal, sugerimos su reforma en términos más exactos, simples y racionales, como sigue:

Artículo 387.- Peculado por apropiación

“El funcionario o servidor público que se apropia de bienes del Estado será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de 10 años e inhabilitación para el ejercicio de la función pública por el mismo tiempo de la condena.

Cuando el valor de lo apropiado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias o estuvieren destinados a fines asistenciales o a programa

(197) Cuando se cuestiona el Derecho Penal mínimo por una exigencia brutal de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho Penal de máxima aplicación, por razones de política criminal, ya resulta una cuestión controversial profunda; máxime cuando la dirección que se pretende imprimir resulta prosaica. Si estos cuestionamientos se hacen extensivos al modelo por adoptar, entonces toda la estructura sobre el cual se erige el Derecho Penal se reduce a una cuestión de grado de eficacia que se pretende imponer a este importante instrumento de control social. En estas condiciones, su misión, sus fundamentos y muy en particular, la utilidad de la pena devienen en irreconciliables con la cuestión de la dignidad de la persona humana.

La pragmática realidad del análisis crítico no es posible formularla aislada de los problemas propios del Derecho Penal, no resultan suficientes. La exigencia fluye a partir de un debate de fondo sobre cuestiones fundamentales que la sustentan como ciencia. En tal sentido, toda perspectiva de reconducir las categorías y fundamentos de cara a la realidad social es imperativa como realidad pero no puede ubicarse en una perspectiva ajena a perder la visión garantista y humanista que debe caracterizar cualquier modelo por adoptar.

La posibilidad real de elaborar y desarrollar un nuevo Derecho Penal desde perspectivas de bases antiliberales es un propósito que gana terreno en Latinoamérica. No es nuestra dirección esperada pero sí alertar de los graves riesgos que ello implica para las garantías de libertades individuales ganadas con sangre, sudor y lágrimas a todo lo largo de la historia de la humanidad. Poner en sacrificio, estas garantías, por una pretendida eficacia en la lucha contra la gran criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, tráfico de órganos, prostitución infantil, tráfico de personas, corrupción organizada, manipulación genética, tráfico de armas, etc., criaturas del sistema impuesto) es poner en riesgo el propio sistema de libertades que se reclama un Estado de democracia social por propia ineficacia del Estado. A mayor ineficiencia del Estado mayor simplismo en la solución. Sobre estas y otras cuestionamientos a los modelos a adoptar, volveremos más adelante.

de apoyo social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor cuatro ni mayor de 15 años.

Cuando al funcionario o servidor público se apropia de los bienes del Estado bajo cualquier modalidad para sí o para otro teniendo la percepción, administración o custodia por razón del cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad e inhabilitación para el ejercicio de la función pública por el mismo tiempo de la condena”.

Artículo 388.- Peculado por utilización

“El funcionario o servidor público que haga o permite que otro haga uso de los bienes del Estado para fines ajenos al servicio oficial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor a cuatro años ni mayor de 10 años.

Cuando el valor del uso de los bienes del Estado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias o estuvieren destinados a fines asistenciales o a programa de apoyo social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor cuatro ni mayor de 15 años”.

Lo relevante de este constructo radica en que comprende a todo funcionario o servidor público sin excepción. Asimismo, el empleo moderno del vocablo “bienes” en lugar del anticuado (caudales o efectos) congloba toda forma de bienes conocidos o por conocer. El solo contemplar la pena máxima permite al juzgador que, para casos de mínima significancia de la afectación patrimonial, v. gr., agente que se apodera de cien soles, pueda aplicar penas acordes con la afectación del bien jurídico.

Poner como pena mínima de cuatro años para casos concretos como el indicado implica que no se tomen medidas extremas como la prisión preventiva o la pena efectiva, que podrían reservarse para acusados que se apropian de sumas considerables de dinero o bienes del Estado.

El tipo penal actual solo contempla como sujeto activo al funcionario o servidor público que tiene la administración, custodia o percepción de bienes, por razón del cargo, excluyendo a otros de similares posiciones funcionales. Si otro funcionario que no tiene la indicada condición se apropia de los bienes del Estado, solo podría ser sancionado como cualquier otro particular por delito de hurto o apropiación, cuyas penas resultan bastante más benignas.

III. LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

Si de estructura típica se trata, es mucho más apropiado referirse a todo el proceso de construcción del tipo penal. Este aserto está en íntima conexión con el principio de legalidad, que implica exigencias en relación con la manera cómo deben ser redactados los tipos para señalar los supuestos de hecho de manera expresa e inequívoca.

Esto implica la exigencia de claridad y certeza de la norma penal en la medida de lo posible. En ello radica la función garantista del tipo. La máxima exigencia en cuanto a claridad de la redacción implica reducir al mínimo las posibilidades de duda sobre los elementos o supuestos que integran el tipo penal; de forma tal que se cumpla la exigencia constitucional de que la previsión se realice “de manera expresa e inequívoca”⁽¹⁹⁸⁾. Cuando el legislador emplea en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminados, extensivos, etc., da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal.

En la exigencia de certeza de la ley penal radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez penal. Es preciso poner límite a la dictadura legislativa, en beneficio de la libertad individual, y evitar que el poder punitivo del Estado encuentre una excusa a sus propias deficiencias en los abusos de poder del legislativo y judicial. Con todo, el tipo penal no es solamente una descripción objetiva de supuestos prohibidos o exigidos, sino que también contiene elementos normativos y conceptos valorativos, que, desde luego, requieren de una apreciación jurídica.

Se hace necesario pues establecer pautas fuertes de racionalidad en sus componentes. Sin ellas nada puede garantizar una argumentación jurídica racional. En esta línea de razonamiento, hicieron bien los jueces supremos en establecer, por Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 (definición y estructura del delito de peculado: artículo 387 del CP), pautas fuertes de interpretación.

Los magistrados parten por reconocer que existen decisiones encontradas sobre un mismo hecho, lo cual amerita uniformizar criterios para hacer de las decisiones judiciales predecibles. ¿De qué manera podemos limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado?, parece que se preguntaron los jueces supremos.

(198) “El principio de legalidad, íntimamente vinculado a la labor de tipificación, exige al juzgador, al analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico, lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos”. (Ejecutoria Suprema del 14/01/02, Exp. N° 4058-2001-La Libertad, Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

Sin embargo, la expresión fijada en dicho acuerdo plenario no parece aclarar del todo la cuestión: “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”.

Los jueces supremos parecen entender que los verbos rectores contenidos en el tipo penal (“apropiar” y “utilizar”) tratándose del tipo básico, deben contener ciertos elementos para su configuración. ¿Cuáles son esos elementos? El tipo penal tiene elementos objetivos y elementos subjetivos. Pero hablar de elementos como contenidos de los verbos rectores ya es otra cosa. Es más adecuado hablar del contenido material de esos verbos rectores para establecer sus alcances y sus limitaciones; hecho que sí resulta muy práctico. Un tipo penal es una construcción de significado lingüístico fuerte, determinado por el legislador. Se establece sobre la base de diversos criterios, tales como las reglas del lenguaje, factores institucionales, categoría penales previamente elaboradas, normas sociales y morales de pautas débiles, entre otros. Un verbo rector es indicativo de la acción material del agente. Por ejemplo, el vocablo “apropiar” implica la acción del agente de hacer suyos (voluntad de apropiación) los caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera del dominio del Estado. Es decir, toma los bienes para sí o para un tercero, por eso, los ubica en una situación de disposición definitiva⁽¹⁹⁹⁾.

El verbo rector “utilizar” es hacer uso indebido de los bienes del Estado para fines ajenos al servicio, en provecho propio o de un tercero. Es evidente que no existe en el agente el *animus* de apropiación, sino del uso temporal para fines ajenos al servicio o de aprovecharse temporalmente de los bienes del Estado.

En ambos casos, debe existir, desde luego, una relación funcional en términos genéricos o específicos entre el agente y los bienes del Estados. Esa relación puede ser directa o indirecta (relación de disponibilidad jurídica). Esa relación lo es por razón del cargo y la disponibilidad jurídica por atribución expresa de la ley de la materia⁽²⁰⁰⁾. Ahora bien, el acuerdo plenario en

(199) Claro que existen ciertas dificultades especiales en los tipos penales vinculados con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los vocablo-conceptos empleados por el legislador como contenidos del tipo que requieren interpretación o valoración primaria. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos muy usuales en la expansión peligrosa del Derecho Penal que se traducen en los constructos de tipos penales en blanco, abiertos o de reenvío.

(200) No tener certeza real del contenido del tipo es no tener certeza de lo que se quiere explicar o interpretar; constituyendo una teoría penal del tipo poco o nula de garantismo. El juzgador es un decisor no un decisionista de manera que debe señalársele fuertes a seguir o dicho de otra manera debe seguir las reglas de interpretación, reglas de argumentación, reglas de admisibilidad, reglas de actuación y

cuestión, en relación con las categorías, les da un contenido material muy claro y preciso. Por ejemplo, tratándose del vocablo “percepción”, lo considera como la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. En cuanto al concepto de administración, lo relaciona con las funciones activas de manejo y conducción; en tanto 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. Lo propio cabe señalar en relación al destinatario: para sí o para otro.

La idea de mantener un concepto en desuso como “caudales” o “efectos” fue materia de críticas por nuestra parte. Claro que el acuerdo plenario hace un esfuerzo por racionalizar su contenido, pero resulta insuficiente. Decir que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los efectos, es incluir a todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. ¿Qué entendemos por bienes generales de contenido económico y qué por objeto, cosas o bienes? El concepto de “bienes” es de mayor alcance y simplicidad porque tiene un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo “bienes”, que en el de caudales o efectos; además, permite limitar los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. Como se adelantó, el concepto de “bienes” comprende a muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc.; en suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal.

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONTENIDO PATRIMONIAL

El delito de peculado está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, y no entre los delitos contra el patrimonio, como es el caso del Código Penal alemán reformado. No obstante, con las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal, se evidencia su contenido patrimonialista. Esta nueva tendencia, sin embargo, parecería indicar que se tiene que reconducir el tipo penal dentro de los delitos contra el patrimonio en agravio al Estado, como un capítulo especial. Ello no implicaría desconocer el carácter pluriofensivo de este injusto penal, ya que también lesiona el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública. El patrimonio del Estado, como bien jurídico especial tutelado por la norma penal, es más racional, al permitir establecer una aplicación real del principio de mínima intervención

valoración, que equivale seguir las reglas del derecho y de la razón. Por eso, la filosofía del Derecho cumple un papel importante dado que contribuye a aclarar conceptos y señala pautas de racionalidad.

del Derecho Penal; de suerte que casos de mínima lesividad puedan ser dejados al Derecho Administrativo sancionador. Es absurdo sancionar penalmente al agente que se apropia de cien soles o utiliza cuatro hojas de papel membretado del Estado.

En nuestro medio, también llega a esta conclusión Manuel Abanto, al deslizar la idea de que en el injusto penal peculado predomina la protección patrimonial, para luego agregar: “Esta interpretación parece ser la más acorde con la sistematización peruana. Además existen otros motivos adicionales que respaldan esta interpretación del concepto de ‘patrimonio público’ y de su categoría de objeto directamente protegido en los tipos de peculado:

- El patrimonio del Estado se protege de manera especial, no solamente contra su lesión (peculado por apropiación), sino también contra el peligro de que esto pueda ocurrir en cuanto al destino que se les deban dar a los bienes públicos (malversación en sentido estricto). Incluso, se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona la conducta ‘culposa’; algo impensable en el caso del patrimonio individual.
- La importancia del carácter de los bienes que integran el patrimonio del Estado destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de peculado doloso y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para la cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.
- En la parte general, artículo 80 del último párrafo, el legislador penal duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado, es decir, presupone la existencia del delito esta naturaleza”⁽²⁰¹⁾.

Con las reformas aludidas, queda claro que el bien jurídico tutelado en los delitos descritos en el artículo 387 del Código Penal es predominantemente el patrimonio del Estado, y no, como sostiene la doctrina y la jurisprudencia nacional mayoritariamente⁽²⁰²⁾, el normal y correcto desarrollo de

(201) Ver: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 283-285.

(202) “El delito de peculado es una figura específica, en la cual para su calificativo como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial. No teniendo los acusados la calidad de funcionarios o servidores públicos debe absolverseles de la acusación fiscal” (Ejecutoria Suprema del 21/12/1990, publicada en la *Revista Jurídica del Perú* N° 1, Lima 1994, p. 184).

“Por la naturaleza del delito de peculado el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiado para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal” (Ejecutoria Suprema del 03/06/1991, publicada en *Anales Judiciales*, Tomo 79, Lima, 1991, p. 247).

“En el delito de peculado el bien jurídico protegido es la Administración Pública y por tal naturaleza

la Administración Pública. Con las últimas reformas penales, la importancia de atender en este tipo penal al contenido patrimonial implicado es evidente.

¿Cuál es la correlación entre el artículo 387 del Código Penal y el último párrafo del artículo 80 del Código Penal?⁽²⁰³⁾. Indica este precepto un contenido patrimonialista del tipo penal. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 del 16/11/2010, al establecer los alcances de la duplicación del plazo de prescripción, regulado en último párrafo del artículo 80 del Código Penal, cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, parece abonar en la confusión, al establecer:

“12. El legislador incrementó el plazo de prescripción –duplicó– en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú –el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos–. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

no puede estar sujeta a competencia por razón de la cuantía, ni ser considerada como falta contra el patrimonio, no obstante que el monto del perjuicio patrimonial, por la conversión del signo monetario actual, hubiera devenido en suma exigua” (Ejecutoria Suprema del 15/03/1994, publicada en *Normas Legales*, Tomo 244, Trujillo, 1996, p. J-15).

(203) Código Penal

Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal

“En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”. Texto según última modificación realizada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077 del 20/08/2013. Dicha ley entró en vigencia el 01/07/2014, según lo prescrito por el artículo único de la Ley N° 30133 del 20/12/2013.

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

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

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

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

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

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

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no posea.

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

17. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del Sector Público como del Sector Privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de régimen económico está reconocido en el artículo 40 y 60 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2 del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal”.

Tenemos por sentado que el fundamento de un contenido patrimonial preponderante radica en la prescripción del artículo 41 de la Constitución Política del Estado. No obstante, Álvarez Simonetti establece: “Se duplica el plazo prescriptorio aun cuando el delito contra el patrimonio del Estado lo cometa un particular, como por ejemplo los de hurto, robo, usurpación o daños que ejecuten personas que no son dependientes del gobierno”⁽²⁰⁴⁾; esto implicaría que la duplicación se aplicaría a los delitos contra el patrimonio del Estado, tanto cuando el sujeto activo es un particular como un funcionario o servidor público que no tiene a cargo la administración, custodia o percepción de los caudales o efectos del Estado.

Lo cierto es que el plazo prescriptorio establecido en el último párrafo del artículo 41 de la Constitución opera para los delitos cometidos por funcionario o servidores públicos que afecten el patrimonio del Estado, como son los supuestos contemplados en el artículo 387 del Código Penal, donde los funcionarios o servidores públicos responden por haber lesionado dicho bien jurídico preponderante.

Dicho artículo 41 de la Constitución es concordante con la necesidad de prever en el Código Penal delitos que atenten contra el patrimonio del Estado, en los cuales el agente puede ser un particular o un funcionario o servidor público, con o sin funciones de administración, custodia o percepción de caudales o efectos públicos.

(204) ÁLVAREZ SIMONETTI, Manuel. *Código Penal. Antecedentes, concordancias, notas, jurisprudencias*. Lima, 1997, p. 132.

El fin fundamental del Estado es la prestación de servicios básicos como la seguridad, la administración de justicia, la atención de la educación, etc.; para esos fines fundamentales, el Estado recauda impuestos, adquiere bienes, etc., y gracias a ello, puede prestar los servicios antes mencionados. A tal efecto, designa o nombra funcionarios o servidores públicos para que administren adecuadamente su patrimonio y pueda brindar los servicios públicos, manteniendo el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

No es función del Estado la acumulación de riqueza o del patrimonio en sí, ello es un medio para el fin fundamental, que viene a ser dar adecuados servicios fundamentales a la sociedad; de allí que se exija al funcionario público el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y el uso adecuado de los bienes, de manera que cuando falta a sus deberes fundamentales, al apropiarse de los caudales o efectos, afecta fundamentalmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la confianza ciudadana en las instituciones del Estado.

En verdad, el delito de peculado lesiona intereses patrimoniales del Estado que le sirven para brindar los servicios sociales fundamentales. Nunca antes hubo tal preocupación por los actos de corrupción en la comunidad internacional, al grado que los organismos de créditos internacionales exigen, para acceder a desembolsos económicos, un bajo índice de corrupción. Además, se celebran convenciones y tratados internacionales para combatir dicho flagelo a nivel mundial. Es decir, se empieza a enfatizar más en los aspectos objetivos de la correcta y adecuada Administración Pública. Lo patrimonial en cuanto factor agravante del hecho ilícito resulta lo más adecuado para proteger mejor el bien jurídico tutelado. Nuestros legisladores no tomaron en cuenta taxativamente esta condición para agravar la pena, a diferencia del nuevo Código español que sí lo contempla⁽²⁰⁵⁾; sin embargo, el

(205) El legislador español ha enfatizado equiparando el aspecto del valor patrimonial y el resultado del daño o entorpecimiento del servicio público como factores agravantes del delito de peculado (conocido en España como malversación para las diversas formas de peculado) y, en ese mismo nivel punitivo, considera al hecho doloso consistente en sustraer o consintiere que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos declarados de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Código Penal español

Artículo 432.-

“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.
2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

juzgador deberá cuantificar lo apropiado y el daño ocasionado al servicio público para regular la pena entre el mínimo y el máximo de la sanción contemplada por la norma penal.

No obstante, en la doctrina, la discusión sobre la naturaleza jurídica del peculado no es nada pacífica. Para algunos autores, el delito de peculado tiene fundamentalmente un contenido patrimonial, tal como lo entiende la doctrina y legislación alemana⁽²⁰⁶⁾; para otros, en cambio, el peculado es un delito que lesiona el correcto y regular ejercicio de la función pública. En los extremos de ambas teorías, se ubican otros autores que consideran que se trata de un delito pluriofensivo, pues afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, aunque consideran que el

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año”.

Nótese como el legislador español partiendo del reconocimiento del carácter pluriofensivo del injusto penal sin embargo, considera como bien jurídico preponderante el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública. El hecho de enfatizar el valor del patrimonio asociado al daño o entorpecimiento del servicio público no implica que otorga un carácter preponderante a la lesión patrimonial (ya que ambos están equiparados); solo constituye una condición que agrava o disminuye el hecho ilícito, tanto o más, si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad. La modalidad agravada está determinada por la cuantificación del valor patrimonial y el daño o entorpecimiento del servicio público. El apócope “y” asocia ambas condiciones y no las excluye. Ambas determinan la especial gravedad en el tipo.

(206) En Alemania, con la reforma del Código Penal en 1974, se derogaron los artículos 350 y 351 que tipificaban el delito de peculado en la modalidad de malversación de caudales públicos que al decir de Edmund Mezger: “El bien jurídico protegido es, en general, el ordenamiento estatal, pero en su dirección hacia adentro, dicho más exactamente, el bien jurídico protegido es la *corrección del desempeño del cargo* en el referido amplio sentido de la palabra”. (*Derecho Penal. Libro segundo. Parte especial*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 401) tipificando y sistematizando tales conductas reprochables en la Sección XIX dentro de los delitos de hurto y apropiación indebida (art. 246) y en la Sección XXII dentro de los delitos de estafa y deslealtad (art. 266).

Código Penal alemán reformado

Artículo 246.-

“(1) Quien se apropia antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres a años o con multa si el hecho no está castigado con pena más grave en otras disposiciones.

(2) Si en los casos del inciso 1 la cosa ha sido encomendada al autor, entonces el castigo es pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.

(3) La tentativa es punible”.

Artículo 266.-

“(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro;

O quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyo intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El artículo 243 inc.2 y los artículos 247 y 248 se rigen en lo correspondiente”.

De manera que para el legislador alemán a partir de la reforma de 1974, los delitos de peculado tienen una naturaleza eminentemente patrimonial, a diferencia de los códigos tanto italiano como francés que siguen otorgando primacía al regular ejercicio de las funciones públicas.

bien jurídico preponderante es el ejercicio de la función pública. Esta discusión doctrinaria de vieja data para nuestra realidad solo debe quedar en el marco teórico.

No se pueden admitir posiciones extremistas, ya que muchos delitos de acción dolosa son pluriofensivos, pues afectan varios bienes jurídicos. Por ejemplo, en el delito de terrorismo, se lesionan la vida, la integridad física, la propiedad, la seguridad pública, etc., pero se considera predominantemente un valor como bien jurídico tutelado por la norma penal.

Así, también, en el delito de peculado, siempre se afecta el patrimonio del Estado, pero también el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones. El quid de la situación es determinar cuál es el bien jurídico preponderante, lo cual ya fue resuelto con las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal.

Fidel Rojas Vargas señala: “La posición que sostiene la teoría de la pluriofensividad del peculado –tales son los casos de España y Perú– parte de considerar que el objeto de tutela penal está constituido por específicos y valiosos intereses reunidos o agrupados en el macro bien jurídico Administración Pública (deber de lealtad o de función nacidos del cargo, deber de fidelidad del funcionario público concordantes con la confianza depositada por la ciudadanía y protección de los intereses patrimoniales de la Administración Pública). En la doctrina española esta ha sido –en cierto modo lo sigue siendo aún– la corriente mayoritaria (Suárez Montes, Rodríguez Devesa, Ferrer Sama, Orts Berenguer, Muñoz Conde, López Barja de Quiroga, etc.). Es una posición que, como se aprecia, no cae en planteamientos reduccionistas, pues destaca también los intereses patrimoniales del Estado o de las administraciones públicas como objeto de tutela penal, un juego dialéctico de intereses de carácter penal que serán enfatizados en la práctica jurisprudencial, dando mayor realce a uno u otro según el despliegue de circunstancias”⁽²⁰⁷⁾.

Sin embargo, incurre en error el destacado autor peruano al sostener que será la práctica jurisprudencial la que determinará la preeminencia de uno u otro bien jurídico, dando mayor realce a uno u otro, según las circunstancias. Ello respondería a la realidad positiva del Código Penal español, pero no del peruano. Primero, porque, para nuestra legislación, la jurisprudencia no determina la naturaleza jurídica del injusto penal; lo contrario sería sostener que la jurisprudencia gobierna y la ley reina. Asimismo, por vía jurisprudencial no puede establecerse la sistematización de los tipos penales. Las razones que justifican su sistematización y ubicación están en la propia ley positiva.

(207) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 319.

En ese sentido, sostenemos que fue el artículo 41 de la Constitución y el artículo 80 del Código Penal, los que dan sustento a la tesis del contenido patrimonial preponderante del bien jurídico tutelado en el delito de peculado.

V. EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En términos generales, la jurisprudencia establecida por la justicia ordinaria es abundante, incluyendo, desde luego, los acuerdos plenarios que versan sobre el particular. En relación con el delito de peculado, resulta relevante la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, caso: Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, que versa sobre la interpretación del artículo 387 del Código Penal. Transcribimos por su elocuencia algunos extractos:

“10. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón del 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 designados 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, señal que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto.

11. 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 SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

12. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.

13. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menos de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena”.

Como se advierte, la norma penal es muy clara al establecer quiénes pueden ser sujetos activos del hecho punible: funcionario o servidor público, siempre que tenga la administración, custodia y percepción de los bienes del Estado por razón de su cargo. De manera que no todo funcionario o servidor público puede ser sujeto activo. El agente que usurpa funciones públicas no puede al mismo tiempo ser autor del delito de peculado. La expresión “por razón del cargo” resulta bastante elocuente porque está referida a una cuestión formal que excluye al usurpador o aquella otra persona que no reúna la formalidad de ley. La razón del cargo no está referida a una cuestión de amistad, de confianza o usurpación. Creemos que, en este caso, la mayoría del Tribunal Constitucional ha equivocado su decisión al forzar artificialmente el tipo en cuanto al sujeto activo; antecedente que debe tomarse en consideración para reformar el artículo 387 del Código Penal y evitar en lo sucesivo incongruencias como las expuestas. No puede dejarse abierta la posibilidad que el juzgador por vía interpretación genere un supuesto no contemplado de manera expresa e inequívoca por la norma penal en cuestión⁽²⁰⁸⁾. Tampoco puede recurrirse a una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión para perjudicar al procesado, los juzgadores debieron optar por una interpretación

(208) No puede entenderse la legitimidad del Derecho Penal si no se explica a partir de su concepción como límite del poder punitivo del Estado no por criterios de simple utilidad o eficacia, sino por la racionalidad en la construcción de los principios fundamentales que lo sustentan y en sus categorías jurídico-penales. El hecho que el Derecho Penal se justifique como necesaria para la convivencia más o menos pacífica de sus integrantes no implica su cualificación como un instrumento de control social sin ser controlado. Puede tener un origen legal pero puede perder legitimidad por el accionar arbitrario e irracional; **la legalidad emerge de la ley pero no la legitimidad**. A partir de estas consideraciones críticas se ubican los cuestionamientos de la legitimidad del Derecho Penal. Todos cuestionan desde distintas perspectivas su legitimidad pero no su utilidad; pero tampoco puede legitimarse a partir de su utilidad. El Derecho Penal tiende a legitimarse por los principios de necesidad, proporcionalidad, racionalidad, por la prevención preventiva y especial moderada, por la resocialización, por el principio de humanidad de las penas. Dicho de otra manera simplificada, en la racionalidad de su configuración del hecho punible y la pena. La legitimidad no se sustenta en la ley ni se agota en ella. Son otros referentes de construcciones dogmáticas todas direccionadas a racionalizar el ejercicio de la acción punitiva del Estado la que tiende darle legitimidad necesaria para accionar. En tal sentido, son muchos los criterios a tomar en consideración: el bien jurídico, criterios político-criminales, principios, derechos humanos, etc. Entender la legitimidad como expresión material de racionalidad es entender la necesidad de libertad aceptada por el Pueblo. La legitimación no puede sustentarse en una acción hepática, irascible de aceptación o en sentimientos de inseguridad ciudadana que clama más represión. **La actitud serena por la racionalidad y el humanismo hace de la legitimidad su mejor aceptación. La necesidad de legitimación viene a ser satisfecha por el Derecho que responde a las necesidades sociales de racionalidad.** El Derecho Penal se encuentra en el consenso sobre su validez por parte de un número socialmente relevante de ciudadanos que tengan base racional. En tal sentido, un Derecho Penal que se estructure sobre principios garantistas tiene mayor legitimidad que aquellos que lo niegan. Racionalizar la irracionalidad para legitimar el Derecho Penal es el quid de esta cuestión. (Pena de muerte, cadena perpetua, habitualidad, reincidencia, penalidad de los actos preparatorios, excesiva extensión de los tipos de peligro abstracto, inversión de la carga de la prueba, tipos en blanco, funciones del Derecho Penal y de la pena, *interpretación extensiva para perjudicar al procesado*, etc. deben ser desterrados para reafirmar de esta manera un Estado social de Derecho).

restrictiva de la norma penal. No de otra manera el Derecho Penal peruano tiende a legitimarse.

Queda claro que, excepcionalmente, el Tribunal Constitucional puede efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal; posibilidad en aquellos casos en que se aplica un tipo penal apartándose del sentido material de la norma penal. En el presente caso, los miembros del Tribunal Constitucional, por mayoría, consideraron que la interpretación extensiva en demasía del órgano jurisdiccional en relación al sujeto activo prescrito en el artículo 387 del Código Penal no ha afectado el principio de legalidad. Es decir, las pautas interpretativas eran acordes con el ordenamiento constitucional. No obstante, ni el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional hicieron un desarrollo racional para establecer qué cosa es la función de facto, si se puede ejercer la función de facto sin usurpación de cargo, o si puede haber una dualidad de cargo formal y otro no formal al mismo tiempo; o dicho de otra manera: ¿puede coexistir el ejercicio real de cargo y el ejercicio formal y por solo uno de ellos responderse penalmente?

En el caso, no cabe duda de que Vladimiro Montesinos Torres solo tenía el cargo de asesor de la alta dirección del SIN, pues el titular era otro. Por tanto, la administración de los bienes de la entidad del Estado la tenía aquel que ostentaba formalmente por razón del cargo esa condición. La prevalencia del ejercicio formal frente al real informal es evidente. Responde el que tiene la administración por razón del cargo formal. El ser un “títere” no lo convierte técnicamente en un personaje despojado del cargo porque legalmente lo mantiene; otra cosa es que no quiera ejercer o hacer valer su derecho de ejercicio. En tal sentido, la interpretación del Poder Judicial, que hace suya el Tribunal Constitucional, se excedió porque se apartó del tenor material del precepto. La expresión “por razón del cargo” es clara, expresa e inequívoca. Los supuestos prohibidos no se crean por interpretación, sino por la ley expresa. El Tribunal Constitucional decidió, sin realizar mayor análisis de juicio o desarrollo, salvo invocar que comparte el criterio de la sentencia cuestionada. No precisa si la interpretación de la justicia ordinaria respetó o no el principio de legalidad constitucional.

En esas condiciones, ¿cómo se legitima el Derecho Penal?, ¿cuál es su justificación axiológica y política?, ¿cómo se traduce la legitimidad material del Derecho Penal?

La búsqueda por legitimar el ejercicio de la función punitiva del Estado es de vieja data. Cesare Beccaria, por ejemplo, trató de fijar sus límites a su ejercicio a partir de la idea del contrato social. Lo hay aquellos otros que

parten de otros referentes. Ferrajoli⁽²⁰⁹⁾, a través de un esfuerzo de profunda reflexión, procura determinar criterios de legitimación del Derecho Penal de cara a la necesidad de que opere como instrumento de defensa de los derechos humanos fundamentales. Un elemento común en la opinión prevalente suele estar referido que el Derecho Penal se legitima en la medida que controle más o menos la acción punitiva del Estado, de lo cual parece desprenderse que a mayor contenido de racionalidad en el Derecho Penal, mayor legitimidad adquirirá. La ciencia del Derecho Penal debe permitir la mayor racionalidad de la acción punitiva del Estado; “el Derecho Penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violación que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”⁽²¹⁰⁾.

La posibilidad real de elaborar y desarrollar un nuevo Derecho Penal desde perspectiva de bases antiliberales es un propósito que gana terreno en Latinoamérica. De ahí que se deba alertar de los graves riesgos que ello implica para las garantías de libertades individuales ganadas a todo lo largo de la historia de la humanidad. Sacrificar estas garantías, por una pretendida eficacia en la lucha contra la gran criminalidad organizada es poner en riesgo el propio sistema de libertades que se reclama en una democracia, por la propia ineficacia del Estado. A mayor ineficiencia del Estado, mayor simplismo en la solución.

Un buen referente para las modificaciones de estos injustos cualificados por el sujeto activo es la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el 29/03/1996, en la Conferencia Especializada Interamericana, realizada en la ciudad de Caracas (Venezuela); Convención aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución Legislativa N° 26757 del 05/03/1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 24/03/1997.

El artículo VII de esta Convención establece que los Estados partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su Derecho interno los actos de corrupción señalados en ella, con el fin de facilitar la cooperación entre Estados en los términos que la Convención consigna. Además, en el artículo XI se vincula este proceso con el desarrollo y armonización de las legislaciones nacionales necesarias para la consecución de los objetivos de la Convención.

(209) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 2001.

(210) *Ibíd*em, p. 21.

Recordemos que en la Asamblea General de la OEA, realizada en San José de Costa Rica, los representantes de los Estados partes suscribieron el 04/06/2001 la Carta de Entendimiento sobre Mecanismo de Seguimiento de la Aplicación de la Convención Interamericana para la Corrupción, que, entre otros aspectos, evaluó el proceso de adecuación de las legislaciones nacionales a los preceptos de la Convención y al funcionamiento de los mecanismos de cooperación que esta contiene. He aquí un reto para la lucha frontal contra la corrupción, en la cual debe estar comprometida toda la sociedad, pero particularmente el Poder Ejecutivo y Legislativo, tan venido a menos en estos últimos tiempos.

El ejercicio de la función pública es muy compleja y exige tanta vocación de servicio como capacidad, voluntad de trabajo, responsabilidad, lealtad y probidad; cualidades poco frecuentes en nuestro medio, pero que son explicables por muchos factores concurrentes que contribuyen a estas prácticas nocivas.

VI. LAS RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA PUNIBILIDAD DEL DELITO DE PECULADO

El peculado, en cualquiera de sus modalidades (peculado por apropiación, utilización, uso, culposos, etc.), tiene un fundamento de punibilidad real. Estos actos socavan con intensidad la legitimidad de las instituciones fundamentales de la República. También ocasiona un serio daño al normal y correcto desarrollo de la Administración Pública, en la confianza de la ciudadanía en las instituciones básicas de la Nación, además de afectar el patrimonio del Estado.

Confirma nuestras afirmaciones la corrupción institucionalizada que penetró en todos los niveles de Administración Pública durante el decenio fujimorista. Obviamente que esta dimensión gigantesca de corrupción institucionalizada no solo es patrimonio exclusivo de dicho régimen; también alcanza a otros gobiernos poco transparentes.

¿Qué factores posibilitaron el avance considerable de la corrupción, que trajo como consecuencia la desconfianza del pueblo en sus instituciones básicas? La impunidad, la inaplicabilidad de sanciones ejemplares, el espíritu de cuerpo, la protección otorgada a los agentes por parte de los niveles más altos de la Administración Pública, la tolerancia hacia la cultura de la corrupción, el abuso de poder, la falta de mecanismos de control, la intervención grosera del Poder Ejecutivo y otros poderes del Estado, la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales, etc.

Modernamente, cada vez más se reduce la tolerancia contra estas prácticas corruptas a los extremos que es de interés mundial el combatirlas.

Recordemos que nos movemos en un mundo globalizado, marcado por un cambio en la visión ética y la conciencia moral. La corrupción es un sistema de comportamiento, una cadena comunicacional. Se trata de un sistema de corrupción, de una cultura del aprovechamiento personal, que se ponen en evidencia, con más claridad, en las democracias.

La expansión de la democracia en todo el continente crea condiciones para una mayor transparencia en el control de la corrupción, tanto por la institucionalidad como por la acción ciudadana. Parte constitutiva de las democracias más avanzadas es la formación de una opinión pública fuerte, con un papel decisivo de los medios de comunicación. En todos los casos de lucha contra la corrupción, la opinión pública y los medios de comunicación desempeñan un rol esencial, a partir de la presión social, que convierte este tema en punto fundamental de las agendas de los gobiernos. No de otra manera se entiende el preámbulo de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción al establecer: “La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

El combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones en la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. Estos y otras condiciones fácticas sustentan la punibilidad del injusto penal de peculado. Pero ninguna norma penal tendrá la legitimidad si no se halla sustentada en la Constitución Política del Estado. La exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas.

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios rectores de toda Constitución Política. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminal solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental de nuestro Estado de derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

Pero tenemos que tener en consideración, tal como sostiene Claus Roxin que “la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema

—como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello, se denomina a la pena como la ‘última ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁽²¹¹⁾.

En los delitos especiales propios, como el peculado, se protegen bienes jurídicos que no pueden ser lesionados por cualquier persona, sino solo por funcionarios o servidores públicos.

Los hechos punibles caracterizados por afectar el patrimonio del Estado y el correcto desarrollo de la Administración Pública (bien jurídico tutelado en términos generales) deben ser sancionados con penas severas, pero no al grado de poner al Derecho Penal como la primera o única opción para proteger el bien jurídico, por encima de otras opciones.

Recordemos que el Derecho Penal es la última ratio y se rige por el principio de subsidiariedad. No tener en consideración estos principios elementales ha llevado, en el caso peruano, a exageradas y desproporcionadas medidas represivas y a la creación de nuevos tipos penales de manera irregular. Agréguese a ello, las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal. Entonces, tenemos como resultado un instrumento de represión de alta intensidad, reacción que es explicable de alguna manera por la dimensión gigantesca que han cobrado los actos de corrupción en nuestro medio, pero que no la justifican. El Perú debe masificar y afinar otras medidas preventivas; solo cuando estas fallan, entonces, debe intervenir sin demora alguna el Derecho Penal.

Como bien refiere Jakobs: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídicas-penales solo cuando su función no la puede asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídica-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado principio de subsidiariedad”⁽²¹²⁾.

VII. LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN, UTILIZACIÓN Y CULPOSO

Ante el problema de la autoría y de la participación del particular en el delito de peculado, la dogmática penal ha optado mayoritariamente por comprender al *extraneus* como cómplice del delito. Toda la cuestión para s

(211) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 65.

(212) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. 2ª edición corregida. Marcial Pons-Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, p. 60.

determinación se reduce al principio: “No hay autor ni formas de participación sin relación al tipo”, lo cual es indicativo de que ningún concepto de autor o partícipe pueda determinarse fuera del tipo penal. Así, se es autor, coautor o partícipe de un hecho punible tipificado por una norma penal determinada.

La diferencia entre autoría y participación es consecuencia de la decisión a favor de un Derecho Penal que se apoya en la descripción típica de supuestos exigidos o prohibidos (principio de legalidad), no en la personalidad o en la voluntad del agente.

Solo puede ser autor el que realiza la acción típica completa; los partícipes no realizan la acción típica, solo contribuyen con actos tangenciales al tipo. La razón de la extensión punitiva a los partícipes se hace en función a su contribución al hecho punible realizado por el autor, que lesionó o puso en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal.

La jurisprudencia nacional actual considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Del mismo modo, el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de fecha 06/12/2012, en el fundamento 11, ha establecido que:

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

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

En términos generales, cualquier otro funcionario que no tenga la administración, custodia o percepción de los caudales y los particulares que prestan su participación o colaboración en el hecho punible en cuestión, son considerados cómplices del delito de peculado por apropiación o por utilización. Es decir, el concepto de *extraneus* no solo está referido a los particulares, sino también a otros funcionarios o servidores públicos que no tengan la condición especial para ser sujeto activo del delito de peculado”.

Y, asimismo, la Corte Suprema en una ejecutoria ha establecido lo siguiente:

“La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo (autores y cómplices) debe ser enmarcados en el mismo *nomen iuris* delictivo, por lo que el argumento de que la conducta de estos se enmarca en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación a título de imputación y la inobservancia al principio de accesoriedad limitada prevista en el artículo veintiséis del Código Penal”. (Ejecutoria Suprema del 14/01/2003. Exp. N° 3203-2002-Lima).

VIII. ALGUNOS OTROS CONCEPTOS UTILIZADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VINCULADOS A LOS DIVERSOS TIPOS DE PECULADO

1. El patrimonio en la Administración Pública

El Estado, como expresión jurídica organizada para el cumplimiento de sus fines fundamentales, dispone de bienes y recursos cuantiosos y de muy diversa especie. De ahí que modernamente el patrimonio de las entidades del Estado sea inmenso, y esté constituida por toda clase de bienes: tierras, bienes muebles e inmuebles, caminos, aeropuertos, costas, ríos, lagunas, tesoros, riquezas minerales, agua, el espacio electromagnético, etc. El concepto es muy amplio y conglobante, pero lo que interesa a los efectos penales es determinar, en el caso concreto de los delitos de función pública, específicamente, a qué tipo de bienes se está refiriendo la norma penal como objeto del tipo objetivo.

En los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico genérico es, pues, la Administración Pública, expresada en su normal y correcto desarrollo. Sin embargo, no podemos dejar de considerar que dentro de la Administración Pública, como marco referencial, también se agrupan distintos bienes jurídicos específicos, que son prevalentes en cada caso concreto.

Sistemáticamente, el delito de peculado está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública y no entre los delitos contra el patrimonio, como es el caso del Código Penal alemán reformado. Ello no implica desconocer el carácter pluriofensivo de este injusto penal, que lesiona tanto el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública como el patrimonio del Estado.

La relevancia de esta última afectación debe ser tomada en consideración por el juzgador para los fines de la aplicación del mínimo o máximo de la pena contemplada en la norma penal, pero ello no es determinante, porque deberá sancionar al que se haya apropiado de dos mil soles o un millón de soles. El perjuicio que genera el peculado es inmensamente mayor y trasciende cualquier contenido patrimonio. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales han sido creados.

La tendencia moderna de la dogmática penal se orienta en establecer un concepto propio de patrimonio público, que tiene indudablemente un mayor alcance y riqueza de contenido que el del Derecho Civil.

La conceptualización del patrimonio público –como todo concepto– está en permanente revisión y puede comprender a todos los bienes de propiedad pública como privada; esta última, excepcionalmente, ubicada en la condición de disponibilidad jurídica con fines públicos.

¿Cuál es la importancia de determinar qué debe entenderse por patrimonio público cuando, en las diversas modalidades de peculado, se habla básicamente de caudales o efectos (art. 387), maquinarias, vehículos o cualquier otro instrumento de trabajo (art. 3988), dinero o bienes (art. 389) y fondos (art. 390)? ¿Hasta qué punto el patrimonio público comprende estos u otros conceptos?

Buena parte de los legisladores latinoamericanos y europeos siguen aún utilizando, en la configuración de los delitos de función pública, y sobre todo en las diversas figuras penales de peculado, vocablos muy antiguos, que ya no responden a las exigencias de la modernidad y que requieren ser revisados y unificados en conceptos unitarios con la suficiente amplitud como para que permitan una protección adecuada del bien jurídico tutelado por la norma penal. Tratándose de los delitos contra el patrimonio del Estado y de los delitos de función pública, donde el patrimonio del Estado resulta afectado como bien jurídico accesorio, se requiere de la utilización de términos depurados e inequívocos.

2. El concepto de servicio público

La noción de servicio público se caracteriza como una actividad realizada por la Administración y regulada por el Derecho Administrativo.

Rafael Bielsa definía al servicio público como: “toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”⁽²¹³⁾.

No toda actividad de la Administración Pública constituye servicio público, sino solo una parte de ella. Por ejemplo, la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se consideran “servicio público” en sentido estricto.

La actividad estatal solo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos administrativos, pero no en todos.

Modernamente, muchos servicios públicos están dados en concesiones a favor de entidades privadas, cuyo manejo se rige por la rentabilidad, ganancias y utilidades, sujetas a la oferta y la demanda. Así tenemos el servicio

(213) BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 6ª edición. Buenos Aires, 1964, p. 463.

público de la telefonía, la electricidad, el transporte, la salud, la educación, etc.; y los pocos servicios que brinda el Estado se rigen por el régimen de la actividad privada, como, por ejemplo, el servicio de agua potable (Sedapal).

Algunos autores peruanos consideran el servicio público como un concepto más amplio que la función pública, pues el primero comprendería al segundo, existiendo una relación de género a especie. Convenimos que aún se puede hablar restrictivamente de una diferencia de género a especie, pero invertidas. Es decir, que el servicio público subsidiariamente esté comprendido en la función pública y no al revés. Es el caso, del servicio de educación o salud que brindan las entidades del Estado, el cual está comprendido dentro de las funciones públicas; pero no puede decirse lo propio de estos servicios cuando son brindados por entidades privadas.

Gálvez Villegas, por ejemplo, sostiene con relación al servicio público, que “debe entenderse el concepto de servicio público en su sentido amplio, en el mismo que pueda tener cabida inclusive la administración de justicia y todo tipo de función pública, no únicamente el concepto de servicio, entendido como una prestación que presta una determinada entidad o el Estado en general”⁽²¹⁴⁾. Manejar en estos términos extensivos un concepto puede generar situaciones desproporcionadas en cuanto al tratamiento del concepto de funcionario o servidor público.

IX. EL TRATAMIENTO DEL PARTICULAR EN LOS DELITOS ESPECIALES CUALIFICADOS POR EL SUJETO ACTIVO SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO N° 003-2016/CJ-116

En el marco del X Pleno Jurisdiccional, las salas penales permanente y transitoria de la Corte Suprema suscribieron el Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116, que establece criterios vinculantes sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios, tomando como referencia el delito de enriquecimiento ilícito. Los fundamentos 9 y 10 de dicho Acuerdo establecen lo siguiente:

“9. (...) en lo que concierne a la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. PEÑA CABRERA, Alonso R. “La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: La unidad del título de imputación”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 89. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos

(214) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa, Lima, 2001, p. 20.

intraneus y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá, como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (RUEDA MARTÍN, María Angeles. “Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración Pública”. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*. N° 8. II Época. Madrid, 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducirse hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* solo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016).

10. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriadad (PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Civitas, Madrid, 1999, p. 22 y ss.). En tal sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11/10/2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel toma parte directa en la realización de la conducta punible.

(...)

12. 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 artículo 26 del Código Penal”.

Lo rescatable en el análisis de estas teorizaciones se ubica en el fundamento 12 del indicado Acuerdo Plenario. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio, cualificada por el agente activo, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional⁽²¹⁵⁾. Abordar o dar un tratamiento racional, formulado como teorías en relación a la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales, no fue una tarea sencilla. Sin embargo, el problema se superó con la modificación del artículo 25 del Código mediante el Decreto Legislativo N° 1351, del 07/012017, según la cual: “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 concurren en él”.

En tal sentido, la norma en cuestión ya establece con claridad la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos de función pública. Con ello se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del *extraneus*.

Tratándose del delito de peculado, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 102-2016, estableció: “La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor”.

La teoría de infracción del deber es la que mejor explica la aplicación adecuada el artículo 26 del Código Penal peruano. En los delitos especiales, donde el agente es funcionario o servidor público, como son la mayor parte de los delitos contra la Administración Pública, se toma como criterio para

(215) En realidad, no es una cuestión discutible en cuanto a la participación del *extraneus* en el delito especial. El tercer párrafo del artículo 25 del Código Penal que fue materia de reforma por el Decreto Legislativo N° 1351, resulta bastante evidente. Hasta antes de la reforma, desde luego que hubo mucha confusión en torno a su punibilidad o no punibilidad. Siendo materia de mucho debate en la doctrina nacional y la jurisprudencia. No obstante, queda claro que el *extraneus* solo puede ser sancionado a título de cómplice en cualquiera de los delitos de función pública.

la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber, formulada por Claus Roxin⁽²¹⁶⁾.

De manera que, aun cuando son varias las personas que participan en el delito de peculado, el agente, como figura central, lo es aquel que tiene la condición de funcionario o servidor público. Es el único que lesiona el deber especial, dada su condición también especial. En realidad, poco importa el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado. Solo el funcionario tiene el deber de cuidado, de usar correctamente los bienes del Estado, el deber de protección, etc. El particular responde por actos tangenciales al tipo porque son contributivos a la configuración del tipo por parte del funcionario o servidor público. En estas condiciones especiales, la teoría de la infracción del deber contribuye con mayor racionabilidad a fundamentar la punibilidad del *extraneus* y, desde luego, del *intraneus*. Claro que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado. Es necesario que se produzca una afectación o lesión del bien jurídico de manera relevante, de modo que el hecho amerite la intervención del Derecho Penal.

(216) Ver: ROXIN, Claus. Ob. cit.

Capítulo II

Peculado por apropiación

Artículo 387.- “El funcionario o servidor público que se apropia (...) 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 (...) 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.

(...)”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Incorporar al tipo penal un referente objetivo de carácter patrimonial⁽²¹⁷⁾ es una buena idea, porque permite efectuar un control constitucional sobre

(217) El legislador peruano, siguiendo la legislación penal colombiana, conforme a la modificación realizada

las resoluciones judiciales cuando se afecta el principio de legalidad penal, de mínima intervención y de interpretación racional de la norma penal, bajo parámetros de principios, valores y preceptos constitucionales; es decir, cuando el juzgador, al aplicar el tipo penal o imponer una sanción, se aparta del sentido material del precepto o cuando la aplicación de una determinada norma penal esté basada en pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

El tipo penal, por su propia naturaleza, solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público al que, por razón del cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado. Siendo esto así, debe existir una relación funcional concreta entre el agente y los bienes del Estado (caudales y efectos). Esta relación funcional no solo puede ser material o directa, sino también de disponibilidad jurídica, tal como lo ha señalado la jurisprudencia:

“Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el agente activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario público o servidor público; deben tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que tiene el agente como parte que, es de la Administración Pública”. (Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, fundamento 6).

La relación funcional específica entre el cargo del funcionario o servidor público y la disponibilidad jurídica que tiene en virtud de la ley sobre los bienes del Estado, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, es suficiente para la configuración del tipo. Por ejemplo, el titular del pliego de una entidad del Estado, aun cuando no ejerza una tenencia material directa sobre los bienes, será comprendido como sujeto activo en la medida que tiene la disponibilidad jurídica de determinación sobre los bienes. A ello agréguese que mantiene una administración general indirecta. De manera que la administración puede ser directa o indirecta por razón del cargo. Véase por ejemplo la siguiente jurisprudencia:

“La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público con el sentido de que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En

por el artículo único de la Ley N° 30111 del 26/11/2013, introdujo este referente patrimonial. El decreto legislativo que modifica el artículo 387 del Código Penal mantuvo el referente patrimonial.

esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndose solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tiene al relación funcional". (R. N. N° 615-2015-Lima, del 16/08/2016).

Ello implica que no todo funcionario o servidor público, por su sola condición, puede ser sujeto activo del delito de peculado. Como elemento material del tipo debe tenerse en consideración la relación funcional específica por razón del cargo (v. gr., titular del pliego, gerente de administración, etc.) sea que tenga la administración material directa o indirecta (disponibilidad jurídica) en razón a los deberes o atribuciones específicas asignadas por la ley de la materia (relación funcional pautaada).

En tal sentido, se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. Es el caso del alcalde o gobernador regional que tiene la administración general de los bienes del Estado y goza de la disponibilidad jurídica sobre ellos. Del mismo modo, tratándose del gerente, que teniendo la administración directa sobre los bienes, se apropia para sí o a favor de terceros. El agente obra con *animus rem sibi habendi* y dolo directo.

El beneficiario con el apoderamiento puede ser el propio autor del hecho, que siempre será funcionario o servidor público, o, en su caso, un tercero que puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la Administración.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui géneris. Él no sustrae los bienes porque ya están en su poder de disposición (en función del cargo que desempeña). El sujeto simplemente se apropia de los bienes del Estado como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. Actúa como propietario del bien público. Como indica el citado Acuerdo Plenario, apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen una actividad comercial, que ponga de manifiesto la ilícita

disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación.

II. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

El tipo básico descrito por el artículo 387 del Código Penal (peculado por apropiación) debe ser cometido por un funcionario o servidor público, que actúa con dolo directo⁽²¹⁸⁾.

Sobre la idea de funcionario público, la Casación N° 634-2015⁽²¹⁹⁾ establece un concepto de manera razonada, y concordada con el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este concepto, desde luego, va más allá del propuesto por el artículo 425 del Código Penal⁽²²⁰⁾. Así, la Casación en referencia establece:

“**Primero.** 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”.

El artículo 425 no parecería del todo correcto, en la medida, que el concepto de funcionario público debe interpretarse conforme a las normas constitucionales sobre el particular (artículos 39, 40 y 41). Un Código Penal no puede ubicarse por encima de la Constitución, tal como se sugiere en

(218) El concepto de funcionario y servidor público ya fue suficientemente estudiado por la doctrina nacional que deja pocas dudas sobre el particular. Sin embargo, nos inclinamos sobre la definición que sobre el particular establece el artículo I de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC), ratificada por el Estado peruano el 06/04/1997. Convención del cual el Perú es parte y que de acuerdo con el artículo 55 de nuestra Constitución: los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional (Ley N° 26647).

(219) El 28/06/2016, la Sala Penal Transitoria emitió sentencia en el Recurso de Casación N° 634-2015. Según los hechos materia del caso, entre setiembre de 2012 y abril de 2013.

(220) Artículo 425.- “Son funcionarios o servidores públicos:

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

el inciso 7 del artículo 425 del Código Penal. Un concepto penal de funcionario o servidor público debe ser un concepto de desarrollo constitucional para fines propios del Derecho Penal, como lo es para fines propios del Derecho administrativo, previsional o laboral. La autonomía del Derecho Penal se da dentro de los parámetros establecidos por la Constitución (supremacía constitucional) y no fuera de ella. En todo caso, se debe recurrir a los conceptos de funcionario público establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Perú que constituyen normas autoaplicativas⁽²²¹⁾, es decir, que no requieren de una ley que las adhiera expresamente al Derecho interno, ya que se incorporan desde que estas convenciones o tratados son ratificadas por el Estado parte.

El artículo 425 expresa no conceptos, sino una relación de referentes para indicar a los sujetos que podrían ser considerados como funcionarios públicos a efectos penales, lo que debe hacerse bajo parámetros de valores, principios y preceptos constitucionales. El segundo fundamento de la indicada casación está más acorde con la Constitución, al establecer:

“Segundo. 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 (...)”.

Este razonamiento, concordado con el fundamento quinto, no orienta a una interpretación acorde con el artículo I de la Convención antes mencionada y con la Constitución:

“Quinto. 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”.

(221) **Artículo I:** Para los fines de la presente Convención, se entiende por “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

En suma, nuestro marco constitucional emplea el término “funcionario público”, “servidor público” y “trabajador público”. A partir de ello, debe tomarse en consideración el concepto de función pública, entre otros conceptos vinculados a la Administración Pública. Del mismo modo, en relación con esta cuestión, debe tenerse en consideración que el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de funcionarios, que en términos generales es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública, y en términos específicos la función pública, el patrimonio estatal, etc., constituyen referentes que en cada caso concreto permiten establecer un concepto de funcionario o servidor público. Por ejemplo, en el caso del peculado, el sujeto activo solo puede ser funcionario que tiene la administración, custodia o percepción de los caudales o efectos del Estado, mas no así cualquier otro funcionario o servidor público. Lo propio sucede en relación con el artículo 393-A (soborno internacional pasivo), entre otros hechos punibles.

Delimitado de algún modo el concepto de funcionario o servidor público, el verbo rector del tipo básico se expresa en el vocablo “apropiar”. La acción dolosa del agente se orienta a apoderarse o hacer suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos.

Existen muchas formas de apropiación. El tipo penal básico de peculado admite una interpretación amplia de formas cómo el agente puede apoderarse de los bienes del Estado. Así, puede recaer en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, actos de disposición inmediata, etc. De allí que la expresión “en cualquier forma” admite una interpretación extensiva del medio comisivo⁽²²²⁾, lo cual puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza.

(222) ¿Qué es la interpretación analógica? Es la interpretación razonablemente permitida porque no implica la creación de un nuevo supuesto no contemplado en el tipo penal. Usualmente se dan en los tipos penales de naturaleza abierta, de reenvío o demasiado casuístico. De acuerdo al precepto constitucional, la interpretación analógica también tiene un límite: no afectar derechos fundamentales. Verdad que esta interpretación no es analogía prohibida en sí, pero esconde el peligro de recurrir al mismo resultado. Por ejemplo, aquellas frases contenidas en los tipos penales: “de cualquier manera”, “o análoga”, “o de otra manera que ponga en peligro”, “practicar el acto sexual de cualquier forma sin consentimiento de la víctima”, etc. En suma, la interpretación analógica es cosa distinta al concepto penal de analogía porque la interpretación analógica es el descubrimiento de la voluntad de la ley, en su propio texto.

III. LOS SUPUESTOS PROHIBIDOS CONTENIDOS EN EL PECULADO POR APROPIACIÓN

Lo relevante en el tipo penal de peculado por apropiación es que el agente haga suyos los bienes del Estado (caudales o efectos) para sí o para otros (ese otro puede ser una persona natural o jurídica). Es evidente que el agente actúa con dolo directo.

No se requiere para su consumación que exista un provecho económico o utilidad para el sujeto activo o para el tercero, aunque este suele ser un dato objetivo-subjetivo que acompaña a los *intraneus* como a los *extraneus* (véase el Recurso de Nulidad N° 525-2015-Ayacucho)⁽²²³⁾. Sería poco común una apropiación sin provecho o beneficio alguno, sea este económico o de naturaleza diferente. La acción dolosa del sujeto activo en el peculado por apropiación va dirigida al apoderamiento, con el consiguiente beneficio propio o de un tercero, así la norma no lo señale expresamente. El beneficio o provecho usualmente es consustancial al apoderamiento, pero, para nuestro tipo penal de peculado, no es una exigencia.

El verbo rector es “apropriarse” que, en términos prácticos y de acuerdo con lo sostenido por el antes citado Acuerdo Plenario, implica que el agente hace suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública. En tal sentido, puede apropiarse tanto el funcionario como el servidor público en las condiciones descritas, también un particular con la aquiescencia del funcionario o servidor público. Desde luego que apartar de la esfera de la administración también puede ser posible a través de la utilización. No obstante, puede ser un elemento común, pero en la apropiación el agente hace suyo el bien, y en la utilización solo hace un uso transitorio⁽²²⁴⁾.

(223) “Duodécimo: Con respeto a lo señalado, el tipo penal de peculado no requiere que se produzca para consumarse un provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, aunque podría interpretarse que la incorporación de los caudales sea una modalidad de provecho. Si bien es cierto, este provecho no resulta requerible como componente del tipo penal, sí resulta ser un dato objetivo-subjetivo que lo acompaña tanto para los *intraneus* como para los *extraneus*. Constatar la existencia de provecho para el agente público, en el proceso de las etapas del delito, es una fase de agotamiento que de tipificar el delito resulta irrelevante; en ese sentido, la negativa del acusado en cuanto a la comisión del delito, así como los agravios contenidos en su recurso impugnatorio no solo constituyen simples argumentos de defensa dirigidos a evadir su responsabilidad”.

(224) Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. Asimismo, en relación a concepto de apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, **utilizar** se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

Entendemos que los Códigos mejores redactados, modernamente, contienen el vocablo “apropiar” para indicar la acción dolosa merecedora de sanción punitivas (art. 133 del Código Penal colombiano; art. 312 del Código Penal brasileño; art. 438 del Código Penal salvadoreño; art. 142 del Código Penal boliviano; art. 216, lit. A, del Código Penal puertorriqueño; art. 314 del Código Penal italiano; etc.).

Hay autores que definen la “apropiación” tomando como base el concepto de dominio; otros el concepto de disposición; otros, el deber de protección. También hay quienes afirman que apropiarse significa hacer el bien propio, sacarlo del patrimonio ajeno con la intención de no restituirlo; realizar sobre la cosa ajena, cuya posesión se tiene, una potestad propia del derecho de propiedad, privando de la misma al propietario; hacerla entrar en el dominio propio, etc.

Otros autores sostienen que apropiarse de una cosa significa privar al titular del derecho de disposición sobre la misma y sustituirla por el propio; o sea, reemplazar con el propio señorío absoluto al ajeno. Pero es el caso que el agente, desde el origen de la relación funcional, ya tiene ese poder de disposición, entendido como “disponibilidad jurídica” (relación funcional de administración indirecta); de modo que no podría decirse que la apropiación priva de ese derecho, toda vez que este no puede ser eliminado por el ilícito del poseedor.

He aquí tres definiciones clásicas de apropiación: “Apropiación es la disposición del dinero o de otra cosa mueble como dueño, *uti dominus*, es decir, conservándola, destruyéndola, enajenándola, averiándola, etc.; con la voluntad de disponer de ella como cosa propia”⁽²²⁵⁾.

“Apropiarse es tomar para sí alguna cosa haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad”⁽²²⁶⁾; y la definición de Guillermo Cabanellas: “Apropiarse. Tomar para sí alguna cosa o derecho con ánimo de convertirse en dueño. Si la acción está amparada por la ley, se origina la propiedad; si corresponde a lo prohibido, las figuras que surgen son la posesión o la tenencia, si existe buena fe; la usurpación, el hurto o el robo, cuando existe mala fe”⁽²²⁷⁾.

Consideramos más acertada, aquellas que consideran que la apropiación de la cosa ajena no es un acto de adquisición de la propiedad ni la privación del poder de disposición, sino un acto de disposición realizado sobre la cosa

(225) RANIERI, Silvio. Ob. cit., Tomo II, p. 247.

(226) URIEL, Franco. *El peculado*. Temis, Bogotá, 1987, p. 47.

(227) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 206.

como si fuera propia. Compartimos el concepto de que la apropiación, en cualquiera de sus formas, implica el apoderamiento de los bienes, que conlleva a establecer sobre ellos relaciones equivalentes o análogas a la del propietario, sin *animus* de restitución.

El verbo rector “apropiarse” está claramente vinculado a una determinada intención del agente”⁽²²⁸⁾. No obstante lo dicho y al acuerdo plenario citado, no se puede confundir “sustracción” con “apropriación” porque en nuestra legislación la sustracción no tiene penalmente una referencia necesaria que equivalga al apoderamiento; ya que si el agente sustrae los efectos o caudales, no con la intención de apoderarse o utilizarlos en beneficio propio o de un tercero, sino con la intención de destrozar o inutilizar los bienes por venganza, etc.; se estaría ante otro tipo penal, pero no en la figura básica del peculado.

No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de incorporar el bien en su propia esfera de tenencia o la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa aunque solo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella”⁽²²⁹⁾. Por consiguiente, el delito se consuma cuando el bien ha sido apartado de la esfera de la tenencia administrativa. Puede haber sustracción con o sin apoderamiento.

De ahí que en la propia Argentina casi todas las postulaciones de reforma son motivadas por las serias críticas dirigidas al verbo rector “sustraer”, dada su ambigüedad e impropiedad; verbo que, en nuestra legislación, se emplea en el peculado culposos.

IV. LA EXPRESIÓN “EN CUALQUIER FORMA”

La frase utilizada por la legislación en el tipo “en cualquier forma”⁽²³⁰⁾ admite la interpretación analógica, de manera que puede entenderse de muchas maneras, pero las más usuales como situaciones fácticas que expresan la acción dolosa del agente están dadas por:

- El agente actúa directamente apropiándose de los efectos o caudales del Estado que le fueron dados en administración, custodia o percepción

(228) URIEL, Franco. Ob. cit., p. 47.

(229) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 297.

(230) Según el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 debe tomarse en consideración: el destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

por razón del cargo. En este caso, el autor ejecuta de manera directa los actos propios del delito.

- El agente actúa como autor mediato, utilizando a un *extraneus* para apropiarse de los bienes del Estado, pero teniendo la administración, custodia o percepción por razón de cargo.
- El agente consiente que un tercero se apropie de los bienes del Estado que le fueron dados en administración, custodia o percepción por razón del cargo.

El agente puede actuar como autor mediato o inmediato o, dicho de otra manera, directa o indirectamente. La realización del tipo legal puede ser llevada a cabo mediante un intermediario, cuya actuación el agente utiliza para alcanzar su fin delictuoso. En realidad, se trata de un caso de autoría, en el que el agente realiza el tipo penal sirviéndose de un intermediario. La autoría mediata no puede estar excluida en los delitos especiales propios, aun cuando el agente utilizado como intermediario sea un *extraneus* (particular u otro funcionario público sin deberes de administración, custodia o percepción).

El tipo se configura en el momento fáctico de la apropiación del bien, resultando irrelevante si después el agente lo vende, dona, permuta, etc.; cuando el agente, directa o indirectamente, logra sustraer de la esfera de dominio y disponibilidad del Estado los caudales o efectos para apropiárselos.

El tipo penal no ha corregido los inconvenientes que genera la expresión “o para otro”, que puede traer serios problemas al establecer el grado de participación (si lo hubo) de ese beneficiado con el delito.

V. FORMAS MÁS USUALES DE APROPIACIÓN

El tipo básico admite multiplicidad de formas por el cual se expresa la apropiación de los caudales o efectos que le fueran dados en administración, custodia o percepción por razón del cargo; estas pueden expresarse en la retención definitiva, la enajenación, el consumo, etc. La expresión “de cualquier forma” utilizada por el legislador en la configuración del tipo es la más adecuado, ya que no permite dejar un vacío de impunidad, al admitir una interpretación analógica en este extremo.

El estudio de esta multiplicidad de formas no solamente tiene un valor teórico, sino también práctico en cuanto se vincula estrecha y directamente con el problema del momento consumativo del hecho punible. La apropiación es un hecho real y puede expresarse también con la firma de un contrato, en virtud del cual el funcionario o servidor público enajena el bien el

Estado a favor de un tercero. En esta transacción pudo no haberse dado el traslado material del bien fuera del ámbito de la administración, pero tiene relevancia penal, pues el funcionario ha realizado un acto de disposición con forma de apropiación.

Es posible determinar formas de comportamientos que indican apropiación de los caudales o efectos por parte del agente que tiene la administración, custodia o percepción de estos bienes, por razón de su cargo; es el caso de la consunción, tratándose de bienes que se consumen con el primer uso, o cuando el agente cambia la individualidad de una cosa, aunque no pase a otra persona.

En esta última modalidad (cambiar la individualidad de una cosa), el uso y la apropiación pueden confundirse externamente, diferenciándose no por el acto mismo, sino por la acción finalista con que obra el agente. Ejemplo: el funcionario o servidor público que está encargado de administrar o custodiar unas joyas de oro, de propiedad de una entidad estatal, que le fueron confiadas por razón de su cargo, funde las mismas y la convierte en lingotes.

El delito de peculado por apropiación se consuma en el momento de la apropiación, cualquier que sea su forma o modalidad. No deben confundirse este momento de consumación con los actos de disposición posteriores a él, como vender, donar, canjear, etc., que forman parte del agotamiento del hecho punible. El agente puede apropiarse de los caudales o efectos para después venderlos, donarlos, canjearlos, etc. Estos actos de disposición posteriores a la apropiación resultan irrelevantes para la configuración del tipo.

No compartimos lo sostenido por algunos autores que consideran que “destruir la cosa” es una de las formas de apropiación. Quien destruye no se apropia, sino que se deshace del bien. Salvo que quienes sostienen tal hipótesis se refieran a un contexto posterior a la apropiación, entonces, destruir la cosa no es apropiarse, sino deshacerse de un bien apropiado. En este caso, la destrucción deviene en irrelevante en la configuración del tipo. Además, es difícil concebir una apropiación sin provecho o beneficio. ¿Cuál es el beneficio o provecho que logra el agente con la destrucción? Imaginemos que un funcionario o servidor público con relación funcional sobre caudales o efecto por razón el cargo, en un arranque de ira porque la Administración no cumple en pagarle sus remuneraciones, destruye dolosamente un bien. ¿En estas dos hipótesis estaríamos ante un caso de peculado por apropiación? Ello sería extender peligrosamente la tipicidad.

VI. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN EL TIPO PENAL

Son dos: i) cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias; y ii) cuando los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programa de apoyo o inclusión social.

En el tipo agravado, con buen criterio, se siguió la línea dispuesta por Ley N° 29758 (del 21/07/2001) que incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial, que agrava el tipo básico cuando lo apropiado o utilizado sobrepasaba las 10 UIT. Aquel referente le da un mayor sentido patrimonialista al bien jurídico a tutelar, considerándolo desde un punto de vista cuantitativo. Esta agravante no solo es un referente de la naturaleza jurídica del tipo penal, sino que también permite la aplicación de una pena proporcional cuando, en el tipo básico, lo apropiado es mínimo. La norma penal parece indicar que solo podría aplicarse frente a las conductas lesivas más relevantes contra bienes jurídicos. Por ejemplo, en el caso del funcionario o servidor público que se apropia de doscientos soles (principio de lesividad). “El recurrir al criterio de bien jurídico como elemento objetivo para la determinación de las acciones prohibidas, implica, consecuentemente, admitir la concepción de que solo deben ser reprimidas penalmente las acciones que constituyen un atentado contra tales bienes vitales para la vida comunitaria. En este sentido, solo las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal. Es decir, las que atentan contra un bien jurídico”⁽²³¹⁾.

Esta línea rectora expresa un principio básico de lesividad e intervención mínima del poder punitivo del Estado. El Derecho Penal debe apreciarse siempre como la última ratio y debe intervenir frente a los ataques más graves de los bienes jurídicos. En suma, el carácter patrimonial del tipo penal permite la aplicación del principio de lesividad y mínima intervención del Derecho Penal.

VII. LAS AGRAVANTES

El tipo de peculado, siguiendo la orientación de la legislación española y colombiana, contempla el referente de la estimación valorativa o cuantificación dineraria de los caudales o efectos apropiados, como supuesto agravatorio de la penalidad, es decir, el valor o cantidad de los caudales o efectos objeto de apropiación por el agente. Así, el monto de lo apropiado se constituye en una circunstancia que agrava el tipo penal. Esta circunstancia se incorporó mediante la Ley N° 26198, del 13/06/1993.

(231) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. 2ª edición. Eddili, Lima, 1987, p. 12.

Las nuevas tendencias doctrinarias se orientan a patrimonializar el injusto peculado estableciendo cuantificaciones de lo apropiado como circunstancia que agrava o atenúa la pena; lo que implica apreciar que el valor jurídico predominante tutelado por la norma penal sería el patrimonio del Estado.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal hace referencia expresa a la finalidad de los caudales o efectos: cuando están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social⁽²³²⁾. En este caso, el mayor reproche radica en que el autor, con su acción dolosa, genera un daño a sectores de la población más necesitada, como puede ser los afectados por un desastre u otros sectores de extrema pobreza.

Dentro de los objetivos de la actividad del Estado, se hallan los programas públicos de apoyo o desarrollo social, como por ejemplo, el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (Pronaa), cuya finalidad es contribuir a la elevación de los niveles alimentarios u nutricionales de la población en los sectores focalizados de pobreza; o el caso de los Programas Pensión 65, Beca 18, Juntos, Agua para Todos, Estrategia Nacional (Crece), Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres (Juntos), Programa de Restitución de Identidad y Estado Civil, Seguro Integral de Salud (SIS), Mejoramiento de la Calidad en la Educación Secundaria (Mecep), Programa de Educación en Áreas Rurales, Quali Warma, Pobreza Urbana Prospera, entre otros.

Son numerosos los programas de apoyo o desarrollo social. También se han dispuesto otros planes fuera de los ministerios tradicionalmente enfocados en temas sociales. El peculado agravado se da en el contexto de estos programas de apoyo o desarrollo social, en favor de los sectores denominados poblaciones de riesgo, donde los beneficiarios muchas veces se hallan en una situación de pobreza o extrema pobreza, y adonde se orientan las acciones del Estado en prevención, atención y apoyo a la población. Por ello, resulta particularmente reprochable que un funcionario o servidor público se apropie de los bienes destinados a satisfacer las necesidades apremiantes de los sectores más vulnerables de la población.

Ley determina las instituciones encargadas de prestar asistencia o apoyo social para casos específicos. Como refiere Juan Portocarrero: “Los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales cuando se entrega a un funcionario para que atienda las necesidades de los damnificados de un desastre como aluvión, terremoto, por ejemplo”⁽²³³⁾; o Rojas Vargas: “Fines asistencia-

(232) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

(233) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 169.

les son aquellas compañías de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en áreas de servicio: educación, salud, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado o con las donaciones de organismos nacionales e internacionales”⁽²³⁴⁾. Este último autor otorga una naturaleza transitoria o coyuntural a la asistencia y le da un carácter de mayor permanencia a los programas de apoyo social.

Es evidente que la norma penal destaca la importancia del carácter de estos bienes del Estado. La razón de ser de la agravación radica precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para la cual estaban destinados los bienes. El agente, a sabiendas de que los efectos o caudales están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, se apropia de ellos.

Al respecto, puede surgir un problema cuando los bienes del Estado son de mínima cuantía. En este caso, debe operar el principio de mínima intervención del Derecho Penal, de suerte que la conducta no debería tener relevancia penal.

(234) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 350.

Capítulo III

Peculado por utilización

Artículo 387.- “El funcionario o servidor público que (...) 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 (...) 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.

(...)”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La modalidad de peculado por utilización es una figura penal sui géneris, que se diferencia del peculado de uso, tipificado como tal en el artículo 388 del Código Penal. En el peculado por utilización, el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos sin

el propósito de apoderarse del bien. El agente actúa con dolo directo de utilizar indebidamente los bienes o caudales del Estado que se encuentra bajo su administración, custodia o percepción. De manera que no existe propósito de apropiación de dichos bienes. Sin embargo, establecer los referentes que diferencien el ánimo de apropiarse del ánimo de utilización de los bienes del Estado, en determinados casos, es complejo. Por ejemplo, en los casos de tentativa del peculado por apropiación.

El tipo básico en la modalidad de peculado por utilización tiene la connotación de ser una figura penal amplia que admite una interpretación analógica. Eso se desprende de la expresión “utiliza (...) en cualquier forma”, que implica que, en la configuración del tipo, poco importa la forma o modalidad de la conducta; basta el hecho de su utilización indebida.

Siendo un delito de resultado, el tipo admite tentativa. Eso sucede cuando el agente pretende o intenta sustraer o separar los bienes de la esfera pública para darle una utilización indebida. Claro es difícil precisar que dicho acto se realiza para apropiarse o utilizar, por ejemplo, tratándose de dinero del Estado.

El delito de peculado por utilización no necesariamente implica una separación del bien de la esfera pública porque, en determinados casos concretos, incluso, el agente puede dar una utilización indebida de los bienes del Estado dentro de la esfera pública. Por ejemplo, la utilización por parte del agente de las impresoras del Estado para fines personales.

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 del Código Penal encontramos el peculado de uso, que parece similar al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos, en tanto que en el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la Administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388.

Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso, tanto por apropiación como por utilización, puede configurarse por omisión impropia. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente muy bien puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal.

II. DEL VERBO RECTOR

El verbo rector del tipo está expresado, en cuanto contenido mínimo de significado, en el vocablo “utilizar”, que debe interpretarse en concordancia

con la expresión “en cualquier forma o consiente que un tercero (...) utilice, caudales o efecto cuya percepción administración o custodia le estén confiadas por razón de su cargo”.

En tal sentido, entre el agente y los bienes del Estado debe existir una relación funcional que implique vigilancia, cuidado y control sobre los bienes. Esa relación fundamentada por razón del cargo, lo está por el poder de disposición de los bienes para fines propios de la función pública. El vocablo “utilizar” significa aprovecharse de las bondades que permite el bien, sin tener propósito final de apoderarse para sí o para otro.

El peculado por utilización excluye por naturaleza constitutiva al peculado por apropiación. Ambos supuestos prohibidos suponen la separación del bien de la esfera pública. En el primer caso, una separación temporal, para un uso ajeno a la función pública, y, en el segundo, una separación definitiva, por carecer el agente de una decisión devolutoria, sino apropiadora. Se debe entender que la separación o la sustracción del bien están referidos a los fines de la función pública, no a una sustracción necesariamente física. Por ejemplo, el agente que utiliza los bienes del Estado (v. gr., computadoras, impresoras, etc.) para fines privados, lo puede hacer sin sustraer dichos bienes del espacio físico donde se encuentran. La utilización indebida es posible dentro del espacio físico donde se encuentra el bien, como cuando se lo sustrae de dicho espacio de manera temporal de acuerdo al fin propuesto.

La acción del agente requiere dolo directo. Debe verificarse la utilización indebida de efectos o caudales para fines ajenos a la función pública, esto es, con fines privados. Lo usual es que se produzca un perjuicio económico o patrimonial al Estado, pero dicho perjuicio no es un elemento objetivo del tipo.

El tipo penal se configura en el momento en que se da inicio de dicha utilización. Se trata, en realidad, de un uso indebido de los efectos o caudales. Si el uso es conforme a la naturaleza del bien o con el destino específico asignado por la Administración Pública, no se configura el tipo; esto sucederá cuando es empleado para labores ajenas al servicio, en provecho propio o de un tercero. La utilización indebida, por cualquier forma, es amplia y alcanza a todo tipo de bienes del Estado, tanto muebles como inmuebles, con excepción de los bienes a que refiere el artículo 388 del Código Penal (peculado de uso).

La utilización indebida para sí o para otro supone una acción abusiva, inadecuada, no reglada o pautada, pero existe un *animus* de restitución, que lo diferencia del peculado por apropiación. En el peculado por utilización, la intención de restituir está determinada por parte del agente, pero requiere de otros referentes materiales para establecer que esto es así. Lo evidencian hechos como la utilización del bien en el mismo espacio físico en el que

se encuentra. La conducta debe evidenciar que solo se orienta a un uso indebido temporal. En cambio, la restitución en el peculado de apropiación no es un elemento del tipo, sino un hecho que puede darse con posterioridad a la consumación. No es el núcleo central, solo puede ser un factor de atenuación de la pena, porque se realiza en un momento posterior a la consumación.

La punibilidad del peculado por utilización es drástica, teniendo en cuenta que el agente obra con la intención de restituir los efectos o caudales, nota característica que diferencia este delito del peculado por apropiación; sin embargo, el artículo 387 del Código Penal los asimila punitivamente, pese a que son dos comportamientos distintos, que lesionan en grado diverso el interés jurídico tutelado de la norma.

Propugnamos la regulación típica independiente del peculado por utilización como figura básica (véase *supra*) como sucede con la legislación colombiana o chilena.

De esa manera se evitaría la confusión innecesaria entre peculado por utilización y el peculado de uso a que se refiere el artículo 388 del Código Penal, ya que en ambos tipos legales supone un uso indebido en provecho propio o de un tercero con *animus* de restitución de los bienes en sentido general.

Podríamos resumir ambos tipos en el vocablo “utilizar”, que se realiza cuando el agente se sirve de una cosa o hace uso de ella o la utiliza. Sin embargo, el legislador peruano hizo la diferenciación entre el peculado por utilización y el peculado de uso, en que este último se refiere a vehículos o cualquier otro instrumento de trabajo en general destinado a trabajos esporádicos. Empero, “estos bienes cuando son usados de manera permanente, en labores ajenas al servicio como si fueran propios del autor, forman parte del tipo de peculado por utilización”⁽²³⁵⁾.

III. LA DIFERENCIA ENTRE EL PECULADO POR UTILIZACIÓN (ART. 387) Y EL PECULADO DE USO (ART. 388)

El legislador ha diferenciado el “peculado de uso” del “peculado por utilización”. Independientemente de nuestras críticas contra esta forma de diferenciar dos conductas, que bien pueden estar comprendidas en un solo tipo básico (peculado por utilización), señalaremos, para fines didácticos, sus diferencias normativas formales:

1. Por el sujeto activo

En el delito de peculado por utilización, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público que utiliza, en cualquier forma, para sí o para

(235) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 165.

otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón de su cargo.

En cambio, en el delito de peculado de uso es sujeto activo cualquier funcionario o servidor público que, para los 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 guardia, es decir, se configura exista o no una relación funcional con los bienes a que se hace referencia.

Obviamente si el funcionario o servidor público hace uso de estos bienes que se hallan bajo su guardia, se entiende que mantiene la custodia por una relación funcional con el bien, pero no necesariamente por razón del cargo; condición sí exigida por el tipo en caso del peculado por utilización descrita en el artículo 387 del Código Penal.

Otra diferencia la hallamos en el hecho de que el legislador hizo extensivo el tipo peculado por utilización a los sujetos activos descritos en el artículo 392 del Código Penal. Lo mismo sucede en el caso del peculado de uso, pero esta última figura penal, de manera específica, extiende la autoría al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública; situación inconcebible en el delito de peculado por utilización.

2. Por el comportamiento típico

En el peculado por utilización, el agente utiliza de cualquier forma los caudales o efectos del Estado. En cambio, en el peculado de uso, el agente usa o permite que otro use. La expresión “que otro use” no se halla incluida en el tipo descrito de manera expresa en el artículo 387. Recordemos que la frase “usar o permitir que otro use” empleada por el legislador en la configuración del tipo no exige formalidad o condición especial alguna.

En el peculado por utilización, la norma penal admite circunstancias agravadas cuando el valor de lo utilizado sobrepase las 10 UIT, que contempla una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce. Circunstancia agravante equiparada punitivamente tanto para la apropiación como la utilización. Lo propio puede decirse cuando los caudales o efectos estuvieren destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social cuya pena privativa de la libertad es no menor de tres ni mayor de cinco años. En cambio en el peculado de uso, no se contemplan estas circunstancias agravantes.

3. Por la calidad de los bienes

En el peculado por utilización, está referida a caudales o efectos como bienes genéricos, lo que incluye dinero, bienes, títulos valores, pinturas,

joyas, etc.; en cambio, el peculado de uso está referido de manera específica y expresa a vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo.

Sin embargo, curiosamente, el legislador peruano, al hacer extensivo el tipo al contratista o a sus empleados, hace referencia a los “efectos indicados”, tal como reproducimos literalmente: “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”.

¿Qué quiso expresar el legislador al utilizar esta frase? Obviamente que se refiere a los efectos del Estado bajo uso del contratista o sus empleados. Entonces, no entendemos las razones de dicha especificación o diferenciación en un párrafo autónomo. Luego, el artículo 387 del CP hace referencia a caudales y efectos; mientras que el artículo 388 del CP no se refiere a caudales, solo a efectos.

4. Por la aplicación de las penas

El tipo básico descrito en el artículo 387 del Código Penal (peculado por utilización) contempla una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Para la figura agravada, cuando el valor de lo utilizado sobrepase 10 UIT, contempla una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En caso los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social, 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

IV. LAS FORMAS MÁS USUALES DE UTILIZACIÓN

El peculado por utilización admite multiplicidad de formas o modalidades. Se realiza con dolo directo, lo cual implica que el agente actúa a sabiendas del carácter público del bien y su relación funcional por razón del cargo, y, en ese conocimiento, le da uso o consiente que un tercero haga uso de aquel por razones ajenas al servicio. Las formas más recurrentes o usuales son el préstamo de efectos o caudales, empeñarlo, entregarlo en mutuo, etc.

Esta modalidad de peculado se consuma con el acto de la utilización en cualquiera de sus formas. Si bien es cierto que el Código Penal no emplea

el término “indebido” en la descripción del artículo 387, se desprende su carácter indebido, por cuanto la utilización debida es irrelevante para el Derecho Penal; además, la frase “para sí o para otro” denota un provecho o beneficio de uso indebido.

El legislador colombiano tipificó el delito de peculado por utilización agregando el término indebido, para evitar ambigüedades y facilitar la interpretación y comprensión de la disposición⁽²³⁶⁾. Este término también se puede ubicar en el artículo 235 del Código Penal chileno. En nuestra opinión, dicho agregado resulta innecesario y tautológico, por cuanto la acción no puede concebirse sino como indebida.

V. ALGUNAS APRECIACIONES CRÍTICAS AL TIPO PENAL

La punibilidad de las conductas de peculado por utilización es drástica respecto de un comportamiento en el cual el agente obra con la intención de restituir los efectos o caudales, siendo su uso indebido temporal.

No sucede lo mismo con el agente que se apropia de los bienes del Estado. Sin embargo, el legislador peruano ha asimilado punitivamente dos comportamientos distintos que lesionan en grado diverso el interés jurídico tutelado. Ello de alguna manera atenta contra el principio de proporcionalidad y racionalidad de las penas. No resulta lo más adecuado y recomendable parificar dos conductas excluyentes, tal como se contempla en el artículo 387 del Código Penal.

VI. LAS CONDUCTAS QUE ADMITE EL TIPO PENAL

El tipo penal admite las siguientes conductas:

- El agente utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo.
- El agente consiente que un tercero utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.
- En ambos casos cuando lo utilizado sobrepase las 10 UIT, se agrava la pena. También se agrava cuando los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

(236) URIEL, Franco. Ob. cit., p. 126.

No obstante, debe tomarse en consideración la posible insignificancia del comportamiento. Al respecto, se pronunció el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica, donde se señala con acierto lo siguiente:

“Según acusación fiscal de fojas doscientos sesenta y seis, se imputa a Ricardo Alejandro Vera Donaires, servidor público que se desempeña como abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, haber utilizado papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios –cuatro hojas bond con sello de agua obrantes a fojas treinta y uno y siguientes– con el fin de redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa –a quien patrocina de manera particular–: (...) infiriéndose que la elaboración del escrito se realizó con los equipos de cómputo e impresión de la citada Universidad; (...)

En esa línea de ideas, uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual ‘el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general’ (Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, (...)) de manera que carece de sentido la intervención del Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un ‘mal menor’ como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho Penal, también denominado de última ratio que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena, delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena.

En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual ‘la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley’; sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto: en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario. (...)

En este sentido, el comportamiento del recurrente de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, para interponer recurso de apelación a favor de Jesús Vásquez Ampa, conforme consta a fojas treinta y uno; acusación aceptada por el encausado en su instructiva de fojas cincuenta y siete y ampliación instructiva de fojas ciento veintidós, es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le 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 tan drástica del Derecho Penal mediante la pena. Precisamente, por no trasgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de última ratio, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado”.

Capítulo IV

Peculado por culpa

Artículo 387 (último párrafo).- “(...)

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. ALGUNAS CUESTIONES CRÍTICAS

No es adecuada la ubicación del delito de peculado culposo dentro de los alcances contemplados por el artículo 387 del Código Penal. No obstante, hacen bien los jueces supremos al establecer que el tipo culposo está referido a la conducta del funcionario o servidor público que, por culpa, da lugar a que se sustraigan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia; pero, al parecer, fueron más allá de lo que establece la norma, que refiere a la “sustracción” de un tercero, al agregar el vocablo “perder”.

El fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 establece que el peculado culposo hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechando el estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Luego prosigue en su desarrollo:

“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”.

Se trata de un delito culposo para el agente (funcionario o servidor público) y un delito doloso en relación a un tercero.

En este tipo penal, el funcionario o servidor público, que tiene la administración, custodia o percepción, da ocasión (que equivale a propiciar, facilitar o permitir) a que se sustraigan los caudales o efectos del Estado, por parte de un particular u otro funcionario o servidor público. “Se reprime el acto culposo del funcionario o servidor público que da ocasión que un tercero sustrajera los efectos o caudales, quedando consumado el hecho con la mera sustracción, sin que importe el animus que tuvo el tercero en la acción dolosa; sea que lo sustraiga con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtenga o no un provecho”⁽²³⁷⁾.

En realidad, la expresión “por culpa diere lugar” resulta equívoca porque solo la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia da origen a la culpa. Si posibilita dicha sustracción, la conducta parece estar más próxima a un hecho doloso que culposo. En efecto, no se trata de una culpa entendida como simple descuido imputable al agente, sino aquella culpa consciente o cuasiconsiente, en virtud de la cual el agente sabe que un tercero puede sustraer el bien del Estado.

El tipo penal no reprime al agente cuando, por culpa, extravíe, pierda o dañe los bienes del Estado. Se reprime solo aquella negligencia consciente, que posibilita que un tercero sustraiga el bien.

¿Cómo conciliar en estos términos la culpa, descrita en la parte general del Código Penal (artículos 11 y 12), y el tipo de peculado culposo? El artículo 12 del Código Penal establece de manera expresa que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley penal. El último párrafo del artículo 387 del Código Penal sanciona el peculado culposo.

Además, como indica la jurisprudencia: “En los delitos culposos el hecho resultare, además de ser causado por la infracción del deber de cuidado, debe ser susceptible de imputársele objetivamente a la imprudencia del auto, circunstancia que se contempla una doble circunstancia: a) la relación de causalidad entre la acción y el resultado; y b) que la causación del resultado esté dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada,

(237) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Ob. cit., pp. 106 y 107.

faltando este presupuesto cuando, pese al riesgo creado, el resultado no era previsible o cuando el resultado no tenga nada que ver con la infracción cometida. (Ejecutoria Suprema del 14/12/1998, Exp. N° 4988-98, Puno)⁽²³⁸⁾.

La nota más característica de la culpa está en la previsibilidad del resultado, por un hecho propio omisivo, resultado que, en este caso, es la sustracción del bien por parte de un tercero. Al agente, por su condición especial, le es exigible un mayor deber de cuidado sobre los bienes del Estado.

Pero ¿qué debemos entender por dar lugar, culposamente, a que otro sustraiga los bienes dolosamente? El vocablo “dar lugar” puede entenderse en dos circunstancias: una como aquella acción del agente que es consciente de que vulnera su deber de cuidado y posibilita la sustracción de los caudales por parte de un tercero, y, la otra, en el sentido de que omite su deber de cuidado inconscientemente, posibilitando dicha sustracción.

En tal sentido, no basta sostener que para configurar el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público”, porque ello no resuelve del todo la cuestión planteada. Del mismo modo, resulta bastante controversial que se establezca que “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”, pues dicho criterio no toma en cuenta la omisión.

Luego se señala que: “Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no tome 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”.

Por otro lado, es acertado el significado material dado al concepto de “sustracción”, al determinarse: “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”.

En suma, en términos generales, el nivel dogmático y de argumentación racional expresado en el Acuerdo Plenario citado constituye un paso importante en la senda de constitucionalizar los principios y categorías del Derecho Penal.

(238) BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMÁN, Marlene. *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 101.

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL PECULADO DE USO

Esta modalidad de peculado es un delito de resultado. Guarda cierta similitud con el artículo 262 del Código Penal argentino. El tipo es concretado mediante una conducta omisiva impropia (comisión por omisión). Otras legislaciones extranjeras también contemplan este injusto penal como es el caso del artículo 143 del Código Penal boliviano de 1973, artículo 439 del Código Penal salvadoreño del mismo año, artículo 432 del Código Penal español, artículo 136 del Código Penal colombiano de 1980, artículo 234 del Código Penal chileno, entre otros.

El fundamento 8 del indicado Acuerdo Plenario establece que hace referencia directa a la sustracción producida por tercera persona, aprovechando el estado de descuido imputable al funcionario o servidor público, quien propicia, facilita o permite el hecho doloso del tercero. Lo que se castiga es la conducta que da lugar culposamente a que un tercero sustraiga dolosamente los bienes estatales.

El término “por culpa da ocasión” utilizado por el legislador en la configuración del tipo hace referencia a la omisión impropia o comisión por omisión, prescrita por el artículo 13⁽²³⁹⁾ del Código Penal. No obstante, para sancionar por peculado culposo debe constatarse que el agente no ha actuado dolosamente; pues si hay un acuerdo o entendimiento con el particular, habrá dolo y no culpa.

No cabe duda que la elaboración de este tipo penal culposo presenta muchas dificultades, en consideración a los comportamientos que busca reprimir, pues su descripción completa debe respetar las exigencias del principio de legalidad. En todo caso, se puede interpretar o relacionar el concepto “por culpa da ocasión” como equivalente a permitir por falta de cuidado, lo cual implica que el agente omite su deber de cuidado o vigilancia debida, en la administración, percepción y custodia de los caudales o efectos del Estado; y esta falta de cuidado permite que un tercero sustraiga dichos bienes.

El legislador peruano ha empleado una fórmula que alude a la causalidad del comportamiento, expresada en la frase “si el agente, por culpa, da

(239) Código Penal peruano

Artículo 13.- Omisión impropia

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y (inciso modificado según el artículo único de la Ley N° 26682 del 11/11/1996).
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena de la omisión podrá ser atenuada”.

ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos”, es decir, se alude a una conducta que causa un resultado por culpa.

Esta modalidad delictiva solo se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación a los bienes del Estado, es decir, cuando posee el deber de realizar acciones de salvamento, cuidado y protección para evitar la sustracción por parte de terceras personas.

Debemos destacar la situación típica como presupuesto de hecho del que se deriva el concreto deber jurídico de obrar del agente en su condición de garante de los caudales o efectos, para evitar que estos sean sustraídos por terceras personas. La norma exige del funcionario o servidor público un deber de cuidado y vigilancia o salvaguarda del patrimonio del Estado.

La tipicidad del injusto culposo puede ser mejor comprendido tomando en cuenta los aspectos siguientes:

- La previsibilidad de ejecutar el hecho previsto en el tipo legal (omitir un deber de cuidado, de protección o de vigilancia, dando ocasión a que terceras personas sustraigan los caudales o efectos).
- La inobservancia del cuidado exigido que nace de la relación funcional sobre los bienes que le fueron dados al funcionario o servidor público por razón del cargo.
- La producción de un resultado (sustracción de los caudales o efectos por parte de un tercero).

La posición de garante por la vinculación funcional con los bienes origina un deber de cuidado y vigilancia dado que el funcionario o servidor público tiene en administración, custodia o percepción los caudales o efectos por razón del cargo. La comisión de este delito culposo supone que el autor ha violado un deber activo de cuidado que, por la relación funcional que tiene con los bienes del Estado, le corresponde y le es exigible.

La finalidad perseguida mediante la represión del peculado culposo es la de prohibir que el agente realice actos descuidados que den ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, exigiéndole un deber de cuidado de los bienes del Estado.

En este orden de ideas deben interpretarse los supuestos contemplados en el artículo 387 del Código Penal, cuando se utiliza la frase “da ocasión”, que equivale a la acción culposa de propiciar, facilitar, etc., que es el núcleo central de la conducta del agente. El verbo rector “sustracción” identifica a la acción dolosa de la otra persona, que puede ser cualquiera. Sustraer implica

extraer, quitar, sacar los efectos o caudales de la tenencia del funcionario o servidor público.

Debemos entender que al referirnos al funcionario o servidor público como sujeto activo del peculado culposo hacemos referencia solo al que tiene la percepción, administración o custodia que se le haya confiado por razón de su cargo. “La acción dolosa debe guardar una estrecha relación con la culpa del funcionario: este debe haber dado la ocasión de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito”⁽²⁴⁰⁾.

Se reprime el acto culposo del funcionario o servidor público que dio ocasión a que un tercero sustrajera los efectos o caudales, quedando consumado el hecho con la mera sustracción. Por ser un delito de resultado, este se agota en el momento de la sustracción, siendo irrelevante para el tipo el destino que el tercero pueda dar a dichos bienes. Ese tercero, como se dijo, puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos.

En suma, se requiere la intervención dolosa de un tercero para estructurar el peculado culposo; de ahí que Carlos Creus sostenga que esta modalidad de peculado es una “figura culposa que tiene una estructura irregular ya que el actuar culposo del agente no incide directamente produciendo el resultado, sino que lo que hace es facilitar la conducta dolosa del tercero; no se castiga la sustracción (separación) de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente”⁽²⁴¹⁾.

Es acertado el empleo del verbo “sustraer” para describir la conducta dolosa del tercero porque responde a la verdadera esencia del hecho criminal en que incurre (delito contra el patrimonio). El vocablo “sustraer” puede indicar extraer, quitar, sacar los efectos o caudales de la tenencia administrativa, para apoderarse o para utilizar, lo que resulta irrelevante para el peculado culposo porque basta la mera sustracción.

Resultaría impropio hablar de un funcionario o servidor público que tiene la tenencia administrativa o posesión de un bien, y que, a su vez, sustrae el bien de la tenencia que él mismo tiene. En cambio, el tercero no tiene la tenencia del bien, de manera que sí puede hablarse que lo sustrae de la esfera pública.

Finalmente al agente no se le imputa en sí el resultado, es decir, la sustracción de los caudales o efectos (ello será imputable a título de hurto o robo

(240) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 186.

(241) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 302.

al tercero), sino el haber dado ocasión a que aquella se realice por un tercero. Es decir, cada uno responde por su propio injusto penal. El funcionario público a título de peculado por culpa y el tercero por hurto o robo. El título de imputación es, pues, diferente en cada caso⁽²⁴²⁾.

III. SOBRE LA TENTATIVA

En la medida en que la tentativa es concebida como el hecho de intentar, intencionalmente, realizar un delito y no consumarlo, resulta imposible que pueda dar en este injusto penal respecto al agente, funcionario o servidor público con relación funcional sobre los bienes del Estado por razón del cargo. Es decir, no se concibe la tentativa en los delitos culposos, solo en los delitos dolosos. En ese sentido, solo es admisible la tentativa con relación al tercero que sustrae los bienes del Estado por culpa del agente (funcionario o servidor público).

IV. LA PENA APLICABLE

La norma sanciona para el tipo básico del delito de peculado culposo con una privativa de la libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Cuando concurren las circunstancias agravadas, es decir, cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

(242) Véase las interesantes apreciaciones sobre el particular de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 294 y 295.

Capítulo V

Peculado de uso

Artículo 388.- “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta y trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de peculado de uso tuvo muchas reformas. No obstante, aún persiste en la doctrina extranjera versiones encontradas en relación si esta figura penal debe ser reprimida en el ámbito penal o solo basta incorporarlo como infracción administrativa en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Por nuestra parte, estimamos necesaria su penalización. Sin embargo, por técnica legislativa, consideramos que debe ser subsumida en los supuestos contemplados en el artículo 387 del Código Penal (peculado por utilización).

No todos los autores coinciden en la represión penal del peculado de uso. El uso indebido de vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo

pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda para fines ajenos al servicio, se produce con la intención por parte del agente de restituir el bien; por ello “cuando algunos tratadistas excluyen el uso como una conducta tipificadora de peculado, aluden a un fenómeno específico, casi intrascendente en materia jurídica, llamado uso momentáneo, esporádico, no porque confiera al agente tenencia precaria, que es siempre característica de quien administra o custodia bienes, sino un simple acceso material, útil pero fugaz, sin ánimo de apropiación”⁽²⁴³⁾.

Sin embargo, no cabe duda de que estos comportamientos denotan un carácter lesivo a los intereses públicos que debe reprimirse. Son conductas reprochables muy generalizadas en la Administración Pública, que se tuvo la necesidad de reprimir, por más fugaces que puedan parecer, porque lesionan la Administración Pública, entendida como la regularidad y eficiencia de la función pública que se traduce en su integridad, prestigio y probidad de sus funcionarios, confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones, y en el decoro de la Administración Pública.

Todos los vehículos, maquinarias o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública están destinados al uso del servicio de la función pública y no al uso particular o privado. De manera que el funcionario o servidor público no puede usar o permitir que otro use para fines ajenos al servicio, las máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública, o que se hallan bajo su guarda. Estos supuestos prohibidos contenidos en la norma penal son aplicables al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenezcan al Estado o a cualquier dependencia pública. Ahora bien, el legislador no ha comprendido en la norma penal los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

El uso de los bienes públicos para fines ajenos al servicio es una expresión amplia que recae sobre los instrumentos de trabajo. De manera que cabe una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión. No obstante, surge un problema de interpretación en relación con la excepción al tipo comprendida en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal que prescribe: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. Esta excepción admite dos interpretaciones: una extensiva y otra restrictiva; situación no resuelta del todo en la medida que, por ejemplo, una camioneta asignada al funcionario por razón de su cargo para uso personal, aparentemente no podría ser usada por su familia o terceros. Nos inclinamos por una interpretación extensiva.

(243) URIEL, Franco. Ob. cit., p. 129.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

Es una modalidad novedosa de peculado de uso, pero que adolece de imperfección en los conceptos empleados en su redacción. Se caracteriza por ser un delito realizable con dolo directo, pues el agente (funcionario o servidor público, contratista de una obra pública o sus empleados) usa los bienes para fines ajenos al servicio público o permite que otros los usen (sea un particular u otro funcionario o servidor público), con la precisión de que dichos bienes solo pueden ser vehículos, máquinas u otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública.

La expresión contenida en el tipo penal “para fines ajenos al servicio público” es bastante elocuente y permite una adecuada interpretación y aplicación de la norma penal. Por otro lado, los conceptos de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento, admiten una interpretación extensiva, pero es evidente que no todo uso indebido de cualquier instrumento merece la intervención del Derecho Penal. Por ejemplo, el uso de una pala o un pico son instrumentos de trabajo, pero de poca relevancia. Distinto es el caso de varios teodolitos (instrumentos costosos). De manera que este aspecto se debe considerar caso por caso, tomando en consideración el principio de lesividad y proporcionalidad. Por otro lado, bien pueden considerarse “efectos” a los vehículos, máquinas o “cualquier otro instrumento de trabajo”, por lo que la norma penal admite una interpretación analógica.

Sin embargo, es conveniente precisar que estos conceptos no son tan claros, en la medida que no se han establecido los parámetros racionales para establecer lo que debemos entender por “cualquier otro instrumento de trabajo”. Es de considerar que tanto los vehículos, las máquinas y cualquier instrumento de trabajo son “bienes”; del mismo modo que lo son una suma de dinero, ropa, alimentos, títulos valores, acciones, etc.

Consideramos que cuando el legislador equipara efectos a vehículos, maquinarias o instrumentos de trabajo, no está ampliando extensivamente el precepto, sino que lo restringe a instrumentos de trabajo similares a los vehículos y máquinas.

Cuando la norma habla de que los efectos antes mencionados se hallan bajo su guarda, está refiriéndose a los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo que son bienes públicos o de particulares, pero que fueron arrendados por el Estado para fines al servicio público. Por ejemplo, un municipio alquila máquinas o vehículos motorizados para destinarlos a la limpieza pública, manteniendo sobre ellos la tenencia y custodia. Si el agente que tiene la guarda de dichos efectos lo utiliza o permite que otro use los vehículos

para llevar materiales de construcción a su casa, incurre en el ilícito penal de peculado de uso.

El verbo rector en esta acción dolosa es “usar”, entendido como disponer temporalmente los efectos para fines ajenos al servicio público, pero con el ánimo de restituir. Por eso, se habla de uso indebido de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo.

Es obvio que todo instrumento debe ser usado en algún fin propio del servicio, especialmente si son bienes públicos, pero no para fines ajenos a él, ni en provecho propio o de terceros. El uso indebido es el uso privado, no autorizado por la ley ni por cualquier otra normativa u orden legítima.

III. ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “PARA FINES AJENOS AL SERVICIO”

El empleo del término “para fines ajenos al servicio” en la descripción típica del artículo 388 del Código Penal hace referencia al uso particular o privado y, por ende, indebido de los bienes (vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo) que están destinados al uso del servicio de la función pública. El uso particular o privado no realiza una función pública; por tanto, es ajeno al servicio.

IV. DEL COMPORTAMIENTO QUE ADMITE EL TIPO PENAL

La acción se traduce en el comportamiento del agente que usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio, los efectos antes mencionados. Se refiere solamente al uso privado o particular.

El agente puede realizar dicho uso indebido directamente, sustrayendo temporalmente los bienes de la tenencia administrativa o manteniéndola y utilizarla en provecho propio o de un tercero. Por ejemplo: el funcionario que utiliza las maquinarias de imprenta para imprimir propaganda política.

El agente (funcionario o servidor público, contratista de obra pública o sus empleados) puede permitir que otras personas usen dichos efectos para fines ajenos al servicio público. Se sanciona como peculado de uso al funcionario o servidor público, contratista de obra pública o sus empleados. El tercero que hace uso de los bienes será sancionado en condición de cómplice primario.

En el tipo básico, el funcionario o servidor público 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, para fines ajenos al servicio. Si este tercero es otro funcionario o servidor público,

también incurre en el delito de peculado de uso. Si es un particular, será cómplice primario, siendo ambos sancionados, uno por permitir el uso y el otro por usar los bienes para fines ajenos al servicio público.

Cabe precisar que los efectos deben pertenecer a la Administración Pública o ser de privados, alquilados por el Estado, pero hallarse bajo su guarda, no interesando la razón del cargo. El agente actúa con dolo directo porque sabe que los instrumentos de trabajo deben ser utilizados para fines propios del servicio y no para su beneficio particular.

V. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del hecho ilícito es cualquier funcionario o servidor público. También el contratista o sus empleados. El texto del tipo no contempla propósito, intención o finalidad del agente, de manera que basta la demostración del uso ajeno al servicio para juzgar debidamente conformada la acción típica.

Obviamente que debe entenderse que el agente busca satisfacer apetencias propias o de un tercero, con abuso de las funciones atribuidas e incumpliendo su obligación de velar por que primen los intereses de la Administración Pública, en cuyo nombre actúa. Los instrumentos de trabajo, vehículos o máquinas deben permanecer sin interrupción al servicio propio de la Administración y no para fines ajenos a él.

VI. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado. El Estado asegura la condición de disponibilidad mediante la instauración de normas, formalismos y controles del uso correcto de los bienes. El uso ajeno al servicio, por transitorio que sea, no hace a la conducta menos lesiva al interés jurídico amparado por la norma.

VII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el uso correcto o debido de los efectos indicados en el tipo básico, para fines propio del servicio.

VIII. LA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL PECULADO DE USO

El segundo párrafo del artículo 388 del Código Penal hace extensiva la disposición prohibitiva al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, incluso, los efectos de carácter privado alquilados por el Estado para fines de servicio público.

Desde luego que asimilar punitivamente el peculado de uso del funcionario o servidor público al que comete el particular contratista o sus empleados, resulta del todo desproporcional, en la medida que el funcionario o servidor público, por su condición de tal, tiene un deber de mayor cuidado. Esta asimilación penológica resulta incongruente, pues los funcionarios o servidores públicos se hallan sujetos a mayores responsabilidades por su investidura, representación y deberes con relación a los bienes del Estado. Además, el contratista y sus empleados no son considerados a los efectos penales, conforme al artículo 425 del Código Penal, funcionarios públicos o servidores.

Pero el artículo en comentario los asimila haciendo punible su conducta y equiparando las penas, con lo cual lleva la sanción punitiva a un nivel que atenta contra el principio de equidad en su aplicación.

Es exagerada y forzada la ampliación del sujeto activo a un particular por razón o naturaleza de las cosas. Sanciones que consideramos inobjectables porque están dirigidas a los funcionarios o servidores públicos, dada su consideración especial, resultan impropias en el caso de los particulares. El legislador peruano, en ese sentido, ha retrocedido a la forma primitiva en que se entendía el peculado cualificado por la cosa y no por la función.

El peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo, de manera que la imputación a título de funcionario contra un simple particular a que hace referencia el artículo 388, párrafo segundo, produce importantes consecuencias en materia penal. El funcionario atenta contra el normal y probo desenvolvimiento de la función pública, el particular no; por tanto, no podemos hablar de una idéntica naturaleza de responsabilidad entre el funcionario o servidor público y el particular.

No compartimos la decisión de extender el tipo a los particulares por las consideraciones expuestas; en todo caso, para estas conductas reprochables del particular deben crearse figuras agravadas dentro de los delitos contra el patrimonio en agravio del Estado.

En suma, se tiene que buscar la forma legislativa técnica de proteger los bienes del Estado; recordemos que el bien jurídico tutelado no es el patrimonio, sino la Administración Pública como función.

IX. EL SUJETO ACTIVO EN EL PECULADO DE USO POR EXTENSIÓN

El sujeto activo en el peculado de uso por extensión es el contratista de obras públicas o sus empleados. Es el particular que celebra contrato con el Estado o con cualquiera de sus dependencias para la ejecución de una obra.

Debe entenderse que se trata de un contrato especial, que para la ejecución de una obra convenga con el Estado la utilización de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo que pertenezca a dichas instituciones públicas; relación contractual poco frecuente porque, por lo general, es el contratista quien usa sus propios instrumentos de trabajo para la ejecución de las obras.

El Estado y sus dependencias suelen celebrar contratos para la ejecución de obras con particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, siendo práctica común que el contratista haga uso de sus propios vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo.

Solo en el caso que el Estado contrate la mano de obra es que pone a disposición del particular los efectos antes aludidos, cuyo uso debe darse para la ejecución de la obra materia de la relación contractual.

La incongruencia de la norma en comentario radica en que el contratista o sus empleados no estarían comprendidos en la extensión a que se refiere el artículo 392 del Código Penal, que se refiere a las personas que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

De manera que es legítimo preguntarse por qué el uso de estos efectos por parte de los particulares constituye peculado de uso por extensión y se sanciona como tal; y la apropiación o utilización en la forma a que se refiere el artículo 387, por el contratista o sus empleados, no serían reprimidos por peculado por extensión, siendo estas conductas más graves. En ambos casos bastaba aplicar el artículo 190 del Código Penal (apropiación ilícita), evitándose de esa manera la impunidad por falta de tipo o la incongruencia en la aplicación de la pena.

X. LA EXCEPCIÓN AL TIPO PENAL

El legislador ha incorporado el último párrafo al artículo 388 del Código Penal la siguiente excepción al tipo: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Esta excepción tiene su antecedente inmediato en la Ley N° 24653, que adicionó el artículo 353-B al CP de 1924. La última parte del artículo 388 del Código Penal es una transcripción literal de la norma acotada. La reforma

del tipo a través de la Ley N° 29703 confirma esta tendencia, la cual tuvo su reafirmación con la última modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1243. No obstante, trajo consigo otro problema de interpretación a resolver, en cuanto a sus alcances y aplicación.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17/04/2013, recaída en el Exp. N° 04298-2012-PA/TC-Lambayeque (caso Roberto Torres Gonzáles), determinó en sus fundamentos 17 y 18, lo siguiente:

“17. Este Tribunal aprecia que si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el ‘uso personal del vehículo’, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso ‘familiar’ o ‘amical’ del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al ‘uso personal’ del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica.

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 práctico indesligable.

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido que la exención típica ‘servicio personal por razón del cargo’, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados del funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertida la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.

18. En dicho contexto, este Tribunal considera que si bien la interpretación restrictiva que efectuó la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, dado

que consideró que ‘el uso personal del vehículo’ excluye ‘el uso familiar’ del mismo, existe una motivación insuficiente en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un ‘uso familiar’ del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo existe la posibilidad de que en algunos casos dicho ‘uso familiar’ no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones”.

Capítulo VI

Malversación de fondos

Artículo 389.- “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 y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; 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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Etimológicamente, malversar viene del latín *male* y *versare*, que significa “invertir mal”⁽²⁴⁴⁾. Esta figura delictiva es conocida como peculado por malversación o peculado por aplicación oficial diferente como se denomina en la legislación colombiana (artículo 136).

Casi todos los códigos penales de América Latina tipificaron como delito la malversación o la mala inversión de los dineros y bienes del Estado. Obviamente que, desde el punto de vista doctrinario, existen distintos puntos

(244) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 307.

de vista. Un sector considera que la malversación de fondos debe reconducirse a un ilícito administrativo.

Esta figura penal sufrió una serie de modificaciones legislativas. La última reforma fue a través del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243. Desde luego, estas reformas se hicieron con mayor criterio de racionalidad, dado el escaso nivel de lesividad del bien jurídico tutelado. Probablemente en unos años más, cuando el Congreso de la República deje de actuar hepáticamente y aplique en verdad el principio de mínima intervención, se despenalizará esta conducta.

Abogamos por su despenalización en la medida que no tiene una lesividad suficiente que amerite la intervención del Derecho Penal. Es suficiente dar un tratamiento a través del Derecho Administrativo sancionador. Esa es la tendencia de las legislaciones modernas como el Código Penal español de 1995 y el Código Penal francés de 1993, entre otros. En la legislación comparada son pocos los países que sancionan penalmente este injusto penal. Así, el artículo 466 del Código Penal salvadoreño, el artículo 144 del Código Penal boliviano, el artículo 136 del Código Penal colombiano, el artículo 260 del Código Penal argentino, el artículo 236 del Código Penal chileno, entre otros.

El tipo halla su fundamento y explicación en el hecho de que existe una entidad o funcionario dotado, de acuerdo a ley, de legítima atribución para señalar las prioridades de atención pública y fijar las partidas correspondientes con decisión y exigencia obligatoria. Es un delito de resultado material, es decir, debe afectar el servicio o la función encomendada; de no existir afectación, obviamente no se configura el tipo.

En el caso peruano, la programación y ejecución de gastos corresponden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y descentralización. Son dichos criterios que, al menos teóricamente, se toman en consideración al momento de elaborar, discutir y aprobar el Presupuesto General de la República por el Poder Legislativo.

La figura básica tutela esencialmente el interés jurídico de la Administración Pública en la planificación y ejecución del gasto público del Estado de manera ordenada, racional y adecuada a Derecho. Hay un fundamento constitucional para tal propósito, concordante con lo dispuesto por los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 de la Constitución Política del Estado.

De acuerdo con la Constitución, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso el Proyecto de Ley de Presupuesto, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año; y los Ministros de Estado deben sustentar los pliegos de egresos de su sector.

En suma, la administración económica y financiera del Estado se rige por la Ley de Presupuesto que el Congreso de la República aprueba anualmente. Del mismo modo, tratándose de los gobiernos locales, es atribución del Acuerdo de Concejo, de conformidad con la Ley N° 27972, aprobar y controlar los planes y proyectos de desarrollo, aprobar el presupuesto anual, acordar el régimen de administración de los bienes y rentas encargadas a las municipalidades, así como el régimen de organización y administración de los servicios locales, entre otros. Todas estas normas establecen la previa destinación del dinero o bienes del Estado orientados al cumplimiento de sus fines genéricos y específicos.

El legislador ha considerado que cuando el agente da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a las que están destinados y afecta así el servicio o la función encomendada, altera el lógico y ordenado desarrollo de la Administración Pública.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El peculado por malversación de fondos o bienes es un delito de acción dolosa que consiste en que el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva indebida, afectando el servicio o la función encomendada.

Esta última condición hace del tipo un delito caracterizado por el resultado, consecuentemente si se da al dinero o bienes que administra una aplicación provisional diferente, sin que se afecte al servicio o la función encomendada, no se configura el tipo. La nota más característica para la configuración del tipo en cuestión es su destinación definitiva, siendo, por tanto, un delito de resultado.

El artículo 389 del Código Penal admite un tipo básico y una forma agravada del injusto: ambas conductas se configuran cuando se produce el resultado, esto es, la afectación del servicio o la función encomendada.

Las modificaciones del tipo penal complicaron un poco la interpretación del artículo 389, cuando se introduce la frase “una aplicación definitiva diferente”. ¿Cómo diferenciar una aplicación definitiva de una provisional?, ¿cuál es el límite de una u otra aplicación?, ¿toda destinación definitiva necesariamente genera un daño al servicio o la función encomendada?, ¿cómo se determina cuándo una aplicación diferente es definitiva y cómo se expresa la afectación al servicio o la función encomendada? Las respuestas a estas interrogantes, es de suponerse, no son definitivas ni pacíficas.

Otra de las críticas fundamentales al tipo es la utilización en la configuración del tipo de los vocablos “dinero o bienes”, que tiene una significación análoga, pero que el legislador ha querido resaltar, por estar involucrados en las formas más usuales de dar una aplicación diferente de aquella a la que estaba destinada, de manera que podríamos hablar de un peculado por malversación de fondos y de un peculado por malversación de bienes.

No se trata de un juego de palabras, sino que al emplear el vocablo “dinero”, en vez de caudales, efectos o bienes, el legislador ha querido evitar ambigüedades y facilitar la interpretación de lo que realmente se desea reprimir.

Sin embargo, creemos que si el legislador pretendió reprimir toda aplicación indebida de cualquier clase de bienes del Estado y no exclusivamente de dinero, bastaba emplear el vocablo “bienes”, que incluye a este último, tal como lo prescribe el artículo 136 del Código Penal colombiano. En todo caso, debió emplear los vocablos “caudales o efectos”, que emplean la mayoría de los códigos que tipifican el delito de malversación, manteniendo de esa manera conceptos uniformes en la diversidad de peculados que contempla el Código Penal peruano.

Diferente es el caso del Código Penal boliviano que, al tipificar la malversación como delito en su artículo 144, utiliza el término “caudales”, referido a fondos o dinero; diferenciándose de esa manera del concepto genérico “bienes”, que emplea en el artículo 142 (peculado por apropiación) y el artículo 148 (peculado por extensión) del mismo cuerpo de leyes; de esa manera, el legislador boliviano ha precisado el sentido exacto del vocablo “caudales”.

En el caso peruano, el tipo penal descrito por el artículo 389 utiliza el verbo rector “dar” y los vocablos “aplicar” y “destinar” para expresar lo que se pretende reprimir; obviamente que entre la aplicación y la destinación existe una diferencia. Hay un detalle importante: el funcionario o servidor público que da al dinero o bienes una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, afectando el servicio o la función encomendada, debe tener la administración de dicho dinero o bienes. Si no tiene la administración, no se subsume en este tipo, sino en otro.

Por otro lado, debemos tener en consideración que el vocablo “aplicar” tiene una connotación más amplia que el de “destinar”, porque comprende tanto al momento en que se establece la finalidad del bien como su efectivo empleo posterior. En cambio, la destinación agota su significado en el momento en que se establece el objeto o finalidad del bien. Lo demuestra también el hecho de que una de las acepciones de aplicar es destinar; en tanto, no sucede lo contrario; de manera que la analogía entre los términos es solo parcial.

Esta diferenciación era importante hasta antes de su modificación, pues permitía establecer el momento consumativo del delito. Hoy resulta irrelevante por cuanto solo se configura el tipo si se afecta el servicio o la función encomendada.

Nótese cómo la modificación del artículo 389 del Código Penal por la Ley N° 27151 y, *a posteriori*, por el Decreto Legislativo N° 1243 cambió radicalmente la naturaleza del delito, que de ser de mera actividad (no interesaba el daño al servicio o la función encomendada⁽²⁴⁵⁾) pasó a ser de resultado (requiere necesariamente afectar el servicio o la función encomendada para que se configure el tipo).

La afectación al servicio o la función encomendada es necesaria para la punibilidad de la conducta. Sin embargo, señalar que la norma reprime el hecho a condición de que afecte el servicio o la función encomendada, es aceptar de alguna manera una punibilidad sujeta a la buena o mala suerte del agente y la posibilidad de sancionar un hecho que no se quiso causar.

Por ejemplo, la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N° 776, en su artículo 89 prescribe que los recursos del Fondo de Compensación Municipal que perciban las municipalidades no pueden ser empleados en gastos corrientes, sino en gastos de inversión, salvo en el porcentaje permitido por la misma norma. Dícese lo propio de los fondos destinados al Programa del Vaso de Leche; si en ambos casos, el funcionario le da una aplicación definitiva distinta a lo establecido por la norma especial y afecta con ello el servicio o la función encomendada incurre en el ilícito penal descrito en el artículo 389 del Código Penal.

Lo propio podemos señalar en relación con lo prescrito por Ley N° 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), tratándose de los empréstitos y de las operaciones de endeudamiento interno, que deben ser destinados, bajo responsabilidad, a las obras o servicios públicos que lo motivaron, y no con otros fines particulares propios o de terceros.

En todos estos casos y en otros, existe una destinación previa de los fondos determinados por normas de la materia.

En suma, el presupuesto esencial del tipo es la previa determinación del destino de los fondos o bienes por ley, decreto supremo o cualquier otra

(245) Código Penal peruano

Artículo 389.- Peculado por malversación (texto según Ley N° 26198 del 13/06/1993)

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

norma; de no estar el destino determinado legalmente, no podríamos afirmar que su aplicación pública ha sido diferente.

El dinero o bienes públicos tienen una aplicación dispuesta y predeterminada, básicamente por la Ley de Presupuesto y de otras normas. Precisamente, la malversación consiste en dar a los bienes una aplicación definitiva diferente, con perjuicio del servicio o de la función encomendada; y ello independientemente de que el agente obtenga o no un provecho personal o a favor de un tercero. Ejemplo de esto último lo constituye la acción de un ministro de Estado que dispone que una suma determinada de dinero, presupuestada para la construcción de una carretera, se invierta en la construcción de un puente que facilite el ingreso al fundo de un amigo suyo.

III. EL CARÁCTER PÚBLICO DEL DINERO Y DE LOS BIENES

Constituye un elemento esencial o indispensable que el dinero o los bienes que tenga el funcionario o servidor público bajo su administración sean también públicos. El hecho de que el legislador peruano haya suprimido el término “del Estado” después de los vocablos “caudales”, “efectos” o “bienes” a que se refería el artículo 348 del Código Penal de 1924, no significa que lo hizo para incluir a fondos o bienes de propiedad privada, sino porque resultaba tautológico o repetitivo. Algo similar cabe referir en relación con la frase “le diera una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes”, que utilizaba el Código derogado.

En esta modalidad de peculado, el dinero o los bienes pertenecen al Estado y la aplicación definitiva diferente de los mismos difiere de la prevista legalmente, afectando con ello el servicio o la función encomendada. La legislación comparada (por ejemplo, el artículo 466 del Código Penal salvadoreño, artículo 144 del Código Penal boliviano y el artículo 260 del Código Penal argentino, entre otros) tiene bastante similitud en la redacción del tipo legal, incluyendo la peruana, y se refieren a bienes del Estado y a una aplicación pública distinta, sin que sus normas expresamente lo señalen.

En el caso peruano, el legislador ha incluido esta modalidad de peculado entre los delitos contra la Administración Pública, constituyendo un delito de función.

El legislador al tipificar como delito de malversación de fondos en el artículo 389 del CP utiliza la locución “dinero o bienes”, refiriéndose a la moneda de curso legal y a cualquier tipo de bienes, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, etc., siempre que pertenezcan al Estado.

Se ha empleado una expresión restrictiva tratándose del vocablo “dinero” y otra genérica tratándose de “bienes”, concepto este último que, desde luego, es mucho más amplio de lo que parece, comprendiendo a todo bien susceptible de valoración económica u otra inclusive.

El Código Civil peruano de 1984, al igual que el Código Civil derogado de 1936, no define los bienes porque no es un Código de naturaleza didáctica, pero los enumera, clasificándolos en bienes muebles y bienes inmuebles. Entendemos que los bienes son todas las cosas materiales e inmateriales, aptas para satisfacer las necesidades humanas y susceptibles de apropiación. Como la norma habla de bienes, queda incluido en el término la noción de valor como elemento insustituible de la conformación delictuosa. Entiéndase el valor no solamente como un aspecto de índole económica, sino también de índole artística, histórica, recreativa, etc.

Consecuentemente, el tipo legal admite el peculado por malversación de dinero y el peculado por malversación de bienes. Un ejemplo de esta última puede ser el dar a los materiales de una obra una aplicación definitiva diferente a los que estaban destinados. En estos casos, siempre nos referimos a una aplicación pública diferente, no a su uso particular o privado (como sucede en el peculado de uso).

IV. LA ADMINISTRACIÓN DEL DINERO O DE LOS BIENES

En la descripción típica de la norma, el legislador emplea el término “administrar”, no habla de custodia o percepción. Los conceptos, desde luego, se refieren a una actividad identificable aisladamente, pero cualquiera de ellos o la totalidad se resuelven en la administración. La administración es el ejercicio de la dirección de gobierno y disposición de los bienes.

Precisamente el empleo de los conceptos de custodia y percepción –entre otros tipos de peculado–, diferenciándolos de la administración, nos remite a una interpretación o significado que le atribuye la acción de gobierno o de regir los bienes.

Se dice que el funcionario o servidor público que administra es aquel a quien, con arreglo a la normativa vigente, se le ha entregado el dinero o bienes por razón de su cargo, con la facultad de gobernarlos y regirlos; es decir, puede legalmente afectar los bienes y disponer el dinero, siempre con arreglo a ley.

Esta facultad no entraña, necesariamente, la posesión material del dinero o bien, le basta al agente tener la denominada “disponibilidad jurídica”, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario.

V. EL SENTIDO RACIONAL DE LA EXPRESIÓN “APLICACIÓN DEFINITIVA” DEL TIPO PENAL

El alcance de la expresión “una aplicación definitiva diferente de aquella a las que estaban destinadas, afectando al servicio o a la función encomendada”, a que hace referencia el artículo 389 del CP, se debe interpretar como la aplicación pública no provisional, que no admite posibilidad alguna de corrección del agente, que es irreversible y que irremediamente va a generar un daño al servicio o a la función encomendada. Debe interpretarse también y de manera correlativa como la aplicación pública diferente a la destinada por ley u otra norma, ya que es a través de las mismas que se establece la previa destinación de los bienes públicos, orientados al cumplimiento de finalidades genéricas o específicas.

Esta aplicación pública definitiva diferente a la destinada por ley puede traducirse en inversión, utilización, gastos no autorizados, pagos, préstamos, etc. El funcionario o servidor público no puede arrogarse la atribución de fijar el destino definitivo del dinero o bienes fuera de lo normativamente establecido, bien sea por criterio personal o de conveniencia, sino que debe sujetarse a lo previamente establecido por ley.

Aplicar el dinero o bienes de manera definitiva y diferente comprende tanto destinarlos a un objeto previsto en otro rubro del presupuesto, como a un fin que no fue materia de asignación presupuestal, porque en ambos casos se obra en desacuerdo con las pautas especificadas por las normas pertinentes, y si esta destinación genera una afectación al servicio o a la función encomendada, se incurrirá en el tipo penal en comentario.

VI. EL SUJETO ACTIVO

Es el funcionario o servidor público que tiene a su cargo la administración del dinero o bienes del Estado y que con su acción incumple un deber de función, dejando sin satisfacer una necesidad pública que debía cubrirse, conforme a lo previamente establecido por la Ley del Presupuesto.

Por ser un delito de función, la cualificación está determinada por la condición especial del agente y por la atribución de funciones administrativas, con facultades de disposición sobre los bienes.

Se reprocha al agente el dar un destino definitivo diferente al dinero o bienes que administra, de forma no prevista por las normas, y que afecta al servicio o a la función encomendada.

VII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VIII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el interés jurídico de la Administración Pública en la planificada ejecución del gasto público y la administración correcta del dinero y de los bienes del Estado.

IX. DE LA MALVERSACIÓN AGRAVADA

El artículo 389 del Código Penal admite un tipo básico y una forma agravada. Ambos exigen, como resultado, la afectación del servicio o la función encomendada, diferenciándose solo en el hecho de que la conducta agravada destaca la importancia del carácter de los bienes del Estado y la finalidad pública para la cual estaban destinados: fines asistenciales o programas de apoyo social.

Esto importa una circunstancia agravante, en razón de que el agente, a sabiendas de que el dinero o los bienes que le fueron entregados en administración por razón de su cargo estaban destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, les da una destinación definitiva diferente, afectando con su conducta la función encomendada. Es la finalidad pública especial para la que estaban destinados el dinero o los bienes lo que agrava el hecho.

Carlos Creus, al comentar el artículo 260 del Código Penal argentino, refiere: “El daño es cualquier efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial; entorpeciendo es cualquier inconveniente en la prestación del servicio según los programas establecidos o sus posibilidades normales. Tales resultados deben reconocer su origen en la indebida aplicación de los caudales o efectos, no basta que la mala aplicación haya contribuido a su producción, si se reconoce la fuente causal preponderantemente distinta”⁽²⁴⁶⁾.

La última modificación formulada por el legislador sobre el tipo hizo eco a la crítica española hecha sobre el artículo 397 del Código Penal derogado español, según la cual si no resultaba daño para el servicio público, era excesivo castigar penalmente esta modalidad de peculado, ausente por regla general en el Derecho comparado europeo, peor aún si de la aplicación diferente no se genera daño, sino beneficio.

(246) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 295.

Esta doctrina fue recogida por el anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1984, que solo tipificaba como delito, en el artículo 412, la asignación ilícita si se produce daño o entorpecimiento grave en el servicio. El legislador del Código Penal de 1995 suprimió esta figura, despenalizándola. El citado artículo 412 señalaba:

Artículo 412.- “La autoridad o funcionario público que diera a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente a aquellas a la que estuvieren destinados, causando daño o entorpecimiento grave a la función a que estuvieren consignados será sancionado con la pena de inhabilitación para el cargo de seis meses a un año”⁽²⁴⁷⁾.

El legislador peruano tomó como modelo para la modificación del artículo 389 del Código Penal peruano, al artículo 397 del Código Penal español derogado por el Código de 1995⁽²⁴⁸⁾. Obviamente que hay autores que son contrarios a penalizar esta conducta⁽²⁴⁹⁾. Quintano Ripollés lo calificó “como un alarde de puritanismo bastante inoportuno en un Código Penal”⁽²⁵⁰⁾.

Nosotros compartimos la crítica de la doctrina española, en relación con el tipo básico, pero creemos que, de acuerdo a nuestra realidad socioeconómica, donde existen escasos recursos económicos, grandes y graves problemas sociales por resolver, se requiere proteger penalmente una ordenada y planificada ejecución del gasto público y de la administración de los bienes del Estado. No obstante, debería establecerse un referente patrimonial para determinar la lesividad y la relevancia penal de la conducta, que amere la intervención bien del Derecho Penal o bien del Derecho Administrativo sancionador.

Claro que es inconcebible, por ejemplo, que sumas de dinero o bienes destinados a fines asistenciales, o programas de desarrollo o de apoyo social, se orienten a otros destinos, diferentes a los señalados previamente por ley o por una orden legítima. Otra cosa es que el legislador peruano se haya orientado a prescribir normas penales tendientes a generalizar y sancionar

(247) MINISTERIO DE JUSTICIA. *Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*. 2ª edición. Madrid, 1984, p. 106.

(248) *Código Penal español* (1973)

Artículo 397.- “El funcionario Público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 100,000 pesetas, y en la de suspensión, si no resultare”.

(249) Véase PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 178.

(250) QUINTANO, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Vol. II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 218.

toda conducta posible mediante el uso de un casuismo, recurso proscrito por la moderna elaboración legislativa.

La malversación puede estar justificada por la existencia de un estado de necesidad o por la aplicación de la doctrina de la adecuación social⁽²⁵¹⁾, la cual constituye un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos penales, excluyendo de ellos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. De allí que el intérprete debe partir de que la ley deja tácitamente fuera del tipo penal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social o socialmente adecuadas (que carecen de reprobación social).

Por ejemplo: destinar definitivamente sumas de dinero o bienes presupuestados para la construcción de un parque, a la ayuda de damnificados de un terremoto o a las víctimas de una catástrofe.

X. LA PENA APLICABLE

La pena a aplicarse en el tipo básico es la privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Para el tipo agravado, se prescribe una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; además de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Como puede apreciarse el Código Penal peruano prescribe penas bastante severas para esta modalidad delictiva. En otras legislaciones solo se establecen penas pecuniarias, incluso para sus modalidades agravadas, como se advierte del artículo 446 del Código Penal salvadoreño de 1973 y el artículo 397 del derogado Código Penal español de 1973. En otros códigos, las penas privativas de libertad son menores a las contempladas en la legislación nacional, como es el caso del artículo 136 del Código Penal colombiano, del artículo 144 del Código Penal boliviano, del artículo 260 del Código Penal argentino, entre otros.

(251) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1981, p. 214.

Capítulo VII

Retardo injustificado de pago

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”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo penal es una figura novedosa en nuestra legislación que no se hallaba previsto como hecho ilícito en el Código Penal de 1863, ni tampoco en el Código derogado de 1924.

Esta norma tiene como fuente al artículo 264 del Código Penal argentino, el artículo 409 del Código Penal español y el artículo 237 del Código Penal chileno; viejos códigos que, en sus respectivos países, sufren el embate de una fuerte corriente doctrinaria que exige su derogatoria.

El artículo 390 de nuestro Código Penal tiene una redacción similar al artículo 264, párrafo primero, del Código Penal argentino; diferenciándose en que este último ha comprendido en una sola figura típica a los comportamientos de demora injustificada de pago y negativa a entregar bienes. Lo propio hizo el legislador chileno, que tipificó el hecho ilícito en el artículo 237 como delito de peculado por retención. El legislador peruano ha considerado, siguiendo el modelo del Código Penal argentino derogado de 1897, diferenciar las dos conductas, tipificándolas en los artículos 390 y 391 del Código Penal.

La denominada “demora injustificada de pago” es un tipo muy discutible en cuanto a su penalización. Son pocos los códigos que lo tipifican y sancionan como hecho ilícito. La norma no hace referencia alguna al *animus* del agente, como no podría ser de otra manera, ya que solo constituye una

desobediencia a lo decretado por la autoridad competente en cuanto se refiere a un pago determinado. Se sanciona la demora injustificada de pago en sí misma, independientemente del *animus* que pudo tener el agente. Porque si la demora del pago obedece a la intención de obtener un provecho o beneficio económico, estaríamos ante otro tipo legal, como el prescrito en el artículo 394 del CP o el artículo 377 del mismo cuerpo de leyes.

En suma, se sanciona la simple demora injustificada, toda vez que, al fin y al cabo, el agente va a pagar lo ordenado o decretado, porque es un acto propio de su cargo, lo que sucede es que lo retarda, dilata o suspende, pero no desistirse de su obligación. Creemos que esta conducta no debe penalizarse, sino considerarse como una falta administrativa grave, que conlleve como sanción la destitución, previo proceso disciplinario administrativo. Esta conducta no genera un daño patrimonial al Estado y si se trata de cuidar la imagen institucional, mediante el incumplimiento de las obligaciones funcionales, más daño produce no pagar que retardar o demorar un pago; sin embargo, el legislador no sanciona el no pagar, sino el retardar el pago, que es de menos gravedad; hecho que implicaría una incongruencia legislativa. En un país como el nuestro, donde el desempleo es alarmante y donde todas las instituciones de la Administración Pública están sujetas a evaluaciones de personal, bastaba considerar esta conducta como una infracción administrativa, y no llegar al extremo de penalizarla.

No compartimos la tesis de quienes sostienen que esta conducta tiene como intención el estímulo económico, porque ello es propio de la figura del artículo 394 del Código Penal o del artículo 377 del mismo cuerpo de leyes, y no de la norma en comentario, que solo sanciona la demora injustificada de pago, no admitiendo modalidad alguna propia del peculado por utilización (art. 387 del CP); por ejemplo, cuando el agente demora el pago con la intención de utilizar el dinero para comprar dólares y venderlo a mejor precio, restituyendo el dinero a la Administración, aprovechándose de la utilidad que le generó dicha operación.

O cuando el agente demora el pago con el deliberado propósito de presionar o solicitar al acreedor una ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, como es la de pagar puntualmente los sueldos, configurándose el delito prescrito en el artículo 394 del CP y no del artículo 390 comentado.

Es un delito eminentemente formal y se consuma en el momento en que el retardo o demora tiene lugar; no es precisa la producción real de daños a terceros afectados, ni un efectivo entorpecimiento en la marcha administrativa de la repartición. Finalmente, suele suceder que el agente es, por lo general, un funcionario tesorero o un administrador, que son puestos de

confianza y que pueden ser removidos en cualquier momento por el titular de la institución.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

Es un delito de mera actividad realizable con dolo directo por parte del agente. No admite tentativa. El verbo rector en el tipo es el vocablo “demorar”, al que sigue la expresión “injustificadamente”, que equivale a retardar o dilatar innecesariamente un pago ordinario o decretado, existiendo fondos expeditos. Es condición esencialísima la existencia de fondos destinados al pago; la falta de ellos o la anormalidad en su disposición excluye el tipo.

La acción consiste en demorar el pago. Ello importa una desobediencia frente a los deberes que incumben al funcionario. Si la demora obedece a que el funcionario lo ha destinado a otro rubro, entonces, no estamos hablando de demora injustificada de pago, sino de un peculado por malversación de dinero, prescrito en el artículo 389 del CP. La aplicación de la figura en estudio está subordinada al hecho de que no sea explicable ninguna de las figuras comunes, a la malversación y el peculado⁽²⁵²⁾.

No deben existir causas que justifiquen el retardo, pues la norma exige que el retardo sea injustificado. Si razones valederas demuestran la necesidad del retardo, la conducta del funcionario no es ilícita. El elemento subjetivo está representado por la conciencia de efectuar la demora injustificada del pago.

Así, Creus señala: “Demora el pago quien no lo realiza en el tiempo debido de acuerdo con la ley, el reglamento o la costumbre administrativa. La demora puede consistir en no efectuar el pago cuando es el mismo funcionario que debe realizarlo o en no dar la orden de pagar cuando lo tiene que efectuar otro mediando ese requisito. Lo que se demora son los pagos ordinarios o los decretados; los primeros son los que la administración efectúa periódicamente de acuerdo con un presupuesto u otra fijación previa (por ejemplo sueldos), lo segundo son los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas (por ejemplo, pago a proveedores, pagos certificados de obras, etc.)”⁽²⁵³⁾.

Ha de tratarse de un pago “ordinario”, es decir, que sea habitual o tenga periodicidad, como los sueldos en la Administración Pública; también es condición necesaria que el funcionario tenga la competencia o facultad legal para efectuar el pago. Por ejemplo, en un municipio, puede incurrir en un hecho ilícito el tesorero que, teniendo fondos expeditos, retarda un pago.

(252) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 187.

(253) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 306.

Asimismo, el director de administración que no autoriza los pagos, existiendo los fondos, o el alcalde que omite dictar la resolución respectiva para pagar a los proveedores, pese a que existen fondos por estar presupuestados para tal fin.

Las causas valederas o razonables que excluyen al tipo se traducen en los casos fortuitos o de fuerza mayor, u otros casos a que se refiere el artículo 20 del CP. Todas estas causas operan a partir de la existencia real de fondos expeditos, de manera que si no existen previamente estos fondos, no podemos hablar de una demora injustificada, sino justificada.

No se configura el hecho de la demora injustificada sin la existencia previa de fondos expeditos; pero aun existiendo estos fondos, pueden concurrir causas que justifiquen la demora o, incluso, que conviertan en atípica la conducta del agente.

III. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del hecho ilícito es el funcionario o servidor público encargado de hacer los pagos por razón de su cargo, el que autoriza o da la orden o el funcionario que tiene atribución de dictar resoluciones de pago de acuerdo a ley, en específicas relaciones jurídicas.

IV. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado en cuanto al correcto desempeño de las funciones públicas; también puede verse afectado el particular o funcionario o servidor público con derecho a cobrar.

V. LA PENA APLICABLE

La pena aplicarse es pena privativa de la libertad no mayor de dos años e inhabilitación accesoria conforme al artículo 39 del Código Penal. El legislador peruano ha considerado la drasticidad de las penas como sinónimo de prevención.

Capítulo VIII

Peculado por retención de bienes

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”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es otra de las figuras nuevas en nuestra legislación penal, pero vieja en la legislación comparada. Este tipo no se encontraba contemplado como hecho ilícito en los códigos derogados de 1863 y 1924.

La norma tiene como fuente al artículo 264, párrafo segundo, del Código Penal argentino, y el artículo 409, párrafo segundo, del viejo Código Penal español reformado de 1870. Ambos códigos contemplan esta conducta y la “demora injustificada de pago” en un solo tipo legal.

Estas conductas, en realidad, son faltas administrativas, solo tipificadas como hechos ilícitos en Europa por el viejo Código español de 1870, y derogadas o no contempladas en los otros países de la Unión Europea.

La penalización del tipo en España fue fuertemente criticada, y esta corriente doctrinaria contraria a su penalización es la que ha prevalecido en los proyectos de reforma del viejo Código Penal. Por ejemplo, el anteproyecto del nuevo Código español de 1984 ya no tipifica estas conductas como hechos ilícitos. En América, son pocos los países que mantienen esta figura en sus códigos penales, entre los cuales se encuentran el Código Penal argentino, el chileno y el peruano, que lo incorporó en el Código Penal de 1991, mientras que el legislador brasileño lo despenalizaba.

En doctrina existen breves y escasos comentarios del denominado “peculado por retención”. Creemos que es una de las figuras más discutibles de la doctrina penal. Actualmente, carece de sentido su penalización, basta la sanción administrativa, que ya de por sí, en nuestra legislación administrativa, es bastante drástica.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El verbo rector del tipo es el vocablo “rehusar” que significa “negarse a entregar”. La acción dolosa es la negativa a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puesto bajo custodia o administración del agente, pese al requerimiento formulado por la autoridad. Naturalmente que el acto omisivo puede ser explícito o implícito; lo real es que el agente está obligado por ley a la entrega de los bienes que le fueron dados por la autoridad competente en custodia o administración. Así lo entendió la siguiente ejecutoria suprema:

“Que, en delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícitamente e implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado”. (Ejecutoria Suprema del 13/01/2005, R. N. N° 2212-04-Lambayeque).

Es condición esencial el requerimiento previo de la autoridad competente, como presupuesto de la acción típica. Sin el requerimiento, la acción es atípica; sin rehusamiento también. Lo que se reprime es la desobediencia al requerimiento de entrega.

De allí que la norma no haga referencia alguna a la intención o *animus* del agente, aunque es poco probable que un funcionario o servidor público se rehúse entregar un bien sin motivación alguna. En todo caso, ello no es lo que determina la configuración del tipo porque se trata de un delito de omisión simple (desobediencia) y la consumación se da en el momento en que el agente se niega, explícita o implícitamente, a entregar el bien, pese al requerimiento formal de la autoridad competente.

Viada y Vilaseca, comentando el artículo 409 del Código Penal español reformado de 1870, que tipificaba como delito el hecho en comentario, señalaba que en este tipo de delitos “lo que se castiga es la detención momentánea o indebida de los fondos o efectos públicos, por constituir una presunción o

sospecha, de que el funcionario trata de hacer uso indebido de ellos”; para luego agregar: “si la cosa no se entregase o el pago no se hiciese, por haber sido sustraído o distraído, no serían las disposiciones de este artículo las que deberían aplicarse, sino las de los dos anteriores en su caso respectivo”⁽²⁵⁴⁾; comentario que no compartimos porque lo que se reprime es la desobediencia al requerimiento de entrega, y no la presunción o sospecha de un uso indebido, que es propia de otra modalidad de peculado, y, como refiere el citado penalista español, no es aplicable este tipo penal si la cosa no se entrega por haber sido sustraída o distraída.

En suma, si la motivación del agente que se rehúsa a entregar los bienes obedece a un fin de apropiación, uso, utilización, malversación, etc., estamos hablando de otros tipos legales, constituyendo el acto de rehusar un medio para lograr otros objetivos. El hecho ilícito se agota o se consume con la sola desobediencia al previo requerimiento de entrega.

Al decir de Groizard y Gómez de la Serna, “lo que aquí, se prevé es una cosa muy distinta, y de menos alcance criminal. Solo se pena la falta administrativa de desobediencia que comete el funcionario público”⁽²⁵⁵⁾. Ni en lo jurídico ni en el hecho práctico merecen los artículos 391 y 392 del Código Penal la denominación de peculado, por no existir una acción finalista de lucro ni posibilidad de él, sino que solo constituyen infracciones administrativas.

III. LOS CONCEPTOS DE DINERO, COSAS O EFECTOS

La norma, a diferencia del artículo 264, párrafo segundo, del Código Penal argentino, utiliza los términos “dinero”, “cosas” o “efectos”. La legislación argentina emplea los vocablos “cantidad” o “efectos”; y la española, “cosas”. Términos que son más o menos análogos en su significado amplio, pero diferenciados en su sentido restringido, y que son utilizados por el legislador, en muchos casos, indistintamente. Es nota característica en el legislador peruano la imprecisión en la terminología empleada en los tipos.

- **Dinero.** Es la moneda corriente de curso legal, nacional o extranjera.
- **Cosas.** Cabanellas las define así: “en su acepción máxima comprende todo lo existente, de manera corporal e incorporeal, material o artificial, real o abstracta; y aun cuanto pueda existir o ser concebido”. Para luego

(254) VIADA Y VILASECA, Salvador. *Código Penal reformado de 1870*. 4ª edición. Tomo II. Madrid, 1890, p. 676.

(255) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870*. Tomo IV. Est. tip. de los hijos de J. A. García, 1899-1902, p. 323.

agregar: “reduciendo, nuevamente su ámbito la idea de cosa, esta, ya de modo exclusivo en la esfera de lo jurídico, expresa lo material (una casa, una finca, el dinero) frente a lo inmaterial o derechos (un crédito, una obligación, una facultad)”⁽²⁵⁶⁾. En nuestra legislación civil se utiliza predominantemente el vocablo “bienes” y excepcionalmente “cosas” y “objeto” como sinónimos, de manera que tanto bienes como cosas deben entenderse, para los fines penales, como idénticos en su acepción y consecuencias. El uso indistinto de uno u otro vocablo resulta irrelevante para el Derecho Penal.

- **Efectos.** El concepto de “efectos” está referido a los documentos de créditos o valores emitidos legalmente que conllevan un contenido económico, y reconocidos como negociables, v. gr., cheques, letras de cambio, títulos, acciones, etc.

IV. EL REQUERIMIENTO PREVIO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

El tipo exige para la consumación del hecho ilícito un requerimiento formal de la autoridad competente. Recordemos que a algunos funcionarios o servidores públicos, por razón de su cargo, se le entrega dinero, cosas o efectos en calidad de depósito o bajo custodia o administración. La temporalidad es la nota característica de dicha entrega de dinero, cosas o efectos.

Consecuentemente su devolución debe ser requerida por la autoridad competente, cuando cesan las causas que motivaron su entrega, de manera que el tipo exige, para la consumación del hecho ilícito, el requerimiento formal de devolución, que debe realizarse bajo apercibimiento de denuncia por el hecho punible en comentario.

En suma, el delito se consuma con la sola desobediencia, rehusamiento o rechazo al previo requerimiento de devolución del bien. Por ser un delito de omisión simple es imposible concebir la tentativa.

V. EL SUJETO ACTIVO

Es el funcionario o servidor público que tiene bajo su custodia o administración, en relación funcional, los bienes o efectos, no necesariamente por razón de su cargo, y que se rehúsa o se niega a entregar, pese a existir requerimiento previo de la autoridad competente.

(256) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 536.

VI. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado en esta figura penal es muy discutible. Para Creus, “es el normal ejercicio de la actividad patrimonial de la Administración”⁽²⁵⁷⁾. También agregamos el ejercicio correcto de la función pública, que se lesiona cada vez que el agente actúa por motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y al requerimiento legítimo de la autoridad competente.

No hablamos de cualquier motivación o intención del sujeto activo, sino de aquella que importa desobediencia al requerimiento o pedido de entrega, cuando es su deber cumplirlo, conforme a ley. Por ejemplo, cuando el funcionario o servidor público rehúsa entregar los bienes porque no se le paga el mes del sueldo que se le adeuda.

VIII. LA PENA APLICABLE

El artículo 391 del Código Penal reprime al agente con pena privativa de la libertad no mayor de dos años e inhabilitación a que se refiere el artículo 39 del Código Penal, por el mismo tiempo de la condena.

(257) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 307.

Capítulo IX

Peculado por extensión

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 vigente conforme a la modificación realizada por la séptima disposición final de la Ley N° 28165, publicada en el diario oficial El Peruano el 10/01/2004.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La extensión del tipo o modalidades de peculado a los particulares y a los bienes de estos ha generado opiniones encontradas en la doctrina penal. La legislación comparada, mayoritariamente, lo contempla en sus códigos penales, diferenciándose una de otras por la amplitud de la extensión, sea esta referida al sujeto activo o los bienes.

Lo prescriben el artículo 238 del Código Penal de Chile, artículo 148 del Código Penal boliviano, artículo 138 Código Penal colombiano, artículo 263 del Código Penal argentino, artículo 399 del Código Penal español, entre otros. Autores como Juan Pablo Ramos, Viada y Vilaseca, Bernal Pinzón, por mencionar algunos, teorizaron o justificaron la extensión del tipo; otros como, Sebastián Soler, Uriel Franco, Quintano Ripollés, Cuello Calón, Pacheco Osorio, Puig Peña, etc., son contrarios a la extensión del tipo a particulares.

Consideramos que el peculado por extensión, al dar la condición de funcionario o servidor público, a los efectos penales, a sujetos particulares,

lo hace con el propósito de sancionar con la misma pena a ciertos sujetos activos por la importancia de sus funciones y los bienes que tienen a su cargo; sin embargo, resulta desproporcionado no hacer una diferenciación penológica entre unos y otros sujetos activos del delito.

En todo caso, como refiere Uriel Franco “si se trata de acentuar el rigor de las penas, hubiere bastado con crear formas delictuosas independientes o establecer modalidades agravadas de algunos ilícitos contra el patrimonio; sin acudir a recursos artificiosos”⁽²⁵⁸⁾.

La distinción o diferenciación de un particular y un funcionario o servidor público tiene una razón de ser y es de una vital importancia en Derecho Penal porque produce consecuencias en materia de penalidad, prescripción, inhabilitación, etc.

Bernal Pinzón señala que la equiparación se hace teniendo en cuenta “el deseo de amparar los bienes, fondos, etc., que tienen un origen, podría decirse, gratuito, de donación, y que están destinados a la prestación de un servicio social o de interés común”⁽²⁵⁹⁾. Este es un argumento más que consolida la tesis de que basta con establecer modalidades agravadas de algunos ilícitos ubicados dentro de los delitos contra el patrimonio. Recordemos que el peculado es un delito de función y no un delito contra el patrimonio de manera que no había necesidad de recurrir a formas forzadas o distorsionadas del tipo, que van reñidas con la técnica legislativa.

La incongruencia en el artículo 392 del Código Penal es notoria. En el estado primigenio de la evolución del tipo, el peculado fue considerado como un delito contra el patrimonio por la cualificación del bien jurídico tutelado; posteriormente, la cualificación estuvo determinada por la condición especial del sujeto activo, es decir, ya no se consideraba como sujeto activo al particular, sino al funcionario público, ubicándose en los delitos contra la fe pública.

Modernamente y con la evolución legislativa se tipificó el delito de peculado entre los delitos contra la Administración Pública, que afectan la regularidad y eficiencia de la función pública, y que se traduce en su integridad, prestigio y probidad de sus funcionarios, así como en la confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones, y en el decoro de la Administración.

La extensión del peculado constituye un retroceso en la evolución del tipo y olvida realidades como que el delito de peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo; que las normas están referidas a

(258) URIEL, Franco. Ob. cit., p. 46.

(259) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit.

los funcionarios o servidores públicos y no a los particulares; que el bien jurídico tutelado es la correcta administración; que el particular no viola dicho bien jurídico, etc.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El artículo 392 del Código Penal tiene como fuente el artículo 197 del Código Penal de 1863, el artículo 347 del Código Penal de 1924, el artículo 385 del Proyecto del Nuevo Código Penal y el artículo 263 del Código Penal argentino.

El artículo 197 del CP de 1863 y el artículo 347 del Código derogado de 1924 contempló la extensión del peculado siguiendo la orientación del viejo Código Penal español que comprendía la extensión del peculado a los municipios, instituciones, beneficencias, etc. Pero esa extensión respondía a principios distintos con respecto a la definición de los alcances del concepto de funcionario o servidor público.

El Código Penal peruano de 1991 prescribe en su artículo 425 quiénes son considerados para los fines penales funcionarios o servidores públicos, ampliando su extensión. Dicho concepto debe entenderse, como señala Ramos Mejía, “coincida o no con el alcance que puede tener la expresión en el Derecho Administrativo”⁽²⁶⁰⁾.

El artículo 41 de las Constitución Política del Estado considera funcionario o servidor público a los que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, así como a los que señala la ley. Obviamente que lo señalado por la ley es lo dispuesto por el artículo 425 del Código Penal peruano y otras normas que puedan darse en el ordenamiento jurídico, conforme a la Constitución; de manera que está abierta la posibilidad de ampliar cada vez más el concepto de funcionario o servidor público.

III. LA ADMINISTRACIÓN O CUSTODIA DEL DINERO

La norma en comentario prescribe que son sujetos activos del peculado por extensión los que administren o custodien dinero (no habla de bienes) pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, comprendiéndose en la extensión a las modalidades de peculado por apropiación, utilización, de uso, culposo y al peculado por malversación.

No entendemos las razones que motivaron al legislador penal la exclusión tácita como sujeto activo del peculado por extensión a los que administran

(260) RAMOS MEJÍA, Enrique. Ob. cit., p. 54.

o custodian bienes de la beneficencia o similares; si tanto el uso indebido o apropiación del dinero como de los bienes constituyen conductas reprochables. Esta es expresión de una de tantas incongruencias del legislador.

La primera parte del artículo 392 del Código Penal, al no distinguir si se trata de entidades públicas o privadas, puede conllevar a confusión, de manera que debemos suponer que se refiere solo a las instituciones de origen privado o particular, porque lo de origen oficial son los establecimientos públicos y el que administra o custodia el dinero no es un particular, sino un funcionario o servidor público y, por lo tanto, se le aplican las normas del peculado propio.

El artículo 1 de la Ley N° 8128 (Ley de Reorganización de Beneficencias Públicas) define a las Sociedades Públicas de Beneficencias como personas jurídicas que ejercen, por el ministerio de la ley, funciones de asistencia social, cooperando dentro de sus propias actividades a las líneas de previsión social del Estado.

Obviamente que los encargados de la administración y custodia del dinero son funcionarios públicos y se les aplica las normas del peculado propio, y no el artículo 392 del Código Penal. En todo caso, cabe precisar que las beneficencias públicas también están constituidas por personas particulares y que, en esta condición, pueden incurrir en los supuestos contemplados en los artículos 387 a 389 del Código Penal y, por tanto, por extensión de la autooría, se les sanciona con las penas determinadas por reenvío al tipo específico.

El artículo 6 de la Ley N° 8128 prescribe que “son de carácter privado las Sociedades de Beneficencia fundadas y sostenidas por particulares”. La beneficencia o similares por su origen, objetivo, estructura interna y su reconocimiento jurídico, es una institución pública.

La beneficencia privada o sus similares, por su origen y reconocimiento jurídico, se diferencian de las públicas, pero ambas tienen básicamente similares objetivos y estructura interna.

Dentro de las instituciones similares o análogas pueden considerarse a todas aquellas que pueden constituirse, de acuerdo con el Código Civil, es decir, fundaciones, comités, asociaciones, etc., cuyo denominador común radica en que, entre sus objetivos, persiguen un fin no lucrativo, pudiendo ser de carácter religioso, asistencial, cultural u otro de interés social.

Son personas jurídicas privadas y no se encuentran adscritas ni vinculadas a la Administración Pública porque son creadas por iniciativa privada, para prestar sin *animus* de lucro servicios de interés social, conforme a la voluntad de sus fundadores; de manera que la extensión del peculado se aplica a los que administran o custodian el dinero de la beneficencia o similares, pero de origen privado, no al de origen público.

En suma, todas las sociedades de beneficencia de carácter privado y, en general, todos los establecimientos particulares de asistencia y previsión social que administran sus propios fondos, están comprendidos en el peculado por extensión.

IV. LOS ADMINISTRADORES O DEPOSITARIOS DE DINERO O BIENES EMBARGADOS

Este extremo de la extensión del tipo constituye una incongruencia innecesaria, primero, porque, en razón del sujeto activo, los administradores o depositarios son funcionarios o servidores públicos de acuerdo al artículo 425, inciso 4, del Código Penal, que los considera como tales, de manera que le son aplicables las normas del peculado propio; y, en segundo lugar, porque la frase “aunque pertenezcan a particulares”, hace referencia a la excepción y no a la regla.

Artículo 425.- “Se consideran funcionarios o servidores públicos: (...).

4. Los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por orden de autoridad competente, **aunque pertenezcan a particulares**”.

Artículo 392.- “(...) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, **aunque pertenezcan a particulares**”.

Puede apreciarse que ambas normas son idénticas. La primera define, a los efectos penales, a quiénes se considera funcionarios o servidores públicos; y la segunda asimila por extensión lo que el primero prescribe por definición.

Cuando el legislador peruano emplea el vocablo “caudales” en el artículo 425, inciso 4, del Código Penal lo hace en el sentido más amplio de la expresión. Comúnmente se ha identificado el concepto de “caudales” con una suma determinada de dinero; sin embargo, dicho vocablo no puede ser reducido a ese contenido, tan solo a un aspecto pecuniario, sino que debe entenderse en un sentido más amplio, que comprende todo género de bienes que representan un valor determinado.

Sin duda alguna, los “caudales” constituyen el patrimonio⁽²⁶¹⁾, que comprende toda clase de bienes; de manera que en ambas normas se hace referencia a un mismo concepto y, por consiguiente, a la misma idea.

(261) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 363.

Cuando el legislador emplea la frase “aunque pertenezcan a particulares”, indica que el dinero o bienes pertenecen básicamente, al Estado; de manera que es notoria la incongruencia en la extensión del tipo por razón de los bienes o de las cosas.

El capítulo del peculado protege directamente la función pública y solo subsidiariamente los bienes; y estos no por sí mismos o por su destinación, sino en virtud de su especial situación.

Creus, comentando el artículo 263 del Código Penal argentino (peculado por extensión), cuya redacción es similar al artículo 392 del Código Penal peruano, se refiere a los conceptos de “administrador” y “custodio”: “la constitución de esa calidad se da según las reglas del Derecho privado con lo cual el administrador es el que maneja los bienes de la institución, con total o relativa autonomía; su designación no requiere formalidad alguna, bastando el simple encargo”; para luego agregar: “Pero, no ocurre con los administradores y depositarios de bienes embargados, secuestrados o depositados, pues, estos deben haber sido constituidos como tales por la autoridad competente, mediante un acto formalmente válido; no tiene, pues, tal carácter quien no ha sido designado como tal por la autoridad”⁽²⁶²⁾.

La autoridad competente que puede ordenar un embargo es el juez y el ejecutor coactivo; y tanto el administrador como el depositario deben ser designados por los antes mencionados, por un acto oficial válido; razón por la cual el legislador peruano los considera funcionarios o servidores públicos en el artículo 425, inciso 4, del Código Penal.

V. LAS PERSONAS O REPRESENTANTES LEGALES DE PERSONAS JURÍDICAS

La última parte del artículo en comentario comprende también a las personas o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. La norma debe entenderse en referencia a las personas naturales, así como a los representantes de las personas jurídicas particulares señaladas.

VI. EL SUJETO ACTIVO

Es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público a los efectos penales.

(262) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 305.

VII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VIII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el normal y correcto ejercicio de la actividad patrimonial de la administración privada de las beneficencias o similares, además, la diligencia en el desempeño y cuidado de sus bienes, así como el uso correcto de los mismos.

IX. LA PENA APLICABLE

Las penas a aplicarse en el peculado por extensión son las que corresponden a las diversas modalidades de peculado propio, no siendo aplicable la pena accesoria de inhabilitación, conforme al artículo 39 del Código Penal.

Cuarta parte

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Capítulo I

Cohecho pasivo propio

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

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS DEL COHECHO

Por etimología, la palabra “cohecho” procede del vocablo latino *coactare*. Modernamente dicho concepto es complicado de determinar; no obstante,

tiene un mínimo de significado respecto al sentido jurídico penal: solicitar o aceptar soborno para corromper a alguien y obtener un favor.

Primigeniamente, y sobre todo en el Derecho Penal romano bajo la denominación de *crimen repetundarum*, se comprendían sin distinción varios delitos, y la expresión etimológica *coactare* implicaba forzar, obligar, compele; de ella deriva junto al de coacción el de cohecho cuyo significado tiene su origen en la circunstancia de que el hecho realizado en un principio pudo revestir la idea de fuerza⁽²⁶³⁾.

Cualquiera sea la raíz remota de esta acción de comisión dolosa, el tipo penal cohecho encuentra configuración en la generalidad de las legislaciones del mundo antiguo y moderno.

En Grecia era sancionada la corrupción de funcionarios por incumplimiento de deberes del cargo. La configuración delictiva autónoma resulta delimitada con menor nitidez en el Derecho Romano. La Ley de las XII Tablas sancionaba con la pena de muerte al juez que hubiera tomado dinero para dar sentencia⁽²⁶⁴⁾.

La denominación de *crimen repetundam* hacía referencia a la conducta consistente en la aceptación de los funcionarios de dádivas o cosas portadoras de valor económico, así como a la exigencia ilegítima de dinero y la práctica de actos de chantaje, por parte de los funcionarios, abarcando también, a supuestos, de malas conductas o hechos delictivos de una concusión.

En los inicios de la evolución legislativa del ordenamiento jurídico-romano, no existía sanción penal establecida, solo se concluía una acción para solicitar judicialmente lo donado; es decir, la restitución de lo que ilegalmente era adquirido por el funcionario; de ahí proviene la denominación de la misma como *acto repetundarum*⁽²⁶⁵⁾.

La primera ley romana que de modo general reguló esta conducta delictiva fue la *Lex Calpurnia*, dada por Lucio Calpurnio Pisón en el año 149 a. C., luego la *Lex Junia* y la *Lex Acelia*, dada en el año 122 a. C., en virtud de la cual se introducían sustanciales modificaciones a las disposiciones existentes, teniendo fundamentalmente por objeto el proteger a la población de las provincias de la concusión de los magistrados romanos⁽²⁶⁶⁾.

(263) TEJERA, Diego Vicente. *El cohecho*. Memoria leída por el fiscal de la audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los tribunales el día 1° de setiembre de 1924. Matanzas, 1925, p. 35.

(264) CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*. Vol. V. Temis, Bogotá, 1961, par. 2543, nota 1, p. 91 y par. 2565, p. 112.

(265) *Ibidem*, p. 91, 2543 (nota 1).

(266) KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 41 y 43.

Amplio desarrollo alcanza el cohecho entre los visigodos, cuyos concilios y textos legales atestiguan el reconocimiento de tal expansión delictiva en el ámbito de la administración de justicia⁽²⁶⁷⁾.

Encontrándose sugerentes referencias al cohecho en la *Lex Visigothorum* iniciada por Chindasvinto y terminada por Recesvinto en el año 649⁽²⁶⁸⁾, lo cual corrobora que es un delito de vieja data.

II. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN EN EL COHECHO

En doctrina y la legislación comparada se han utilizado diversos criterios de diferenciación para la cualificación del tipo. El cohecho como hecho ilícito de acción u omisión dolosa se clasificó en función de la cualidad o calidad personal del sujeto activo. Así, el cohecho pasivo era propio del funcionario o servidor público y el cohecho activo del particular. Otro criterio diferenciador lo constituye quienes dan comienzo a la realización de la conducta de la corrupción, así como quienes se dejan corromper según la modalidad típica de la acción; atendiendo, evidentemente, para esta consideración solo al acto ejecutado por el sujeto activo del tipo. Es activo quien inicia, dando u ofreciendo, y pasivo quien acepta. Algunos autores aluden a las modalidades típicas del cohecho impropio y propio, según que el acto realizado por el funcionario o servidor público sea justo (conforme a los deberes del cargo) o injusto (contrario a tales obligaciones)⁽²⁶⁹⁾. Otros hablan de la preferencia de la denominación de tipos de cohecho grave y menos grave, respectivamente, al entender que el empleo de la terminología de propio e impropio pudiera llevar a confusión, en cuanto que una de estas categorías típicas expresara la idea de un verdadero cohecho y la otra no; aducen que si se le da el nombre de grave y menos grave, se expresa con exactitud el alcance cuantitativo de la acción dolosa en ambos supuestos.

Nosotros consideramos que el mejor criterio de clasificación lo constituye la cualidad del sujeto activo y el acto realizado propiamente por un incentivo crematístico; es decir, que la corrupción pasiva es constituida por el comportamiento de quien se deja corromper, y la activa por el acto del corruptor; de manera que la corrupción pasiva es propia del funcionario o servidor público, en tanto que la activa es peculiar del *extraneus* o particular que corrompe a este.

(267) LALINDE ABADÍA, Jesús. *Derecho histórico español*. Ariel, Barcelona, 1974, p. 380.

(268) TEJERA, Diego Vicente. Ob. cit., p. 35.

(269) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COHECHO COMO DELITO ESPECIAL

Hasta antes de la reforma del artículo 393 del Código Penal, el tipo empleaba el verbo rector “solicitar” o “aceptar” (primer párrafo). Luego estas expresiones fueron sustituidas por los verbos rectores “aceptar” o “recibir” en el primer supuesto. Este hecho generó una amplia discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del cohecho como delito especial.

En términos generales, es un tipo penal híbrido, que admite varios supuestos de carácter bilateral y unilateral. Lo híbrido del precepto hace del tipo penal un delito de resultado y de mera actividad al mismo tiempo. Pero en ambos casos requiere en la configuración del tipo, el dolo directo. Por ejemplo, si con el verbo rector “solicitar” se implica una acción unilateral dolosa que se configura en el momento de la solicitud, al sustituirse con el verbo rector “aceptar” se infiere que alguien ofreció; por tanto, tiene la connotación de ser bilateral. Claro, no requiere para su configuración un resultado alguno porque se trata de un delito de mera actividad. Lo propio ocurre con el verbo rector “recibir”, porque también implica una acción dolosa de connotación bilateral.

Con relación al segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal, el verbo rector es un indicativo de que se trata de un delito unilateral de mera actividad, porque se utiliza la expresión “solicitar”. Lo propio ocurre en el tercer párrafo, que contiene el verbo “condicionar”.

“El funcionario o servidor público que **acepte** o **reciba** donativo, promesas 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”.

Este tipo penal ha complicado la determinación de su naturaleza jurídica. Lo híbrido implica indefinición e indeterminación porque de otro lado, el segundo párrafo indica: “El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente”, una acción unilateral y lo propio puede señalarse en relación al tercer párrafo: “El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja”.

Para algunos autores, la acción u omisión dolosa del cohecho radica en su carácter bilateral, como conducta que pertenece al género de los delitos para cuya consumación se exige la concurrencia de por lo menos dos sujetos activos, los cuales han de ponerse sin embargo, por distinto título de delito: corrupción pasiva y activa.

Para otros, es un delito de acción u omisión unilateral, no siendo necesaria ni exigible un *pactum sceleris*; es decir, concertación o acuerdo corruptor, basta la unilateralidad de iniciativa o proposición para la configuración punible del tipo.

Sostienen que el cohecho debe considerarse como un delito unilateral, teniendo en consideración que nos encontramos en una esfera típica ante dos delitos distintos: uno el cometido por el funcionario o servidor público, y el otro realizado por el particular; ambas conductas designadas con las respectivas expresiones terminológicas de cohecho pasivo y cohecho activo cada uno de los cuales se ejecuta por separado, conforme a su propia dinámica típica.

Para nuestra ley positiva peruana, la concepción bilateral del cohecho resulta insuficiente, habiendo el legislador peruano asumido un concepto ecléctico que recoge la acción u omisión de bilateralidad y unilateralidad al mismo tiempo de estas conductas reprochables; no siendo necesariamente exigible un *pactum sceleris* o convenio corruptor de dos sujetos para que se configure el tipo. Basta la acción unilateral de simple solicitud por parte del funcionario o servidor público sin aceptación del particular (artículo 393 y ss. del Código Penal), o del particular que trata de corromper con dádivas, promesas o cualquier otro tipo de ventaja.

Obviamente que los artículos 393, 394, 395 y 398 también contienen en su descripción típica acciones y omisiones dolosas bilaterales, ya que el verbo rector “aceptar”, utilizado por el legislador en el cohecho es indicativo de que se hace referencia a un hecho doloso de acción bilateral; es decir, “que presenta una codelincuencia necesaria”⁽²⁷⁰⁾, siendo sancionados ambos sujetos activos con la pena prescrita por el artículo 393 del Código Penal.

El tipo penal de cohecho se ha alejado de los códigos modernos, que siguen dos vías distintas. Así, según Hungría, citado por Bernal Pinzón, “se presentan dos sistemas: o se reúnen la corrupción pasiva y la activa en una unidad compleja (delito bilateral o de concurso necesario), condicionándose el respectivo *sumatum opus* a la convergencia o acuerdo de voluntades entre el *intraneus* (corrompido) y el *extraneus* (corruptor) o se acriminan separadamente las dos especies, de tal modo que la consumación de cualquiera de ellas queda necesariamente dependiente de la consumación de la otra, o sea, del encuentro de voluntades”⁽²⁷¹⁾, para unificarlo y separarlo todo en un inusual e innecesario esfuerzo para comprender toda conducta reprochable que pueda considerarse cohecho.

(270) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 280.

(271) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., p. 102.

Por ejemplo, los artículos 393 y 394 del Código Penal configuran el cohecho activo y el cohecho pasivo en una unidad compleja; al mismo tiempo configura independiente una de la otra en una acción unilateral o identidad propia sin concertación.

Es tradicional la distinción científica, fundamentalmente sustentada por la doctrina y la legislación comparada predominante, entre el cohecho activo y el pasivo. Consideran, en general, los autores que la corrupción pasiva es constituida por el comportamiento de quien se deja corromper, y la activa por el acto del corruptor: de ese modo, la corrupción pasiva es propia del funcionario, en tanto que la activa es peculiar del *extraneus* que corrompe a este⁽²⁷²⁾.

Una crítica elemental pone de relieve que la clasificación que *de lege lata* ofrece el cohecho en nuestro ordenamiento penal peruano es incorrecta, conforme al criterio científico mencionado. El Código Penal de 1991 en el artículo 393 y ss. introduce el verbo rector “aceptar”, unificándolo con el vocablo, genuinamente pasivo de “recibir”, dejando el vocablo “aceptar” en el segundo párrafo donde se establece una mayor pena.

Cabe precisar que en la legislación nacional, los conceptos de cohecho pasivo y activo a partir de la redacción del Código Penal de 1991 asume una nueva fisonomía a través de la introducción del vocablo “solicitar” en el tipo, situación que no compartíamos. “La ‘solicitud’ como uno de los verbos rectores del ilícito cohecho no cuadra en el tipo; es más propia de la acción concusionaria. El solicitar ha sido y sigue siendo una de las modalidades de más frecuente uso por los funcionarios o servidores públicos en todos los niveles de la Administración Pública en general”⁽²⁷³⁾. Parte importante de esta crítica fue recogida por el legislador peruano. Hecho que se materializó con la reforma del artículo 393 a través de la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013. Esto era así porque emplear los vocablos “solicitar” y “aceptar” como verbos rectores en un mismo tipo en las diversas modalidades de cohecho es forzar la naturaleza jurídica del hecho típico, creando artificialmente una conducta reprochable que es propia del delito de concusión. No consideramos correcta unificar y parificar punitivamente el verbo rector “solicitar” con el genuinamente pasivo de “aceptar”. Consideramos innecesaria la ampliación de la tipicidad a la modalidad de la “solicitud” que denota de alguna manera un “autosoborno” reñida con la lógica jurídica.

(272) RANIERI, Silvio. Ob. cit., p. 267.

(273) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 154.

Quintano Ripollés, al comentar el cohecho en el viejo Código Penal español (artículos 385, 386 y 381) que utilizaba el verbo rector “solicitare” o “recibiere”, sostenía que “la actual redacción del Código, que prevé el cohecho pasivo una cierta actividad en la solicitud de la dádiva debería acarrear como contrapartida, una excusa absolutoria para el particular que accede y paga la solicitud del funcionario, pues no hay razón alguna para que sea considerado como coautor del delito quien más bien es una efectiva víctima.

Así lo hacía el Código Penal de 1928 (artículo 473) y, entre las vigentes, el Código Penal cubano (artículo 398) no solo por consideraciones de estricta justicia, sino, también, para facilitar el descubrimiento de corrupción de funcionario, que se ampara en el fundado temor de sus víctimas a ejercitar una acción en la que, seguramente habrán de resultar otra vez perjudicado”⁽²⁷⁴⁾.

El legislador brasileño también emplea en la configuración del tipo en comentario los verbos rectores “solicitar” y “aceptar” en el cohecho descrito en los artículos 421 y 422 de su Código Penal. Consciente de los problemas que se derivan de la utilización del verbo rector “solicitar” en el tipo, el legislador brasileño ha establecido causales eximentes de responsabilidad en el artículo 423, incisos 3 y 4; que es el caso del particular que da o promete dinero o cualquier otra ventaja patrimonial a solicitud del funcionario. Situación que no contempló el legislador peruano, incurriéndose en estos casos en una situación injusta para el particular.

Un tratamiento del ilícito penal cohecho basado en un radical tratamiento punitivo diferenciado entre el cohecho pasivo y el activo lo constituye la legislación boliviana que, influenciada por la legislación suiza, lo incorporó en su Código Penal. El legislador boliviano tipificó el cohecho activo entre los delitos cometidos por particulares en el artículo 158 del Código Penal de 1972, utilizando los verbos rectores “diere” o “prometiere”; por su parte, en el artículo 145 tipificó el cohecho pasivo empleando el verbo rector “recibiere”, dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Queda claro que ninguna aceptación o exigencia indebidas por simple que esta sea, abusando del cargo, deja de ser compulsiva. Es muy difícil que un particular se resista a una exigencia de un funcionario o servidor público, con el poder intimidante y la indebida utilización de la preeminencia que extraña el cargo público. En términos generales, todo ejercicio de poder público arbitrario es un acto de fuerza; de manera que una solicitud no debida no deja de ser menos violenta o compulsiva que la “inducción” más simple de la concusión implícita.

(274) QUINTANO, Antonio. Ob. cit., pp. 213-214.

Hizo bien el legislador peruano al reformar el artículo 393 del Código Penal suprimiendo el vocablo “solicitar” para introducir el verbo rector “aceptar”. Un criterio racional ampliamente aceptado por la doctrina y la legislación comparada, de la correspondencia del verbo rector “aceptar” del cohecho pasivo donde el sujeto activo es el funcionario o servidor público y el verbo rector “dar” o “hacer” del cohecho activo.

Obviamente son conductas reprochables desde todo punto de vista que atenta contra la correcta funcionalidad y decoro de la Administración, pero estas son acciones dolosas propias de la concusión y no del cohecho. La modalidad típica del cohecho pasivo constituye un delito especial, propio de los funcionarios o servidores públicos, en tanto que el cohecho activo puede ser realizado por cualquier persona sin exigencia de la cualificación profesional, a excepción del abogado que en la legislación peruana tiene una tipificación especial.

Consideramos que siempre debió mantenerse la estructura jurídica del Código Penal derogado de 1924, que tipificaba el cohecho activo y pasivo siguiendo el criterio científico predominante, donde la corrupción pasiva es propia del funcionario o servidor público y la corrupción activa del particular.

Desde la reforma del artículo 393 del Código Penal por la Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2004, hasta aquella otra por la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, se denota el esfuerzo del legislador nacional para adecuar la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción con lo dispuesto por el artículo VI: actos de corrupción, inciso a):

Artículo VI. Actos de corrupción

“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”.

Capítulo II

El cohecho por acción u omisión

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

(...)”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. LA DESCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL

La acción básica o rectora del tipo penal está expresada en los vocablos “aceptar” o “recibir”; de manera que basta la simple aceptación o el hecho de recibir donativo 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 para que se configure el hecho ilícito descrito en el tipo. Se trata de un delito de mera actividad que se configura en el momento que acepta o recibe para sí o para otro. No requiere de resultado alguno.

El cohecho, en estos términos normativos, es un delito de acción u omisión dolosa de función pública cuya connotación básica, en algunos casos, radica en la codevinculación o coparticipación necesaria. De su redacción se desprenden los verbos rectores “aceptar” o “recibir”. En la acción dolosa bilateral, la consecuencia del accionar está condicionada en expresiones concretas de realización u omisión de un acto en violación de sus

obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas; según sea el caso específico (“que acepta o reciba donativo, promesas 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”). El delito de cohecho es denominado “delito de corrupción de funcionarios” porque representan una serie de conductas que en términos reales implica la “compraventa de la función pública”. En tal sentido, la ventaja o beneficio que recibe o acepta el funcionario público o servidor público es con el objetivo de no cumplir con las funciones competentes a su cargo, repercutiendo ello en un beneficio ilícito tanto para el funcionario público como para el otro sujeto participante.

II. LOS VERBOS RECTORES CONTENIDOS EN EL TIPO PENAL

El legislador ha utilizado dos verbos rectores en la configuración del tipo penal: “aceptar” y “recibir” para indicar la acción material unilateral del agente.

Aceptar es admitir voluntariamente lo que se le ofrece. La aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propia del funcionario o servidor público. La iniciativa parte del particular que ofrece o da un donativo, promesa o cualquier ventaja y el funcionario o servidor público acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. En estos casos se da un *pactum sceleris* o convenio corruptor necesario.

En estas condiciones si el funcionario o servidor público acepta o recibe lo que se le da o se le ofrece incurre en el delito tipificado en el artículo 393 del Código Penal. En esa condición, responde por el delito de cohecho y el particular como cómplice en el delito de cohecho. Ambos agentes (*extraneus* e *intraneus*) serán sancionados con la pena prescrita en el artículo acotado.

El artículo 393 del Código Penal prevé como forma específica del cohecho el supuesto en que el donativo, promesa o cualquier otra ventaja sea aceptada o recibida como contrapartida de una realización u omisión de un acto propio de su cargo (cualquiera que esta sea) en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Como puede apreciarse, se ha equiparado la omisión y la acción a los fines de la penalidad.

Consideramos que esta equiparación se contradice con el principio de equidad; es posible cavilar que las omisiones tienen un menor contenido de

injusto penal que las acciones dolosas; en todo no es explicable que resulte más grave infringir un deber por omisión que por acción.

El presupuesto requerido en el artículo 393 del Código Penal es la infracción del deber correspondiente al funcionario o servidor público y este puede tener lugar tanto por acción como por omisión, según se trate de una norma penal que contempla supuestos prohibidos o de supuestos exigidos. Las reformas más recientes han seguido este criterio. Así, el Código Penal austriaco (artículo 304, inciso 1), el Código Penal alemán (artículo 335 que equiparan ambas formas de comisión), el Código Penal italiano de 1930 contiene en su artículo 319 un tipo unificado para la acción, la omisión y el retardo en el cumplimiento.

III. LA CARACTERIZACIÓN DEL MEDIO EMPLEADO

El texto del Código Penal peruano vigente es muy amplio en la caracterización del medio por el cual se logra la corrupción; el artículo 393 del Código Penal hace referencia expresa de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; que a diferencia por ejemplo de los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal español de 1995 es restrictiva, por cuanto se habla de “dádiva” y “presente”; expresiones que conllevan a una interpretación que identificarían el medio para la corrupción con cosas o dinero.

El criterio amplio utilizado por el legislador peruano al tipificar el cohecho permite una mejor protección del bien jurídico tutelado, ya que este puede lesionar en forma penalmente relevante, también mediante contraprestaciones u ofrecimientos que no sean cosas o que no sean, inclusive, ventajas materiales. De acuerdo a Mezger: “No es necesario que las otras ventajas consistan en ventajas patrimoniales; también es una ventaja, el hecho de entregarse carnalmente”⁽²⁷⁵⁾. El agregado del vocablo “beneficio” en la configuración del tipo seguido de la expresión “ventajas” resulta bastante elocuente de los criterios tan amplios empleados por el legislador.

El cohecho pasivo propio descrito en el artículo 393 (primer párrafo) del Código Penal contempla dos supuestos:

- Cuando la aceptación o el recibir está dirigida a “realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”; o,
- Cuando la aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio se produce como consecuencia de haber faltado a sus deberes.

(275) MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 409.

En ambos casos, estamos hablando de supuestos prohibidos que bien pueden cometerse por acción u omisión.

Cuando el funcionario o servidor público acepte o reciba donativo, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.

“El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado. Se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida, para cumplir u omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación de dinero y el acto que se espera que se ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe estar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido”. (Ejecutoria Suprema del 16 de mayo de 2003, R. N. N° 14-2001-Lima)⁽²⁷⁶⁾.

En cambio, cuando el funcionario o servidor público acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. Es decir, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones, para después aceptar a consecuencia de haber faltado a ellas. Es lo que en doctrina se conoce como “cohecho subsiguiente”.

IV. EL SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo quien da comienzo a la realización de la conducta de corrupción, así como quienes se dejan corromper; según la modalidad típica de la acción. Atendiendo, evidentemente, para esta consideración solo al acto ejecutado por el funcionario o servidor o el particular.

V. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública.

(276) *La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005)*. Tomo II. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - Iuris Consulti - Editorial San Marcos, Lima, p. 1457.

VII. LA PENA APLICABLE

La pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36⁽²⁷⁷⁾ y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Debe tomarse en consideración la reforma del artículo 426 del Código Penal dada por el Decreto Legislativo N° 1243, que establece: “Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38”.

(277) Código Penal de 1991

Artículo 36.- “La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

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

Capítulo III

Cohecho activo cometido directa o indirectamente

Artículo 393 (segundo párrafo).- “(...)

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(...)”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal tiende a reforzar al tipo penal en términos generales. En el primer párrafo del artículo acotado, la acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “recibir” y “aceptar”; en cambio, en el segundo párrafo, la acción dolosa rectora está expresada solo en el vocablo “solicitar”; de manera que el agente (funcionario o servidor público) solicita, directa o indirectamente, donativos, 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; es el caso típico del cohecho activo. Téngase en consideración que el segundo párrafo hace extensiva la autoría mediata, a diferencia del primer párrafo que lo realiza directamente en cualquiera de los supuestos.

Es un delito de mera actividad que se configura en el momento que el funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativos, 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. El verbo rector “solicitar” expresa la acción material de realización u omisión. Este verbo es sinónimo de “requerir”, “pedir”, “procurar”; manifestar que se quiere o se desea alguna cosa con diligencia. No necesariamente se requiere que la petición se lleve a efecto de manera expresa, puede concretarse de manera disimulada o sibilina.

Esta conducta típica de solicitar configura la hipótesis de un delito formal o de mera actividad en que no se precisa la producción de resultado material alguno.

El sujeto activo (funcionario o servidor público) toma la iniciativa de solicitar al particular un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Entiéndase a las modalidades posibles de realización típicas tanto de las acciones como de las omisiones.

Aparentemente el legislador ha querido llenar un vacío en la norma penal estableciendo una conducta o supuesto independiente como una modalidad de cohecho de acción u omisión dolosa de manera unilateral. La solicitud puede realizarla el agente directamente o indirectamente lo que implica la intervención de un particular. Lo complicado viene a resultar si ese tercero puede o no ser otro funcionario o servidor público que solicita a nombre del autor mediato. Desde luego que el autor mediato es el que va a realizar (acción) u omitir (omisión) un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

El tipo se caracteriza como un delito de mera actividad, que se configura en el momento de la simple solicitud que el agente hace de manera directa o indirectamente. De tal manera que en la configuración del tipo debe tomarse en consideración, el dolo directo. Si hay aceptación del particular, se presenta un serio problema para establecer en que modalidad o supuesto se subsume este supuesto. Aparentemente, se subsumiría en el primer párrafo (codelincuencia necesaria-recibir).

Este supuesto es de acción dolosa unilateral de manera que basta la simple solicitud para que se configure el hecho punible en el tipo. Lo fundamental en el tipo no radica en la codelincuencia o coparticipación necesaria sino en la unilateralidad dolosa del agente. Es la “venta” de la función pública por parte del agente de manera directa o indirecta que no requiere de la participación del particular, lo cual es posible también tratándose de los funcionarios públicos electos que venden a futuro la función pública.

El cohecho activo propio descrito en el artículo 393 (segundo párrafo) del Código Penal contempla dos supuestos:

- Cuando la solicitud a “realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”; o,
- Cuando la solicitud del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio se produce como consecuencia de haber faltado a sus deberes.

En ambos casos estábamos hablando de supuestos prohibidos que bien pueden cometerse por acción u omisión. Cuando el funcionario o servidor público solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, lo hace a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.

En cambio cuando el funcionario o servidor público solicita el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. Es decir, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones para después aceptar a consecuencia de haber faltado a ellas. Es lo que en doctrina se conoce como “cohecho activo subsiguiente”.

Lo novedoso de este supuesto radica en que el legislador de manera expresa y siguiendo la orientación del artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción introdujo en la configuración del tipo la expresión: **“El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente”**. La solicitud indirecta puede comprender dos situaciones: la primera referida a los casos en que el funcionario o servidor público se vale de otra persona que a sabiendas participa en la solicitud a nombre del agente (funcionario o servidor público). Por su parte, la solicitud indirecta se refiere a las insinuaciones o actitudes del funcionario destinadas a demostrar al particular que no conseguirá su propósito de otra manera que mediante un soborno. Naturalmente que la primera forma de solicitud indirecta está vinculada con la cuestión de la participación en el hecho punible. El partícipe interviene a título de cómplice primario o cómplice secundario.

Ahora bien a la solicitud realizada indirectamente puede comprender de muchas maneras, sea mediante insinuaciones o actitudes que indiquen dicha solicitud. La norma penal no lo señala de manera expresa pero ello se desprende de la expresión “directa o indirectamente” que indica esta forma de cohechar.

Debe precisarse que la solicitud del agente no debe tener un contenido de violencia (propio de la exacción ilegal o engaño que caracteriza a la concusión) aun cuando pueda resultar bastante discutible si la exigencia o solicitud de un funcionario o servidor público dada su ubicación privilegiada y de las prerrogativas del cual goza tenga o no un contenido de violencia en el sentido laxo.

Ahora bien, el agente realiza u omite un acto cualquiera en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. La violación de sus obligaciones, bien sea por acción u omisión, pueden constituir un delito o una infracción administrativa lo que importa para la configuración del tipo es faltar a sus obligaciones o deberes del cargo que le corresponde cumplir adecuada a derecho. Está referida a un acto por acción u omisión prohibido por ley. Por ejemplo, los consejeros regionales que no concurren a la sesión regional por haber recibido una suma importante de dinero con la finalidad de bloquear así un importante acuerdo de consejo regional o el caso de congresistas de la República que han sido sobornados para votar en contra o a favor de una determinada ley para, de esa manera, favorecer a determinados sectores económicos.

Debe destacarse que, a diferencia de la legislación española⁽²⁷⁸⁾, la realización u omisión de un acto cualquiera en violación de su obligación no tiene por qué ser necesariamente constitutiva de un delito, puede ser también constitutiva de una infracción administrativa. Ello es irrelevante para la configuración del tipo.

La estructura típica de la norma penal es tan amplia que permite incluso considerar como cohecho la conducta del funcionario o servidor público que solicita una suma de dinero de un comerciante a cambio de no conceder una licencia de funcionamiento comercial a otro comerciante frente a la posibilidad de la competencia.

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 lo puede hacer bien sea para beneficio propio o de un tercero. Resulta irrelevante para la configuración del tipo el provecho propio o a favor de un tercero; tampoco interesa el valor o la cantidad de lo solicitado.

Se exige el dolo directo por parte del agente. Este supuesto siendo de mera actividad no admite la tentativa, pero sí la instigación, la coautoría y la complicidad.

(278) Código Penal español de 1995

Artículo 419.- "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL

El hecho punible constituye un delito de mera actividad y de acción unilateral que se configura en el momento en que el agente 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; lo puede hacer bien sea para beneficio propio o de un tercero.

Lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del agente o dicho de otra manera el propósito perseguido por el sujeto activo, que se traduce en “vender” la función pública y lograr obtener una ventaja o beneficio de cualquier tipo a favor suyo o de terceros. Este tercero puede ser una persona natural o jurídica.

Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por funcionarios o servidores públicos. Dada la naturaleza jurídica del injusto, el tipo exige en el agente el dolo directo. Lo que implica sostener que el agente además de conocer los elementos objetivos del tipo, dirige su acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener ventaja o beneficio de cualquier tipo; sea crematísticos, sexual o de otra índole.

El hecho se consuma en el momento mismo de la solicitud, de manera que en la configuración del tipo no se requiere que necesariamente el agente haya obtenido aquellas ventajas o beneficios señalados por la norma penal. Basta la sola exigencia no aceptada del requerido de manera expresa, tácita o sin expresión alguna. En estas condiciones, es muy difícil admitir la posibilidad de la tentativa.

Esta exigencia puede ser tácita o expresa, de manera directa o indirecta, de manera individual o colectiva.

“Para la consumación, entre otros, del delito de corrupción activa de funcionarios, resulta irrelevante que los sujetos activos no hayan estado en el país al admitir el Código Penal la autoría mediata, es decir, la utilización de terceras personas”. (Sala Penal “B”, Exp. N° 619-98, Lima).

III. LA COMPLICIDAD EN EL COHECHO DE ACCIÓN DOLOSA UNILATERAL

El delito de cohecho de acción dolosa unilateral es de acción finalista y solo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario o servidor público. Dichos agentes responderán a títulos de autores o coautores. No puede ser un particular bajo ningún punto de vista. Y esto lo es, tanto así, que el legislador peruano ha utilizado en la configuración del tipo la frase: “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” ha personalizado de esa manera a quién debe considerarse como autor o coautor del hecho punible excluyendo por tanto al particular; este último jamás podría valerse de esa condición especial, lo cual no significa que los particulares no puedan tener algún tipo de participación (de allí que expresamente considere la solicitud directa o **indirectamente**) en la consumación del hecho punible; en todo caso este último podrá ser considerado, según sea el caso concreto, cómplice del delito en comentario.

Siendo un delito denominado propio como tal exige una particularidad personal en el agente, es decir, debe tener la calidad de funcionario o servidor público y, por tanto, solo puede cometerlo el que tiene como autor la calidad especial de funcionario o servidor público según sea el caso.

En términos generales, la complicidad tiene la connotación esencial de ser subsidiaria con relación al autor o los coautores. Pero aquí el hecho punible está ligado fundamentalmente tanto al autor, como al cómplice (solicitar indirectamente); de manera que el cómplice actúa por encargo del agente (funcionario o servidor público). La solicitud es indirecta y le pertenece al agente, es decir, el desvalor de la complicidad procede del desvalor del hecho principal (solicitud). Por ejemplo, el funcionario público encarga a un particular que solicite una suma determinada de dinero a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. También cuando el funcionario o servidor público solicita el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio (a través de un tercero) lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. En otras palabras, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones para después solicitar a través de un tercero. **El agente realiza el hecho punible mediante el actuar de un intermediario material.**

Aquí el particular contribuye a la ejecución del hecho punible, pero es el agente (funcionario o servidor público) quien ha condicionado dicha entrega para obtener una ventaja.

El cómplice solo contribuye a la realización del hecho punible mediante actos que no caen dentro del tipo penal (no podría caer por razón de no tener la condición especial de funcionario o servidor público). La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad. Esta última solo puede ser realizada por un funcionario o servidor público; el tercero particular no podría realizar un acto ejecutivo perteneciente al tipo: cohecho por no tener dicha condición especial exigida.

El artículo 25 del Código Penal viene a reconocer que estos agentes no son “autores” y sus conductas no caen dentro de las exigencias del tipo principal, pero son sancionados con la misma pena que corresponde al autor si de sus actos para la realización del hecho punible fueron determinantes.

“La condición primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente que además está presente en la etapa de preparación del delito, constituyendo un aporte necesario al hecho”. (Ejecutoria Suprema del 19 de agosto de 1999, Exp. N° 2441-99-Lima).

Todas estas conductas del cómplice que no caen dentro de las exigencias del tipo principal tienen en común el hecho de que aluden a **actos de auxilio material o de asistencia** para la realización del hecho punible; bien sea determinantes para la realización del hecho punible o de simple asistencia no determinante. En ambos supuestos, estas no entran dentro de la esfera del delito.

Es posible, no sin expresar algunas dificultades que puedan presentarse, establecer que, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal, la complicidad pueda darse en el delito de cohecho por acción u omisión dolosa unilateral; es decir, una complicidad dolosa porque el Código Penal no admite una complicidad culposa. Consecuentemente el agente cooperante debe actuar con conciencia y voluntad.

“Que, la condición de cómplice solo la puede tener el sujeto que dolosamente haya presentado asistencia de cualquier modo para la realización del hecho punible, ya sea en la fase previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la ejecución del mismo, pero de ninguna manera puede calificarse como cómplice al sujeto que haya intervenido después de la consumación del ilícito”. (Ejecutoria Suprema del 23 de agosto de 1999, Exp. N° 2345-99-Lima).

Ahora bien, las dos formas de complicidad con relevancia penal que contempla el artículo 25 del Código Penal suponen el dolo de parte del cómplice quien actúa con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del accionar doloso que realiza el autor (funcionario o servidor público). De allí que en doctrina se sostenga la teoría del doble dolo del cómplice.

La racionalidad en la aplicación de las penas debe depender de la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho punible; es posible hacerla a través de un juicio valorativo no solo con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias de cada caso en particular.

Naturalmente, nos parece bastante discutible sancionar al cómplice con la misma pena contemplada para el autor del hecho punible, porque atendería con el principio de la equidad punitiva, proporcionalidad de las penas y su racionalidad contemplada en el artículo VIII del Título Preliminar del

Código Penal (principio de proporcionalidad de la pena). Es precisamente la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho punible la que constituye uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del juzgador o de la actividad punitiva del Estado.

IV. LA COAUTORÍA EN EL DELITO DE COHECHO DE ACCIÓN DOLOSA UNILATERAL

Es posible, en casos concretos especiales, que varios funcionarios o servidores públicos puedan cometer conjuntamente el hecho punible en comentario. Todos estos agentes responderán a título de coautores porque estos sí ejecutan directamente el delito. Es decir, **realizan actos que caen dentro del tipo penal descrito**. Pero, ¿es suficiente que los actos ejecutivos de los agentes caigan dentro del tipo penal en comentario para ser considerados como coautores del delito de cohecho por acción dolosa unilateral?

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente será reprimidos con la pena establecida para esta infracción”; de manera que es posible que varios funcionarios o servidores públicos, de manera concertada, soliciten, directa o indirectamente, donativos, promesas 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. Por ejemplo, un grupo de congresistas de la República, de consejeros regionales, regidores, etc.

El legislador nacional ha diferenciado, dentro del artículo 23 del Código Penal, al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o los que realiza mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase “y los que los cometan conjuntamente” está refiriéndose a los que toman parte directa en la ejecución de los actos propios del delito; es decir, a los coautores y no al autor, ya que este no **“toma parte de la ejecución”**, sino **“efectúa el hecho punible”**. Ello es posible, en el delito acotado, tratándose de funcionarios o servidores públicos, mas no en el caso de un particular.

Es posible en este caso de delito especial de acción finalista que varios agentes (funcionarios o servidores públicos) puedan tomar parte en la ejecución de la acción típica en **una intención común de realizar el hecho punible**. La existencia de esta comunidad de intención o concertación es fundamental para establecer la coautoría.

V. LA INSTIGACIÓN EN EL INJUSTO PENAL

Es posible admitir la instigación en este tipo de delito especial propio conforme al artículo 24 del Código Penal; ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, cohecho de acción dolosa unilateral.

El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario o servidor público) cometer el hecho punible. Nuestra legislación a diferencia de otras no enumera los medios instigadores, de manera que estas puedan ser diversas.

El instigador que puede ser otro funcionario o servidor público o un particular, no realiza actos ejecutivos ni toma parte en la realización del hecho punible, se limita a ejercer una influencia sobre el agente principal, con el objeto de hacerle cometer el ilícito penal. De allí que se hable de una forma accesoria de participación por parte del agente. Al instigador no se le puede calificar como autor intelectual, ya que ello generaría mayor confusión. La instigación, en todo caso, es, junto con la complicidad, una forma de participación (*stricto sensu*); es decir, dependiente de la existencia del autor.

Los medios de los cuales se puede valer el instigador son múltiples que pueden abarcar desde los ruegos, la persuasión, el ofrecimiento de recompensa, la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivarse de este delito hasta otras formas veladas de determinar al funcionario o servidor público a cometer el hecho punible.

Como lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento penal, el instigador debe actuar dolosamente, es decir, determina al instigado con conciencia y voluntad de realizar el hecho punible. La norma penal (artículo 24 Código Penal) **no admite una instigación culposa**. El dolo del instigador (funcionario o servidor público) ha de comprender tanto la actividad de generar en el instigado la voluntad de cometer la infracción penal especial, como la realización de esta.

La instigación es accesoria y depende de la acción del agente principal en la realización del hecho punible. Los actos de persuasión del instigador no caen dentro de las exigencias del tipo penal específico, son actos marginales al tipo. Siendo esto así, el instigador no debe, necesariamente, poseer las características que se exige al instigado para la comisión del delito en comentario,

es irrelevante la condición especial o no del instigador. Es posible, por tanto, la instigación en un delito especial (cohecho unilateral) por un *extraneus*.

En la instigación, lo determinante es que el instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar dolosamente en la realización del hecho punible. De allí que la instigación de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal tenga relevancia penal.

El instigador será reprimido con la pena que corresponde al autor del hecho punible. De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho que concretamente quiso que cometa el instigado.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En términos generales, se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función pública. El funcionario o servidor público está al servicio de la nación y no de los intereses personales o de grupos; de tal manera que específicamente se busca proteger que el servicio o la actividad del Estado se desenvuelva correctamente en beneficio de los administrados.

VII. EL SUJETO ACTIVO

Solo puede ser sujeto activo, en este supuesto, el funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativos, promesas 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.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

IX. LA PENA APLICABLE

La norma penal reprime estos supuestos con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Capítulo IV

El cohecho cometido por condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo

Artículo 393 (tercer párrafo).- “(...)

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El último párrafo del artículo 393 es una nueva modalidad de cohecho por acción unilateral que no tiene antecedente legislativo alguno en nuestro medio. Es decir, no fue contemplado en el viejo Código Penal peruano de 1863, tampoco en el Código Penal derogado de 1924.

El verbo rector en el tipo se encuentra expresado en el vocablo “condicionar” que equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácitas o expresamente en la ley o el reglamento y que regulan sus funciones o atribuciones derivadas del cargo o empleo. Su conducta funcional es normativa y como tal no puede condicionarse su ejercicio a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

Todo funcionario de acuerdo con el artículo 39⁽²⁷⁹⁾ de la Constitución Política del Estado está al servicio de la nación. Es decir, servir a los objetivos de la nación que orienta la actividad del Estado en orden a la atención de los intereses del país y de la población en general, de manera que no está al servicio de sí mismo o de sus intereses de grupos políticos o económicos.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL

El hecho punible constituye un delito de mera actividad y de peligro, se configura en el momento en que el agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

Lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del agente o dicho de otra manera el propósito perseguido por el sujeto activo; que se traduce en lograr obtener donativo o ventaja de cualquier tipo a favor suyo o de terceros. Este tercero puede ser una persona natural o jurídica.

Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por funcionarios o servidores públicos. Dada la naturaleza jurídica del injusto, el tipo exige en el agente el dolo directo, lo que implica sostener que el agente además de conocer los elementos objetivos del tipo dirige su acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener promesa o ventaja de cualquier tipo.

El hecho se consuma en el momento que el agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja; de manera que en la configuración del tipo no se requiere que necesariamente el agente haya obtenido aquellas ventajas, específicamente señalada por la norma penal. Basta que el solo condicionamiento sea aceptado o no por los beneficiarios. En estas condiciones, es muy difícil admitir la posibilidad de la tentativa.

Este condicionamiento puede ser tácito o expreso, de manera directa o indirecta, individual o colectiva. El agente no puede valerse de las necesidades imperiosas de los administrados para sacar ventajas indebidas.

La expresión “a la entrega o promesa de donativo o ventaja” debe entenderse en el sentido más amplio de la expresión que comprende bienes;

(279) Constitución Política del Estado

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”.

todas las cosas corporales o no y que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de una y otra a la vez. Estas pueden ser bienes muebles o inmuebles, alimentos, materiales de construcción, semillas, etc. En este caso, no importa el importe o el valor de las mismas (de poco valor, superior o extremadamente superior) lo cual resulta irrelevante en la configuración del tipo; lo relevante es la condicionalidad de su conducta funcional derivada del cargo o empleo con el objeto de obtener ventajas o donativos indebidos.

- **Donativo.** En términos generales, donativo es equivalente a decir dádiva o presente lo que expresa un mismo contenido semántico: obsequio o regalo como medio para conseguir algo de manera indebida.

El donativo está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple solicitud del funcionario o servidor público con ánimo de obtener algo indebido. El donativo puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores o cualquier otra cosa de contenido económico, etc.

- **Ventaja o beneficio.** Esta expresión que utiliza el legislador en la configuración del tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto está referida a todas las contraprestaciones u ofrecimientos, se trate o no de cosas, no siendo necesario que estas tengan la connotación de ventajas patrimoniales sino de otras de naturaleza inmaterial. Por ejemplo, el favor sexual, el verse favorecido por un premio honorífico, verse favorecido en un concurso de ascenso, etc.

Todos los funcionarios o servidores públicos, civiles o militares, bien pueden valerse de su condición especial (funcionario o servidores públicos) para condicionar su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o de cualquier ventaja o beneficio.

- **Promesa.** Es el ofrecimiento hecho al funcionario público de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido. Obviamente no toda promesa puede asumir la tipicidad del cohecho, la cual debe reunir las características de seriedad y posibilidad. Por ejemplo, la promesa de entregar la Plaza de Armas de Arequipa, el alma de su abuelo, etc., es decir, de ofrecimiento imposible de cumplir, vagas o imprecisas.

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En términos generales, se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función pública. El funcionario o servidor público está al servicio de la nación y no de los intereses

personales o de grupos; de tal manera que específicamente se busca proteger que el servicio o la actividad del Estado se desenvuelva correctamente en beneficio de los administrados.

IV. EL SUJETO ACTIVO

Solo puede ser sujeto activo, en este supuesto, el funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja. Esto es, 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.

V. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VI. LA PENA APLICABLE

La norma penal reprime estos supuestos con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Capítulo V

Soborno internacional pasivo

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 consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es una figura penal relativamente nueva. Su tipificación obedece a compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano⁽²⁸⁰⁾. La norma

(280) Convención Interamericana contra la Corrupción. Aprobado por Resolución Legislativa N° 26757, del 5 de marzo de 1997 y ratificado por el Estado peruano por Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 24 de marzo de 1997.

Artículo VII. Soborno internacional

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados partes que hayan tipificado el delito de soborno internacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

penal (artículo 393-A) fue incorporada por el artículo 2 de la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, modificado por el artículo único de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Posteriormente fue nuevamente modificado por el Decreto Legislativo N° 1243.

En un mundo globalizado, las soberanías de los Estados se tornan porosas cobrando mayor relevancia las transacciones comerciales entre Estados y empresas transnacionales. De manera que, en estas nuevas condiciones, la corrupción no podría ser ajena en estas transacciones internacionales que se ven afectadas por actos de esta naturaleza. Del mismo modo, se desarrollaron organismos internacionales públicos que disponen de ingentes recursos para realizar sus finalidades u objetivos propuestos. Entonces, en muchas ocasiones, suponen el manejo de importantes recursos económicos que, en muchos casos, pueden generar la tentación por parte de servidores públicos internacionales para desviarlos en beneficio de intereses propios o de terceros. De igual manera, se les ha asignado importantes funciones oficiales lo cual le hace pasible que acepten, reciban, soliciten, directa o indirectamente, donativos, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

Es en este contexto fáctico en el que surge la preocupación a nivel internacional por la corrupción de los servidores públicos en los negocios o transacciones económicas internacionales, por las graves implicancias negativas que estas generan en los diferentes ámbitos de un Estado o en las relaciones internacionales, lo cual hace necesaria la tipología de nuevas figuras penales.

Toda corrupción implica descomposición moral. No obstante, autores como Dobel señala que “la corrupción, social o estatal, implica la incapacidad de las personas para comprometerse de un modo moralmente desinteresado en la Administración Pública. A través de la corrupción los ciudadanos mostrarían un apego a intereses, puramente individualistas y se preocupan solo por aquello que produce sensualidad, dinero o seguridad. La corrupción, pues, socavaría los ideales de solidaridad e igualdad”⁽²⁸¹⁾. Elocuentes frases que se hacen extensivas a las relaciones internacionales en la realización de actividades económicas y financieras. A diferencia de otros autores como

Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno internacional bridará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida que se sus leyes lo permitan”.

(281) DOBEL, Patrick. “La corrupción de los Estados”. En: *American Political Science Review*, Vol. 72, 1978, pp. 958-973.

Samuel Huntington, quien sostiene que la corrupción contribuye a dinamizar la vida económica y social: “como la máquina o el clientelismo político en general, la corrupción ofrece beneficios inmediatos, específicos y concretos a los grupos que, de otra manera, podrían ser totalmente dejado de la sociedad. La corrupción, entonces, puede ser funcional para el mantenimiento de un sistema político”⁽²⁸²⁾. Estas últimas frases tomadas a la letra por la clase política peruana.

La corrupción internacional socava los cimientos de las instituciones democráticas de los Estados e incrementan los costos de las transacciones entre las naciones; afecta la igualdad de condiciones en el libre comercio, la competencia sana, la confianza en las instituciones internacionales y los Estados, etc. Como refiere Benito Sánchez: “En la actualidad, los comportamientos corruptos no conocen fronteras. La corrupción campa a sus anchas por el planeta afectando a países en desarrollo y a países industrializados, a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a economías planificadas y a economías de libre mercado. Como señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (...) ‘la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías’. Dada esta nueva dimensión transnacional de la corrupción, las iniciativas meramente nacionales para luchar contra ella se muestran insuficientes, siendo indispensable una respuesta coordinada de todos los Estados de la aldea global”⁽²⁸³⁾.

El Perú siendo parte en las convenciones y tratados internacionales vinculados a reprimir estos actos venales incorporó esta nueva figura penal. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –vigente en nuestro país desde el 14 de diciembre de 2005– hace referencia y recomienda a los Estados parte la necesidad de tipificar y reprimir el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. En efecto, el primer numeral, artículo 16 de la mencionada Convención, establece que el Estado parte debe adoptar: “medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional

(282) HUNTINGTON, Samuel. “Modernización y corrupción”. En: *Corrupción política*. HIEDENHEIMER, A.; JOHNSTON, M. y LE VINE, V. (compiladores). 3ª edición. A. Handbook Transaction Pub, p. 381.

(283) BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. “Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 15-04, 2013, p. 04:1-04:27. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>>.

pública, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o en el de otra persona o entidad con el fin que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”.

El cohecho de servidores públicos para obtener ventajas en transacciones comerciales internacionales conlleva grandes consideraciones morales y políticas, socavando la gobernabilidad y el desarrollo económico sostenible y distorsionando la competencia. La OCDE dirige los esfuerzos globales para nivelar las condiciones de competencia leal en transacciones internacionales luchando por eliminar el cohecho de servidores públicos cuando se compete por contratos e inversión.

En suma, la tipificación de estos hechos como delito en la que participa un funcionario público extranjero o de un organismo internacional en nuestro territorio, vino a llenar un vacío legislativo, lo cual constituía una laguna de impunidad, en la medida que, de acuerdo con nuestra legislación penal, solo era sujeto activo el funcionario o servidor público nacional.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA

Es un delito de dolo directo y de mera actividad. Para su configuración, no se requiere resultado alguno. Basta la mera aceptación, el recibir o solicitar en la condición antes descrita dentro del contexto de realización de actividades económicas internacionales llevadas a cabo en territorio peruano. El tipo penal es cualificado por la condición especial del sujeto activo (funcionario o servidor público de un Estado extranjero o de cualquier organismo internacional público) que opera en Perú. La acción u omisión en las condiciones antes indicadas se deben dar dentro de la realización de actividades económicas internacionales.

En tal sentido, los funcionarios extranjeros o de organismos internacionales que valiéndose de su condición de tales que aceptan, reciben o solicitan, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, **en la realización de actividades económicas internacionales** serán sancionados con la pena descrita en el tipo penal en cuestión. El agente internacional en su condición de funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público busca obtener ventajas en transacciones comerciales internacionales, socavando la gobernabilidad y el

desarrollo económico sostenible y distorsionando la competencia (sea por contratos o inversión de cualquier naturaleza).

El cohecho como hecho punible de acción u omisión dolosa se clasifica en función de la cualidad o calidad personal del sujeto activo (funcionario o servidor público de otro Estado u organismos públicos internacionales). Se trata de cohecho, a secas, propio del funcionario o servidor público internacional. En ella, no caben los criterios establecidos para el cohecho de los funcionarios o servidores públicos nacionales porque en ellas operan en cualquier circunstancia. A diferencia del cohecho o soborno internacional específicamente en la realización de actividades económicas internacionales.

Siendo una figura penal relativamente nueva, es probable que surjan serios problemas de interpretación de la norma penal y su aplicación. Entonces, amerita fomentar una amplia discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del cohecho internacional como delito especial. Es evidente que como supuestos prohibidos admite situaciones de carácter bilateral y unilateral. Lo híbrido del precepto hace del tipo penal un delito de resultado y de mera actividad al mismo tiempo. Pero, en ambos casos, requiere en la configuración del tipo el dolo directo.

Por ejemplo, el vocablo “solicitar” implica una acción unilateral dolosa que se configura en el momento de la solicitud, no requiere de resultado alguno; por tanto, se trata de un delito de mera actividad. En cambio, en relación al verbo rector “aceptar” ya implica una acción dolosa de connotación bilateral.

La vieja discusión entre los autores en relación a la acción u omisión dolosa del cohecho pierde consistencia, sea porque radica en su carácter bilateral u unilateral. Para el caso del delito de cohecho o soborno internacional por la configuración del tipo, esta tiene una connotación bilateral y unilateral al mismo tiempo, dependiendo de la acción u omisión material que se expresa en los verbos rectores “aceptar”, “recibir” o “solicitar”⁽²⁸⁴⁾.

En cuanto a la estructura típica del soborno transnacional, este tipo penal tiene mayores semejanzas, entre los diferentes tipos de cohecho, activo

(284) El artículo 393-A del Código Penal peruano tiene una similitud al artículo 433 del Código Penal colombiano –modificado por la Ley N° 1778 de 2016–, que tipifica el delito de soborno transnacional así: **Artículo 433.-** “El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

o pasivo, propio e impropio. Ciertamente es que se sanciona la conducta; implica aceptar, recibir o solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales. Diríamos que deberíamos recurrir a una interpretación extensiva de la expresión “actividades económicas internacionales” que comprende no solo lo económico, sino también el aspecto comercial y financiero.

Por otro lado, la significancia de lo que debemos entender por la frase contenida en el tipo penal: “el ejercicio de sus funciones oficiales o violación de sus obligaciones”. ¿Quién determina cuáles son sus funciones oficiales y de qué manera se violan esas obligaciones?

Son casos que se dan cuando el agente acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales. Estos actos por acción u omisión se dan en particular tratándose de adjudicaciones o contratos, negocios extranjeros para servicios públicos de caminos, agua, electricidad, etc. Un cohecho de un millón de dólares puede escalar a una pérdida de cien millones de dólares en un país asolado por la pobreza porque los proyectos arruinados e inadecuada inversión socavan los planes de desarrollo⁽²⁸⁵⁾.

El cohecho de servidores públicos para obtener ventajas en transacciones comerciales internacionales conlleva grandes consideraciones morales y políticas, socavando la gobernabilidad y el desarrollo económico sostenible y distorsionando la competencia. La OCDE dirige los esfuerzos globales para nivelar las condiciones de competencia leal en transacciones internacionales luchando por eliminar el cohecho de servidores públicos cuando se compete por contratos e inversión.

(285) La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE es un acuerdo legalmente vinculante; los países que se unen a la Convención acuerdan establecer como delito el cohecho de un servidor público extranjero en su legislación nacional e implementar políticas efectivas para evitar, detectar, investigar y sancionar el cohecho internacional. La Convención Anticohecho de la OCDE es el primer y único instrumento internacional anticorrupción que se enfoca en el lado “oferente” de la corrupción, es decir, la persona o entidad que ofrece, promete u otorga una dádiva. Este preciso enfoque ha permitido a la OCDE convertirse en la autoridad más destacada del mundo contra el cohecho en transacciones comerciales internacionales.

La irrupción de las grandes corporaciones económicas de naturaleza transnacional que dominan y controlan los mercados e interactúan estrechamente con los Gobiernos y las clases políticas, muchas veces condicionándolos o comprándoselos, ha posibilitado que, sociológicamente hablando, nos podamos referir al soborno transnacional, entendido este como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dinero, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos de un país extranjero sea en el lugar donde residen los agentes cohechadores o fuera de él para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura.

III. ¿A QUIÉNES SE CONSIDERAN FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS DE OTRO ESTADO O DE ORGANISMOS PÚBLICOS INTERNACIONALES?

No hay un desarrollo en Derecho Penal peruano sobre a quiénes deben considerarse para los fines penales como funcionarios públicos internacionales o de organismos internacionales. No obstante, se debe recurrir en todo caso a las definiciones internacionales que sobre el particular se versan.

Son funcionarios o servidores públicos internacionales las personas que prestan sus servicios de forma permanente a una organización internacional integrándose en su aparato ejecutivo o administrativo. Aunque, normalmente, conservan la nacionalidad de un Estado miembro no representan sus intereses ni pueden admitir instrucciones del mismo mientras desempeñen sus funciones. Para el presente caso, no es aplicable lo establecido por el artículo 425 del Código Penal peruano.

“Funcionario internacional es todo individuo encargado por los representantes de los diversos Estados o por un organismo que actúa en nombre de estos como consecuencia de un acuerdo interestatal y bajo el control de los unos o del otro, para, sometido a reglas especiales, ejercer, de manera continua y exclusiva, funciones de interés del conjunto de los Estados en cuestión”. Con independencia de esta definición, desde el punto de vista formal son funcionarios internacionales los que reciben tal calificación en los respectivos estatutos de personal de las organizaciones internacionales (Organización de las Naciones Unidas, organismos especializados de la misma, comunidades de carácter regional) a las que sirven con carácter estable.

Cierto es que la naturaleza de la relación jurídica que existe entre el funcionario internacional y la organización a la que presta sus servicios es, en muchas ocasiones, de índole contractual (así ocurre en la Organización Internacional del Trabajo y en otros organismos por influencia de las concepciones

anglosajonas) y en otras de carácter estatutario o regulada por leyes y reglamentos propios de funcionarios (por influencia de los países donde impera el llamado régimen de Derecho Administrativo). Existe una clara evolución desde la inicial naturaleza contractual hacia el régimen estatutario, mediante la modificación unilateral de las normas de los funcionarios por las organizaciones internacionales y el establecimiento de sus derechos y obligaciones en un estatuto o reglamento de personal, hasta el punto de que el régimen –inicialmente contractual– de los funcionarios de las comunidades europeas puede ser ya calificado como estatutario.

IV. LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL SOBORNO INTERNACIONAL

La acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “aceptar”, “recibir” o “solicitar”, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

De acuerdo a los verbos rectores “aceptar” o “recibir” es indicativo que se da la participación de otra persona que ofrece o da, por eso el funcionario internacional lo acepta o lo recibe; de manera que es de acción u omisión bilateral. En relación al otro verbo, “solicitar”, se constituye en un acto unilateral. En todos estos supuestos, basta la simple solicitud, la aceptación o el hecho de recibir el donativo o cualquier otra ventaja para que se configure el hecho ilícito descrito en el tipo.

Este tipo de cohecho es un delito de acción u omisión dolosa de función pública internacional cuya connotación básica, en algunos casos, radica en la codelincuencia o coparticipación necesaria, pero al mismo tiempo de naturaleza unilateral en la acción dolosa del agente, expresada en la solicitud, aceptación u ofrecimiento sin aceptación. Tanto en la acción dolosa bilateral como unilateral la consecuencia del accionar está condicionada en expresiones concretas de realización u omisión de un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas; según sea el caso específico. Se exige el dolo directo.

Para nuestro derecho positivo, la concepción bilateral del cohecho fue insuficiente, habiendo el legislador peruano asumido un concepto ecléctico que mantiene la bilateralidad y unilateralidad al mismo tiempo de estas conductas reprochables. No siendo necesariamente exigible un *pactum sceleris* o convenio corruptor para que se configure el tipo, basta la acción unilateral de solicitar,

aceptar o recibir directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

V. LOS VERBOS RECTORES COMPRENDIDOS EN EL TIPO PENAL

- **Solicitar.** Es sinónimo de requerir, pedir, procurar, manifestar que se quiere o se desea alguna cosa con diligencia. No necesariamente se requiere que la petición se lleve a efecto, de manera expresa, puede concretarse de manera disimulada o sibilina.

Esta conducta “típica” de solicitar configura hipótesis de un delito formal o de mera actividad en que no se precisa la producción de resultado material alguno.

El sujeto activo (funcionario o servidor público internacional) toma la iniciativa de solicitar al particular un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Entiéndase a las modalidades posibles de realización típicas tanto de las acciones como de las omisiones.

- **Aceptar.** Es admitir voluntariamente lo que se le ofrece. La aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propia del funcionario o servidor público. La iniciativa parte del particular (particular o persona jurídica) que ofrece o da un donativo, promesa o cualquier ventaja y el funcionario o servidor público internacional que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. En estos casos se da un *pactum sceleris* o convenio corruptor necesario.
- **Donativo.** En términos generales, donativo es equivalente a la dádiva o presente, lo que expresa un mismo contenido semántico: obsequio o regalo como medio para conseguir algo de manera indebida.

El donativo está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple solicitud del funcionario o servidor público con ánimo de obtener algo indebido. El donativo puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores o cualquier otra cosa de contenido económico, etc.

- **Ventaja o beneficio.** Esta expresión que utiliza el legislador en la configuración del tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto está referida a todas las contraprestaciones

u ofrecimientos, se trate o no de cosas, no siendo necesario que estas tengan la connotación de ventajas patrimoniales sino de otras de naturaleza inmaterial. Por ejemplo, el favor sexual, el verse favorecido por un premio honorífico, o en un concurso de ascenso, etc.

- **Promesa.** Es el ofrecimiento hecho al funcionario público internacional de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido. Obviamente, no toda promesa puede asumir la tipicidad del cohecho, la cual debe reunir las características de seriedad y posibilidad. Por ejemplo, la promesa de entregar la Plaza de Armas de Arequipa, el alma de su abuelo, etc., es decir, de ofrecimiento imposible de cumplir, vagas o imprecisas.
- **Cualquier otra ventaja o beneficio indebido.** Esta expresión que utiliza el legislador peruano en el tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto están referidas a todas las contraprestaciones u ofrecimientos; sean o no cosas; no siendo necesariamente que estas tengan la connotación de ventajas materiales. Por ejemplo, el entregarse carnalmente, el verse favorecido por un premio honorífico, etc. Todas estas expresiones utilizadas por el legislador en el tipo constituyen los medios característicos del que se vale el agente para su acción corruptora. La norma penal admite la interpretación analógica.

VI. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS EMPLEADOS POR EL AGENTE INTERNACIONAL

El tipo penal se caracteriza por ser una figura penal cualificada por el agente activo especial (funcionario o servidor público internacional) sea como agente de otro Estado o funcionario de organismo internacional. Se exige dolo directo en la configuración del tipo. En esa condición acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas internacionales.

Es una figura penal híbrida que contiene supuestos prohibidos de participación unilateral y bilateral. Es una figura penal que admite una interpretación analógica en relación a los medios comisivos. También se caracteriza por que el tipo penal admite la autoría inmediata (lo realiza el mismo agente internacional) y mediata (lo hace a través de un tercero) sea por acción u omisión de sus funciones oficiales, violando sus obligaciones o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas para obtener un negocio u otra ventaja indebida, en un contexto de actividades económicas internacionales.

El tipo admite una interpretación amplia porque el legislador peruano al tipificar el cohecho internacional le permite una mejor protección del bien jurídico tutelado, ya que este puede lesionar en forma penalmente relevante, también mediante contraprestaciones u ofrecimientos que no sean cosas o que no sean, inclusive, ventajas materiales. A decir de Mezger: “No es necesario que las otras ventajas consistan en ventajas patrimoniales; también es una ventaja, el hecho de entregarse carnalmente”⁽²⁸⁶⁾. El agregado del vocablo “beneficio” en la configuración del tipo seguido de la expresión “ventajas” resulta bastante elocuente de los criterios tan amplios empleados por el legislador.

La norma penal descrita en el artículo 393-A admite los supuestos siguientes:

- El agente recibe lo dado por un tercero (sea persona natural o persona jurídica) directa o indirectamente, donativos, 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.
- El agente internacional acepta lo ofrecido por un tercero (sea persona natural o persona jurídica) directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.
- El agente solicita, directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas internacionales.

En los tres supuestos prohibidos se pueden cometer por acción u omisión. Es decir, cuando la solicitud, aceptación o recepción está dirigida a “realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones” y cuando la aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio se produce como consecuencia de haber faltado a sus deberes.

En todos estos casos, estábamos hablando de supuestos prohibidos, que bien pueden cometerse por acción u omisión.

(286) MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 409.

Cuando el funcionario o servidor público de un Estado extranjero o funcionario de organismo internacional solicita, acepte o reciba donativos, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.

En cambio cuando acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. Es decir, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones para después aceptar a consecuencia de haber faltado a ellas. Es lo que en doctrina se conoce como cohecho subsiguiente.

VII. EL SUJETO ACTIVO

Para los fines de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera.

También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. Como se dejó dicho en el capítulo referido al bien jurídico, el delito de soborno transnacional es un delito que afecta el orden socioeconómico, específicamente la libre competencia, aspecto que resulta importante destacar en este apartado debido a que servirá de guía para el análisis de los elementos del delito del que se ocupará este apartado.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado peruano porque los hechos se cometieron en su territorio y dentro de un contexto de negocios internacionales.

IX. EL BIEN JURÍDICO

Nuestro sistema penal peruano ha incorporado la figura penal del delito de soborno transnacional en los delitos de corrupción. Sin embargo, en términos generales para otras figuras penales, se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función

pública. El funcionario o servidor público está al servicio de la nación y no de los intereses personales o de grupos; de tal manera que específicamente se busca proteger que el servicio o la actividad del Estado se desenvuelva correctamente en beneficio de los administrados, pero se trata de funcionarios o servidores públicos nacionales. No obstante, no es sencillo establecer el bien jurídico tutelado de manera específica.

En términos generales, podemos establecer que el bien jurídico tutelado es la Administración Pública nacional y extranjera. Es verdad que siendo un delito cualificado por el agente especial (funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional) sus funciones las realizan en territorio peruano. Por tanto, se sujetan a la legislación nacional que se orienta a la protección de intereses en contextos económicos y comerciales, y aunque por su ubicación sistemática es entre los delitos contra la Administración Pública atentan contra el bien jurídico “Administración Pública”.

X. LA PENA APLICABLE

El funcionario público internacional que incurra en cualquiera de los supuestos contemplados en el tipo penal 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.

XI. OTROS ASPECTOS VINCULADOS AL TIPO PENAL

Con la reforma del Decreto Legislativo N° 1243 que modifica los delitos de concusión, cobro indebido, colusión, peculado, peculado de uso, malversación, **soborno pasivo internacional**, cohecho activo genérico, **cohecho activo transnacional**, cohecho activo específico, tráfico de influencias (segundo párrafo), enriquecimiento ilícito, y especifica que en estos casos se aplicarán los artículos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal que aborda el tema de la inhabilitación.

Capítulo VI

Cohecho pasivo impropio

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”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo en comentario tiene como fuente al artículo 350 del derogado Código Penal de 1924; pero teniendo como fuente a la norma acotada se aleja del criterio predominante en la doctrina, tanto en la clasificación como en la naturaleza jurídica de la acción dolosa.

La reforma del artículo 394 del Código Penal por el artículo 1 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004 y por el artículo único de la Ley N° 30111 del 12 de noviembre de 2013 amplió los supuestos prohibidos no contemplaban primigeniamente en el tipo penal. Así, por ejemplo, en el primer párrafo las expresiones “beneficio indebido”, “o empleo”, “o como consecuencia

del ya realizado” (cohecho subsiguiente); también el legislador incrementó la pena e incluyó de manera expresa la inhabilitación del agente conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y la pena de multa. Finalmente, ha incluido nuevos supuestos en un segundo párrafo (Ley N° 28355).

La reforma antes indicada suprimió en el primer párrafo del artículo 394 del Código Penal el verbo rector “solicitar” y comprendió como verbos rectores a los vocablos “aceptar” o “recibir”. A diferencia del segundo párrafo que establece un supuesto agravado, se emplea el verbo rector “solicitar”.

Criticamos en su oportunidad al legislador peruano por introducir primigeniamente el verbo rector “solicitar” en la configuración del tipo (primer párrafo) direcciona una nueva fisonomía que no compartimos porque la diferencia sustancial entre la corrupción activa y la corrupción pasiva radica en que, en el primer caso, son los particulares quienes toman la iniciativa de corromper al funcionario y, en el segundo, el funcionario se deja corromper. El vocablo “solicitar” (segundo párrafo) es sinónimo de “pedir”, “requerir”, “procurar”, etc., que denota una iniciativa en la corrupción. Estaríamos hablando de un “autosoborno” o “autocorrupción” que resulta ilógica e impropia en el tipo. La iniciativa corruptora del funcionario es propia de la concusión y no del cohecho. Hecho que, desde luego, *a posteriori* fue corregido.

Por ejemplo, el artículo 406 del Código Penal de Colombia del 2000, prescribía lo siguiente:

Artículo 406.- Cohecho impropio

“El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a siete (7) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

Nótese en la configuración del tipo descrito en el artículo 406 del Código Penal colombiano la utilización del verbo rector genuino del cohecho pasivo expresada en el vocablo “aceptar”. Más allá de cualquier discrepancia señalaremos que con relación al cohecho pasivo impropio descrito en el artículo 394 del Código Penal peruano se encuentran dos supuestos claramente definidos en los dos párrafos:

Primer párrafo:

1. La acción dolosa del agente se expresa en los verbos rectores: aceptar o recibir donativo, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación y,
2. La del agente 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, pero como consecuencia del ya realizado (cohecho subsiguiente).

Segundo párrafo:

1. El caso del 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 y,
2. El caso del 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 como consecuencia al ya realizado (cohecho subsiguiente).

Los supuestos prohibidos contemplados en el primer y segundo párrafo del artículo 494 del Código Penal se diferencian del artículo 393 del mismo cuerpo normativo en la medida que los actos por parte del agente que actúa con dolo directo lo hace sin faltar a su obligación incluso como consecuencia del ya realizado. Los supuestos contemplados en el artículo 393, en cambio, lo hace faltando a su obligación o a consecuencia de faltado a ellas. Desde luego que las obligaciones que se deriven del cargo o empleo no deben “venderse” y menos aún que puedan hacerse pagar por ella.

En el tipo en comentario, debe tratarse siempre de una acción correspondiente al cargo o empleo, es decir, se incluyen tan solo las acciones que no son contrarias al deber o la obligación que se derivan del cargo o empleo.

En el segundo supuesto de la norma penal (artículo 394 del Código Penal) el agente (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, o como consecuencia al ya realizado. Es decir, se solicita con relación a una acción ya ejecutada, sin faltar a sus obligaciones. Una acción que no constituye una violación de una obligación del cargo o empleo no se viola las obligaciones y lo que se reprocha es la exigencia indebida aun cuando haya cumplido con su deber.

En todos estos casos, se tiene que distinguir entre la aceptación de regalos por gratitud, según las normas del trato social o de cortesía habitual, etc. de aquel otro por exigencia o aceptación dolosa. Desde luego que el tipo exige del agente el dolo directo.

II. LOS VERBOS RECTORES

La acción básica o rectora del tipo se expresan en los vocablos “aceptar o recibir”. Ambos verbos rectores empleados por el legislador peruano en la configuración del tipo indican el núcleo central de la acción dolosa del agente; del cual se vale para obtener promesas o cualquier otra ventaja o beneficio indebido una dádiva para practicar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación. Es evidente la dualidad de participación.

Como lo tenemos señalado los supuestos contemplados en la norma penal (artículo 393 del Código Penal) se diferencia sustancialmente del tipo descrito en el artículo 394 del Código Penal en el extremo que el agente solo solicita acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o cuando las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, lo cual no sucede en el caso del artículo 394.

Obsérvese que el tipo penal descrito en el artículo 394 del Código Penal es de acción dolosa; en cambio, las conductas descritas en el artículo 393 del Código Penal son de acción dolosa pero también contiene conductas omisivas dolosas.

Con los verbos rectores “aceptar” o “recibir” se están indicando por parte de la norma penal un aspecto esencial de la acción dolosa del cohecho; lo que implica que el funcionario o servidor público asume una actitud pasiva, diferenciándose de la concusión. Distinto es el caso del segundo párrafo del artículo acotado cuando el agente (funcionario o servidor público) asume una actitud activa cuando “solicita” un donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo.

En términos generales y para el tipo penal en los dos supuestos (primer y segundo párrafo), la acción dolosa del agente se orienta a “solicitar” o “aceptar” donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo; es decir, “para cumplir con un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones”⁽²⁸⁷⁾.

Cabe precisar que la acción dolosa cohechante no es un acto arbitrario, injusto o ilícito en cuanto obra conforme a los deberes que le competen. Sucede que la acción reprochable se constituye por la aceptación o solicitud indebida de donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Es decir, en una acción debida por precio; conducta que lesiona los intereses de la Administración Pública. El artículo 394 del Código Penal (primer párrafo) admite la acción dolosa unilateral de simple: aceptación o el acto de recibir promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o

(287) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., p. 114.

empleo sin faltar a su obligación o como consecuencia del ya realizado. Del mismo modo, en relación al segundo párrafo con el verbo rector “solicitar”.

III. EL SIGNIFICADO DE LOS VOCABLOS “DONATIVO”, “PROMESA” O “CUALQUIER OTRA VENTAJA O BENEFICIO INDEBIDO”

El tipo descrito en el artículo 394 del Código Penal contiene dos verbos rectores “aceptar” y “recibir” en la acción dolosa y admite una caracterización muy amplia en los medios empleados por el cual se consuma la corrupción. La figura utiliza las expresiones “donativo”, “promesa” o “cualquier otra ventaja o beneficio indebido”, lo cual permite la interpretación analógica.

- **Donativo.** Está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple solicitud o por voluntad propia, sea por generosidad o recompensa, o con ánimo de lograr u obtener algo.

El donativo puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, en título-valores, o cualquier otra cosa de contenido económico, esto quiere decir cualquier objeto o cosa que tuviese valor.

- **Promesa.** El concepto de promesa es muy amplio y está referida básicamente a la declaración unilateral de voluntad efectuada por una persona para dar o hacer algo a futuro y no en el momento de la solicitud o del ofrecimiento. El contenido de la promesa abarca desde el ofrecimiento de dar dinero en efectivo o en cheque hasta la de prestar un servicio cualquiera, incluyendo ventajas no materiales. En el compromiso a futuro a cambio de que el funcionario o servidor público practique un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación.
- **Cualquier otra ventaja o beneficio indebido.** Esta expresión que utiliza el legislador peruano en el tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto están referidas a todas las contraprestaciones u ofrecimientos, sean o no cosas; no siendo necesariamente que estas tengan la connotación de ventajas materiales. Por ejemplo, el entregarse carnalmente, el verse favorecido por un premio honorífico, etc. Todas estas expresiones utilizadas por el legislador en el tipo constituyen los medios característicos del que se vale el agente para su acción corruptora.

IV. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

Para la configuración del tipo penal se admiten las siguientes conductas:

1. El agente acepta o recibe el donativo, promesas o cualquier otra ventaja indebidas directamente o valiéndose de un tercero, que

puede ser un particular u otro funcionario o servidor público; concretizándose un “pacto corruptor” entre el particular que da, otorga, ofrece o promete cualquier ventaja indebida a efectos de que el otro sujeto activo practique un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación; es decir, un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones. Los verbos rectores son indicativos de tiempo. El recibir lo es al momento y el aceptar tiene una connotación de tiempo mayor porque puede ser una promesa que es a futuro.

2. Si el funcionario o servidor público rechaza y no acepta lo ofrecido por el particular, este último incurre en el ilícito penal descrito en el artículo 397 del Código Penal; y por lo tanto sancionado con la pena prescrita en la norma acotada y no por el artículo 394 del Código Penal. Es esta modalidad de conducta dolosa el particular es el que toma la iniciativa del acto corruptor (ofrece, da o promete) y el funcionario acepta o lo rechaza.
3. En relación con el segundo párrafo del artículo 394 del Código Penal el funcionario o servidor público toma la iniciativa en el acto corruptor (solicitando); si el particular acepta dicha solicitud, estamos ante la configuración de un delito de acción bilateral, reprimiéndose a ambos con la pena prescrita en el artículo 394 del Código Penal. Si el particular rechaza la solicitud, se configura el delito pero como acción dolosa unilateral; sancionándose al funcionario o servidor público con la pena prescrita en el artículo 394 del Código Penal.
4. El verbo rector “solicitar”, en este caso, es indicativo, tanto, de la naturaleza de la acción dolosa bilateral como unilateral en el tipo; siendo sancionados de ser el caso (funcionario y particular) con la misma pena prescrita en el artículo 394 del Código Penal.

En suma, el agente busca sacar un provecho indebido para sí o para un tercero, para llevar a cabo un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación y el particular obtener una resolución o derechos que le benefician, corrompiendo al funcionario o servidor público.

El agente puede orientar su acción dolosa directamente solicitando un donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida o indirectamente por medio de un tercero que puede ser un particular, otro funcionario o servidor público; siendo ambos concurrentes al acto corruptor. Esta solicitud puede estar orientada a beneficiarse indebidamente a sí mismo o a favorecer a un tercero. El tipo no lo contempla expresamente, pero se desprende de su interpretación, ya que el legislador en la configuración del hecho ilícito trató de comprender todas las modalidades de estas conductas cohechantes.

V. LOS ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “REALIZAR UN ACTO PROPIO DEL CARGO O EMPLEO”

El legislador peruano consignó en el tipo esta frase para denotar en el tiempo que la solicitud o el hecho de recibir o aceptar, antes que el agente lleve a cabo los actos propios de su cargo, sin faltar a su obligación o como consecuencia del ya realizado (siempre sin faltar a su obligación). Resultando irrelevante que se cumpla o no con la promesas, o se entregue el donativo o el agente realice o no el acto debido; bastando la acción unilateral de simple aceptación o el hecho de recibir. La conducta reprochable lo constituye “la acción debida por precio”.

Con la última reforma del artículo 394 del Código Penal, el legislador ha incorporado un segundo párrafo empleando el verbo rector “solicitar” sea 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 de haber practicado un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación. Es decir, la solicitud del agente que con posterioridad al acto oficial practicado debidamente formula la exigencia al particular.

La solicitud, aceptación o recibir puede ser anterior, concurrente o posterior al acto material definida con la expresión “realizar un acto propio de su cargo o empleo”; contemplando la solicitud o aceptación a consecuencia de haber practicado un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación. El hecho punible se consuma en el momento de la solicitud, aceptación o el hecho de recibir; de manera que es un delito de mera actividad.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza que deben tener los ciudadanos en el ejercicio correcto de las funciones públicas.

VII. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es el funcionario o servidor público. Sea acción dolosa bilateral o acción dolosa unilateral, siendo considerado el particular como partícipe del tipo en cuestión.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo del delito es el Estado como titular del bien jurídico; también puede verse afectado, en algunos casos, el particular (cuando rechaza la solicitud del agente).

IX. LA PENA APLICABLE

Con relación al primer supuesto contemplado en el artículo 394 del Código Penal, 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 y en relación con el supuesto contemplado en artículo 394, 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.

Del mismo modo debe tenerse en consideración lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1243 que modifica el artículo 38 del Código Penal, incorporando un párrafo en virtud del cual se incrementa la pena de inhabilitación de 5 a 20 años cuando se trate de la comisión de alguno de los siguientes delitos: concusión, cobro indebido, colusión, peculado, peculado de uso, malversación de fondos, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Asimismo, se indica que **la inhabilitación será perpetua** siempre que, cometiendo alguno de los delitos de la lista señalada inicialmente, se actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias (aproximadamente S/ 59 250).

Capítulo VII

Cohecho pasivo

Artículo 394-A.- “(...)”.

Este artículo fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 27722, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo de 2002.

Posteriormente, conforme al artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de octubre de 2004, este artículo 394-A fue modificado y reubicado como artículo 376-A.

En tal sentido, los comentarios a este tipo penal se encuentran desarrollados en la parte pertinente de su reubicación, es decir, en el artículo 376-A del Código Penal.

Capítulo VIII

Cohecho pasivo específico

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, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada en el diario oficial El Peruano el 6/10/2004.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 394 del Código Penal fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que ha ampliado la tipicidad a supuestos que no contemplaba primigeniamente la norma penal. Así, por ejemplo, en el primer párrafo las expresiones: “cualquier otro análogo a los anteriores”, “que bajo cualquier modalidad acepte o reciba, o beneficio”; también el legislador incrementó las penas a imponer al agente e incluyó de manera expresa la inhabilitación del agente conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36

del Código Penal, suprimiendo en el tipo una pena accesoria bastante discutible⁽²⁸⁸⁾. Finalmente ha incluido nuevos supuestos en un segundo párrafo.

No cabe duda de que nos encontramos ante una figura penal de cohecho pasivo propio cuya característica especial radica en el hecho de estar referidos única y exclusivamente como sujetos activos del tipo al magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores.

La norma penal tiene como fuente al artículo 351 del Código Penal peruano derogado de 1924. El viejo Código Penal peruano de 1863 lo contempló de manera imprecisa y genérica en el artículo 175, segundo párrafo, cuya redacción fue como sigue:

Artículo 175.- Cohecho pasivo

“Cuando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos comenten en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará las penas correspondientes a estos delitos aumentado en un grado (...).

El cohecho o soborno cuando sea para ejercer acto de justicia, se castigará con la multa establecida en este artículo y con suspensión de dos meses a un año”.

Como se puede apreciar, el legislador de 1863 lo tipificó como una figura agravada, cuando se trata de empleados públicos y en el segundo párrafo referidos al magistrado, aun cuando de manera expresa no lo señala, pero ello se desprende de la expresión “el cohecho o soborno cuando sea para ejercer justicia” constituyendo el sujeto activo en el tipo el juez o el magistrado.

La figura fue considerada por el legislador de 1863 como cohecho pasivo y el cohecho activo genuino fue considerado en el artículo 176 del mismo cuerpo legal.

(288) En efecto, la penúltima reforma al artículo en comentario efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643 del 26 de junio de 1996 con el siguiente texto: “La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesto en conocimiento del colegio respectivo en donde se encuentre inscrito el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad”. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1243, que modifica el artículo 38 del Código Penal, incorporando un párrafo en virtud del cual se incrementa la pena de inhabilitación de 5 a 20 años cuando se trate de la comisión de alguno de los siguientes delitos de corrupción: concusión, cobro indebido, colusión, peculado, peculado de uso, malversación de fondos, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El artículo 351 del Código Penal derogado de 1924 que sirvió como fuente al artículo 395 del vigente Código Penal; primigeniamente fue considerada como una forma especial de cohecho pasivo considerando al legislador como sujeto activo solo al magistrado. Asimismo, el tipo utilizaba los verbos rectores “admitir” o “aceptar” genuinos del cohecho pasivo.

De manera que la redacción de la figura típica tenía otra configuración y respondía al criterio científico predominante que distinguía de manera expresa y clara tanto al cohecho activo como al pasivo; peculiar el primero al particular y el segundo al magistrado.

“La oferta constituye la corrupción activa, es la obra del que da o promete. La aceptación constituye la corrupción pasiva, es la obra del que recibe lo que no le es debido o acepta la promesa”⁽²⁸⁹⁾.

Artículo 351.- (Código Penal 1924, Cohecho pasivo de juez)

“El juez que admitiera regalos o promesa o cualquier otra ventaja a sabiendas de que se le hacen con el fin de influir en la resolución o en el fallo de un asunto que esté sometido, será reprimido con prisión no mayor de seis años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación no mayor de diez años.

Si el juez aceptare el donativo, la promesas o la ventaja para producir sentencia en sentido determinado en un asunto criminal será reprimido con penitenciaría no mayor de doce años, multa de la renta correspondiente a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua”.

Esta norma fue modificada por el Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981 que “consideró, la urgencia de armonizar las disposiciones de la Sección Décimo Cuarta con las nuevas de la Constitución del Estado, e imponer una aclaración de sus alcances, en particular con relación a quienes pueden ser sujetos activos de las acciones delictivas”⁽²⁹⁰⁾.

El legislador al modificar el tipo primigenio hizo extensiva la condición del sujeto activo del juez a los miembros del Tribunal Administrativo (Aduanas, Consejo de Minería, etc.). Asimismo, hizo extensiva la cualificación del sujeto activo al testigo, perito, traductor o intérprete, estableciéndose penas más benignas para estos últimos.

(289) CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob. cit., p. 133.

(290) BRAMONT ARIAS, Luis. *Temas de Derecho Penal*. Tomo IV. SP Editores, Lima, 1990, p. 59.

Decreto Legislativo N° 121

Artículo 351.- “El juez o miembro de Tribunal Administrativo o árbitro que solicitare o aceptare un donativo o una promesas cualquiera lo cualquier otra ventaja, a sabiendas de que se le hacen con el fin de influir en la resolución o en el fallo de un asunto que le esté sometido, será reprimido con prisión no mayor de seis años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación absoluta no mayor de diez años.

Si el juez aceptara el donativo, la promesa o la ventaja para producir sentencia en sentido determinado en un asunto criminal, será reprimido con penitenciaría no mayor de doce años, multa de la renta correspondiente a noventa días en inhabilitación absoluta perpetua.

El testigo, perito, traductor o intérprete que solicitare o aceptare un donativo, una promesa o cualquier otra ventaja, para en un procedimiento de justicia, hacer una deposición, emitir un dictamen, realizar una traducción o una interpretación falsas, será reprimido con prisión mayor de cuatro años, multa de la renta treinta a sesenta días e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 por no más de cinco años”

Pero la modificación más importante que hizo el legislador peruano fue al introducir en el tipo el verbo rector “solicitar” junto al genuinamente pasivo de “aceptar”, que conforme a la doctrina predominante y a la legislación comparada es impropia en esta figura delictiva.

Es a partir de junio de 1981 que el legislador introduce o utiliza el vocablo “solicitar” en el cohecho activo y el pasivo, y de aquí modificando superficial o artificialmente la naturaleza jurídica del cohecho (ver nuestro comentario y crítica de la parte introductoria del artículo 393 del Código Penal).

Puede observarse la clara influencia de la legislación española en la introducción del verbo rector “solicitar”.

El legislador del Código Penal de 1991 primigeniamente utilizó en la configuración del tipo descrito en el artículo 395 los verbos rectores “aceptar” y “solicitar” equiparándolas y cambiando la naturaleza jurídica del tipo, para luego con la última reforma al artículo acotado incorporar el verbo “recibir”.

La redacción primigenia del artículo en comentario también fue modificado por el artículo I del Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992; incrementándose considerablemente la pena y se adiciona al tipo un párrafo imperativo de poner en conocimiento del Colegio de Abogados donde se encuentre inscrito el agente (juez, fiscal, etc.) a los efectos de que dentro de los cinco días se proceda a suspender la colegiatura respectiva, bajo responsabilidad penal de la Junta Directiva.

El mandato imperativo solo estaba referido al magistrado, fiscal, etc., pero no al perito que bien puede ser un contador, médico, obstetra, etc., dependiendo de su especialidad, pero que para ejercer su profesión requieren colegiarse. Esta omisión fue corregida por la tercera disposición transitoria del Decreto Legislativo N° 26572 del 5 de enero de 1996, Ley General de Arbitraje) pero estas draconianas disposiciones han sido derogadas mediante la Ley N° 28355.

De manera que el perito que acepta, recibe o solicita un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que se le hacen con el fin de influir en su dictamen de un asunto que le está sometido a su conocimiento también será reprimido con la pena prescrita en el artículo 395 del Código Penal con las inhabilitaciones descritas en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Hasta antes de la última reforma del artículo 395 del Código Penal operaba en este caso el mandato imperativo de poner en conocimiento de sus respectivos colegios profesionales para la suspensión de su colegiatura.

Convenimos que los peritos solo son llamados al proceso para aportar un conocimiento especial que el juez o fiscal, etc., le falta o puede faltarle, pero que resulta necesario para la percepción y apreciación de hechos que no puedan captarse, sin tal saber especial y con los que no entra en contacto el perito sino en virtud del llamado judicial que de él se hace recabando su respectiva participación en el proceso, que en algunos casos resulta determinante para resolver en uno u otro sentido por el magistrado. No compartimos su asimilación a la condición especial del magistrado u otro porque no tienen funciones jurisdiccionales y no son funcionarios propiamente dichos.

En todo caso, consideramos que debe crearse una figura propia, ubicada dentro de los delitos contra la administración de justicia.

II. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DEL TIPO PENAL

Este injusto penal es un delito de acción dolosa finalista de función pública, cualificado de manera especial por el sujeto activo que solo puede ser el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores. Que bien pueden ser los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, Indecopi (Sala de Competencia Desleal, etc.), entre otros.

El hecho punible descrito en el artículo 395 del Código Penal contiene dos supuestos de acción finalista con un componente u elemento subjetivo claramente definido del dolo (“a sabiendas”) contenida en la frase “con el fin de influir o decidir en asuntos sometidos a su conocimiento o competencia”. De manera que la acción finalista es evidente.

El tipo contiene tres verbos rectores expresados en los vocablos “aceptar”, “recibir” (primer supuesto) y “solicitar” (segundo supuesto); en este último supuesto, el agente puede solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Solicitud que el agente hace bajo cualquier modalidad. No obstante, lo señalado nada impide considerar a un tercero como beneficiario del donativo y, por tanto, cómplice del hecho punible descrito. El beneficio o ventaja, donativo o promesa puede ser para sí o para un tercero.

El concepto del vocablo “aceptar” implica admitir una promesa de recibir algo para el futuro; de manera que el significado de dicho vocablo no puede interpretarse de manera restrictiva porque también puede darse en el caso de la aceptación-recepción de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio lo cual se expresa en la acción rectora expresada en el vocablo “reciba” que utiliza el legislador en el primer párrafo del artículo 395 del Código Penal en la configuración del tipo básico contenido en el primer párrafo.

El vocablo “aceptar” debe entenderse referido tanto a la acción de una entrega inmediata como a la promesa de un cumplimiento a futuro; de manera que el agente actúa decidiendo formalmente a favor del agente que corrompe en un asunto sometido a su conocimiento o competencia afectando de esa manera el bien jurídico tutelado (la imparcialidad en las decisiones a tomar por el agente).

En cambio, el vocablo “recibir” implica una aceptación –recepción (no existe recibimiento sin aceptación)– lo cual implica la acción material de mantener tenencia material del donativo (cosa mueble, inmueble, título valor, etc.). El concepto del vocablo debe entenderse en el sentido más amplio que bien puede abarcar, incluso, la utilización temporal del bien mueble o inmueble, etc.

Ahora bien, la expresión “cualquier otra ventaja o beneficio” denota la amplitud como ha considerado el legislador la interpretación del tipo para la protección del bien jurídico tutelado. Dicha frase resulta bastante amplia y cumple un rol subsidiario o complementaria; pues opera o incorpora todo aquello que no está incluido dentro de los conceptos de donativo; por ejemplo: un ascenso, favores sexuales, descuentos en pasajes, becas, etc.; de manera que el agente logra un beneficio o ventaja valiéndose de su cargo especial y de la función pública que compromete.

Esta ventaja o beneficio puede tener una connotación material o no; también puede ser susceptible de cuantificación económica o de mera satisfacción moral. Lo que interesa para la configuración del tipo es la obtención por parte del agente de un beneficio o ventaja cualquier y bajo cualquier modalidad negociando la función pública.

III. LOS FUNDAMENTOS EN LA PENALIZACIÓN DEL TIPO PENAL

En un Estado de derecho, un factor fundamental para la convivencia pacífica es el factor confianza, es decir, la confianza del ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública. Esta se vería lesionada cada vez que las decisiones del magistrado, fiscal, miembro del Tribunal Administrativo (Aduanas, Indecopi, Consejo Nacional de Minería, los miembros del Tribunal de Licitaciones, etc.) aparezcan como productos de motivaciones ajenas al cumplimiento y aplicación estricta de la ley y especialmente cuando existe el peligro de que puedan ser “comprados” por los particulares o “vendidos” por los funcionarios de condición especial.

Todas estas autoridades mencionadas, de alguna manera, tienen funciones jurisdiccionales y autonomía en sus decisiones que a la Constitución y las Leyes de la República así lo consagran.

Esta independencia o autonomía como una garantía esencial a la rectitud e imparcialidad en sus decisiones se vería seriamente perjudicada por el acto corruptor.

La preeminencia del cargo y la ubicación privilegiada dentro de la estructura jurídica del Estado hace de sus funciones una tarea muy delicada y al mismo tiempo de suma responsabilidad porque estos funcionarios especiales realizan actos funcionales que pueden disponer de la vida, las libertades, los derechos, el patrimonio de los ciudadanos, entre otros bienes jurídicos fundamentales de toda persona humana.

De ahí que los actos impropios o corruptores de los agentes privilegiados socavan con mayor intensidad la legitimidad de las instituciones públicas; atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia (como reza en uno de los preámbulos de la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita por el Estado peruano el 29 de marzo de 1996).

Consideramos justificada la severidad de las penas, dada la situación preponderante, privilegiada y especialísima del magistrado, fiscal, etc., que con su acto corruptor atenta contra el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en la función pública que se ve desmoralizado por estas acciones dolosas.

Obviamente que cuanto más elevada sea la jerarquía del agente corruptor mayor será el grado de responsabilidad. Nada justifica que un juez o fiscal ponga precio a sus decisiones en el ejercicio de sus funciones ni fuera de ella.

Históricamente, estos delitos especiales, por lo general, fueron casi siempre severamente sancionados hasta con la pena de muerte. Tal es el caso de

la Ley de las XII Tablas que prescribía la pena de muerte del juez que hubiera tomado dinero para dar sentencia.

Lo que no compartimos es la misma severidad de las penas para los peritos, árbitros, traductores, etc.; ya que sus “funciones” no revisten la misma trascendencia que la de un magistrado de cualquier nivel jerárquico o de un fiscal u otro análogo.

No parece ser lo más razonable, proporcional y equitativo equiparar punitivamente al árbitro, perito, traductor, etc. a los efectos penales con las que correspondería a un juez, fiscal o cualquier miembro del Tribunal Administrativo; la responsabilidad y la trascendencia de las decisiones de los antes mencionados que son mayores que la de un simple perito, árbitro o traductores verdad, que en el caso del árbitro de alguna manera actúan como jueces de derecho; pero no pertenecen a la Administración Pública, pues son designados por las partes en litigio o futuro litigio de manera que resulta muy discutible sostener que con su acción dolosa afecten o pongan en peligro con la misma intensidad el bien jurídico tutelado por la norma penal en comentario.

Estas conductas cohechantes de aceptar, recibir o solicitar una donativo, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio por parte de peritos y árbitros son reprochables y debe ser reprimidas pero no con la misma severidad dispuesta por el legislador en el tipo.

Resulta más clamoroso el caso del perito o traductor que se constituyen como auxiliares de la justicia; en el primer caso solo emite opinión que ilustra al juez o fiscal que urge de un conocimiento técnico y altamente especializado, y en el segundo su accionar solo se limita a traducir de manera oficial en un asunto determinado.

Si para otros auxiliares de justicia como lo constituyen el secretario judicial, el relator, el especialista, etc. tiene una configuración en un tipo distinto (propio) con pena más benigna, es decir, no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad (artículo 396 del Código Penal), no entendemos las razones del legislador para equiparar la cualificación del sujeto activo a estos últimos.

IV. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DOLOSA DESCRITA

El tipo se caracteriza por la cualificación especial del sujeto activo que solo puede ser el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a las anteriores.

En la tipificación del hecho ilícito, el legislador utiliza los verbos rectores “aceptar”, “recibir” y “solicitar” para denotar las conductas que configuran el tipo.

Es un delito de acción dolosa que consiste en que el agente (juez, fiscal, etc.) acepta, recibe o solicita un donativo, promesa u otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.

La frase “a sabiendas” de que utiliza el legislador en el tipo para referirse al dolo es innecesaria en la configuración del hecho punible por ser esta figura de acción dolosa y no admitir la acción culposa. Es verdad que el tipo exige del agente que al aceptar, recibir o solicitar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace a sabiendas de que esta se debe influir o decir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia; de manera que el agente tendría que de alguna manera favorecerlo, bien sea fallando a favor de cualquier otra manera favorecerlo.

Es obvio que están referidas a algo que evidentemente favorezca al particular corruptor, tanto como cuando el juez o fiscal “solicitante” es consciente que con su acción pone precio a su función.

Pero si el agente corrupto para complacer al corruptor emite una resolución o falla manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley o citare resoluciones o hechos falsos amparándose en leyes supuestos o derogados, entraría en relación concursal con el hecho punible de “prevaricato”.

El juicio valorativo de reproche de la conducta del juez, fiscal, etc. están referidas a que con su acción pone a precio a su función y la del particular que con su acción convierten a la función en objeto de tráfico exclusivo en beneficio propio o de terceros.

Con estas conductas, ambos agentes promueven el desorden, la inmoralidad en la gestión de los asuntos públicos, acarreando un serio perjuicio a la Administración y a la ciudadanía en la confianza de la función pública.

V. LAS CONDUCTAS ASUMIDAS POR LOS AGENTES COMPRENDIDOS EN EL TIPO PENAL

El hecho ilícito es de acción dolosa y para la configuración del tipo penal admiten las siguientes conductas:

- El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores bajo cualquier modalidad acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

a sabiendas de que es hecha con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.

- El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicita, 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.

Consideramos que, en ambos supuestos, la acción dolosa puede ser orientada directamente por el agente o por medio de un tercero que puede ser un particular u otro funcionario o servidor público, siendo ambos concurrentes al acto corruptor.

Esta solicitud, aceptación o recibimiento pueden estar orientadas a beneficiarse, indebidamente; asimismo a favorecer a un tercero sea una persona natural o jurídica.

Ello se desprendería de la forma como se ha configurado el hecho punible en comentario; recurriendo el legislador a la utilización de verbos rectores y términos o conceptos en el sentido más amplio de la expresión.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En términos genéricos, el bien jurídico tutelado es el normal, probo y correcto ejercicio y desarrollo de la Administración Pública; y el bien jurídico específico es el principio de imparcialidad con que deben desenvolverse los magistrados, fiscales, etc. en el ejercicio de sus funciones públicas.

VII. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo en el tipo es el juez, fiscal, perito, árbitro o miembro de Tribunal Administrativo (Aduanas, Consejo de Nacional de Minería, Tribunal fiscal, Indecopi, etc.), miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Tribunal Constitucional, entre otros.

VIII. EL SUJETO PASIVO

En la dogmática penal se entiende que el sujeto pasivo es, en rigor, el titular del bien jurídico tutelado en sentido propio en cuanto portador del bien o valor estimado merecedor de la protección penal.

Lógicamente que esta se efectúa a través de mecanismos de realización práctica de las facultades del *ius puniendi* y el *ius poenale* que se confieren de modo exclusivo al Estado en el núcleo de una sociedad estatalmente organizada.

En el marco delictivo del cohecho puede entenderse, en general, que el Estado constituye solo sujeto pasivo indirecto o mediato.

Por cuanto el titular del bien jurídico se halla representado por la Administración Pública en sentido lato, en el aspecto de la organización jurídica que a la misma corresponde en relación con el ejercicio de la diversidad de cometidos funcionariales que le son propios.

IX. LA PENA APLICABLE

La pena prevista en el artículo 395 del Código Penal es de privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con multa de 180 a 365 días-multa para el tipo básico. Asimismo, la norma penal contempla para el tipo agravado una pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y con 365 a 700 días-multa. Asimismo, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1243, se incorporó la inhabilitación al establecer en el artículo 426:

Artículo 426.- Inhabilitación

“Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38”.

Capítulo IX

Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

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 artículo 36 del Código Penal”.

Artículo vigente incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado en el diario oficial El Peruano el 7/01/2017.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Decreto Legislativo N° 1351 modificó el Código Penal, incorporando una serie de artículos que sancionan los donativos o “coimas” entregados

a los efectivos policiales y, dentro de ellas, desde luego, los supuestos prohibidos contemplados en el artículo 395-A (cohecho pasivo propio en función policial).

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado destinada a garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Asimismo, presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Del mismo modo, garantiza el cumplimiento de las leyes, y la seguridad del patrimonio público y privado; previene, investiga y combate a la delincuencia; vigila y controla las fronteras. Es decir, están constitucionalmente para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. De igual modo, de acuerdo a sus leyes tiene otras funciones como la de tránsito, turismo, etc., siendo muy amplias sus facultades y atribuciones.

No obstante, estas finalidades que deben cumplir a menudo los integrantes de la Policía Nacional se ven involucrados a diario en delitos contra la Administración Pública. Los delitos que se ven involucrados en estas situaciones cotidianas, pero relevantes son los delitos de cohecho que pueden ser el delito de cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio y el delito de cohecho activo genérico. Los niveles de corrupción, en esta institución policial, hicieron que el legislador, a través del Decreto Legislativo N° 1351, reintroduzca este tipo penal especial.

El delito cohecho pasivo propio en función policial está tipificado como tal en el artículo 395-A del Código Penal. Contiene un supuesto básico prohibido y dos supuestos que agravan el hecho. El sujeto activo es el policía nacional que acepta, recibe o 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 este caso, la ventaja o beneficio que recibe o solicita policía es con el objetivo de no cumplir con las funciones competentes a su cargo, repercutiendo ello en un beneficio ilícito tanto para el funcionario público como para el otro sujeto participante.

En términos generales, es un tipo penal bastante complejo, que admite varios supuestos de carácter bilateral y unilateral. Asimismo, se trata de un delito de resultado y de mera actividad al mismo tiempo, pero en ambos casos requiere en la configuración del tipo el dolo directo. Por ejemplo, en el tipo básico, de acuerdo con los verbos rectores “acceptar” o “recibir” implica la necesaria participación de un tercero que puede ser un particular o un funcionario o servidor público. En el segundo supuesto contemplado en la norma penal, el legislador ha empleado el verbo rector “solicitar”, lo que es indicativo de un delito unilateral y de mera actividad, esto es, se configura

en el momento en que el policía solicita, directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el propósito de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de su función o a consecuencia de haber faltado a ellas. Implica una acción unilateral dolosa que se configura en el momento de la solicitud. Lo propio puede señalar en relación con el último párrafo de la norma penal en referencia cuando se tiene como verbo rector indicativo de la acción material del agente expresado en el vocablo: condicionar su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio.

No parece lo más recomendable crear tipos penales relativos a profesiones o instituciones específicas. Con ese criterio, entonces, es posible tipificar como delito de cohecho propio o impropio en funciones médicas, de docencia, de defensa técnica, de congresistas, etc., lo cual es un despropósito. Un policía es un funcionario público y como tal cualquiera de los supuestos antes indicados se subsume en el cohecho de funcionario o servidor público genérico.

¿Cuál es el criterio de diferenciación para la cualificación del tipo de cohecho pasivo propio en función policial? Difícil determinarlo, pero suponemos que fue por la condición especialísima del agente (efectivo policial). Aunque, sin duda, fueron razones de política criminal que pesaron para tipificar como un delito especial propio de agentes del orden interno. Queda claro que ninguna aceptación o exigencia indebidas por simple que esta sea, abusando del cargo deja de ser compulsiva tratándose de un policía. Es muy difícil que un particular se resista a una exigencia de un policía, quien con el poder intimidante y la indebida utilización de la preeminencia que extraña su investidura de agente del orden público. En términos generales, todo ejercicio de poder arbitrario por parte de la policía nacional es un acto de fuerza; de manera que una solicitud no debida no deja de ser menos violenta o compulsiva que el “condicionamiento” más simple; sea implícita o explícita. En todo caso, el policía que acepta o recibe donativos, 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 constituye un acto reprochable bajo cualquier punto de vista. Del mismo modo que solicitar o condicionar sus actos funcionales 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.

Así, el cohecho pasivo era propio del funcionario o servidor público, y el cohecho activo del particular. Otro criterio diferenciador lo constituye quienes dan comienzo a la realización de la conducta de la corrupción así

como quienes se dejan corromper según la modalidad típica de la acción, atendiendo, evidentemente, para esta consideración solo al acto ejecutado por el sujeto activo del tipo. Es activo quien inicia dando u ofreciendo; y pasivo quien acepta. Algunos autores aluden a las modalidades típicas del cohecho impropio y propio según que el acto realizado por el funcionario o servidor público sea justo (conforme a los deberes del cargo) o injusto (contrario a tales obligaciones)⁽²⁹¹⁾. Otros hablan de la preferencia de la denominación de tipos de cohecho grave y menos grave, respectivamente, al entender que el empleo de la terminología de propio e impropio pudiera inducir a confusión, en cuanto que una de estas categorías típicas expresara la idea de un verdadero cohecho y la otra no; aducen que si se le da el nombre de grave y menos grave, se expresa con exactitud el alcance cuantitativo de la acción dolosa en ambos supuestos.

II. LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL SUPUESTO BÁSICO (PRIMER PÁRRAFO)

La acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “aceptar” o “recibir”, de manera que basta la simple aceptación o el hecho de recibir donativo 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 para que se configure el hecho ilícito descrito en el tipo. Se trata de un delito de mera actividad que se configura en el momento que acepta o recibe para sí o para otro. No requiere de resultado alguno. Se trata de un delito de mera actividad que se configura en el momento que acepta o recibe para sí o para otro. No requiere de resultado alguno. Por ejemplo, es el caso del Policía Nacional que recibe un monto determinado de dinero por parte de un denunciado para no comunicar un hecho ilícito al Ministerio Público o para favorecerlo.

El cohecho pasivo propio en función policial para su configuración requiere la condición especial de un sujeto activo especial (Policía Nacional) que actúa con dolo directo. No por ello deja de ser un delito de acción u omisión dolosa de función pública cuya connotación básica, en algunos casos, radica en la codeinfluencia o coparticipación necesaria. Por ejemplo, el policía que acepta una promesa de un tercero a cambio de favorecerlo en una investigación, sea por acción o por omisión. Así, se desprende de los verbos rectores “aceptar” o “recibir”. Tanto en la acción dolosa bilateral, la consecuencia del accionar está condicionada en expresiones concretas de realización u omisión

(291) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit.

de un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, según sea el caso específico.

El delito de cohecho pasivo propio en función policial constituye un hecho corrupto porque representa una serie de conductas que, en términos reales, implica “compraventa de la función policial”. En tal sentido, la ventaja o beneficio que recibe o acepta el miembro de la Policía Nacional es con el objetivo de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, repercutiendo ello en un beneficio ilícito tanto para el policía como para el otro sujeto participante.

III. LOS VERBOS RECTORES CONFIGURADOS EN EL TIPO BÁSICO

El legislador ha utilizado dos verbos rectores en la configuración del tipo penal: “aceptar” y “recibir” para indicar la acción material unilateral del agente.

- **Aceptar.** Es admitir voluntariamente lo que se le ofrece. La aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio en la función policial. La iniciativa parte del particular que ofrece o da un donativo, promesa o cualquier ventaja y el miembro de la Policía Nacional acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. En estos casos, se da un “*pactum sceleris*” o convenio corruptor necesario.
- **Recibir.** Este término admite varios usos en nuestro idioma. Cuando alguien toma o acepta aquello que le envían o le han dado, se expresa en términos de “*recibir*”, “*obtener*”, etc.

En estas condiciones, si el policía acepta o recibe lo que se le da o se le ofrece, incurre en el delito tipificado en el artículo 395-A del Código Penal. En esa condición responde por el delito de cohecho pasivo propio en función policial y el particular como cómplice. Ambos agentes (*extraneus* e *intraneus*) serán sancionados con la pena prescrita en el artículo acotado.

El artículo 395-A del Código Penal prevé como forma específica del cohecho el supuesto en que el donativo, promesa o cualquier otra ventaja sea aceptada o recibida como contrapartida de una realización u omisión de un acto propio de su cargo (cualquiera que esta sea) en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Como puede apreciarse se ha equiparado la omisión y la acción a los fines de la penalidad.

Consideramos que esta equiparación se contradice con el principio de equidad, es posible cavilar que las omisiones tienen un menor contenido de injusto penal que las acciones dolosas; en todo no es explicable que resulte más grave infringir un deber por omisión que por acción.

El presupuesto requerido en el artículo 398-A del Código Penal constituye una infracción del deber correspondiente al policía y este puede tener lugar tanto por acción como por omisión, según se trate de una norma penal que contempla supuestos prohibidos o de supuestos exigidos. Las reformas más recientes han seguido este criterio.

IV. LA CARACTERIZACIÓN DEL MEDIO EMPLEADO

El texto del artículo 395-A del Código Penal vigente es muy amplio en la caracterización del medio por el cual se logra la corrupción; el artículo acotado hace referencia expresa de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. No es restrictiva y admite una interpretación analógica.

El cohecho pasivo propio en función policial descrito en el artículo 398-A (primer párrafo) del Código Penal contempla dos supuestos:

- Cuando la aceptación o el recibir está dirigida a “realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”.
- Cuando la aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio se produce como consecuencia de haber faltado a sus deberes.

En ambos casos se trata de supuestos prohibidos, que bien pueden cometerse por acción u omisión. El policía acepta o recibe para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, cuando el policía acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. Es decir, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones para después aceptar a consecuencia de haber faltado a ellas. Es lo que en doctrina se conoce como “cohecho subsiguiente”.

V. EL SUPUESTO AGRAVADO (SEGUNDO PÁRRAFO)

El segundo párrafo del artículo 395-A del Código Penal constituye un supuesto prohibido solo puede ser cometido por un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones policiales. Tiene una expresión material en el vocablo “solicitar”. Si, en el primer párrafo del artículo acotado, la acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “recibir” y “aceptar”; en cambio, en el segundo párrafo, la acción u omisión dolosa está expresado en el vocablo antes señalado que expresa la acción u omisión material del agente policial. Es un supuesto prohibido que requiere del agente dolo directo.

El policía solicita, directa o indirectamente, donativos, 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. Por ejemplo, el policía de tránsito que solicita una coima al conductor de un vehículo para no aplicarle una papeleta (multa). La solicitud en este caso es directa. También puede constituir el caso de un policía que está investigando un caso determinado y solicita a través de un tercero (particular u otro policía) una determinada suma de dinero para favorecerlo en su investigación.

Es un delito de mera actividad que se configura en el momento que el miembro de la Policía Nacional solicita, directa o indirectamente, donativos, 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. No requiere de resultado alguno.

El verbo rector “solicitar” expresa la acción material de realización u omisión. Este verbo es sinónimo de “requerir”, “pedir”, “procurar”, manifestar que se quiere o se desea alguna cosa con diligencia. No necesariamente se requiere que la petición se lleve a efecto de manera expresa, puede concretarse de manera disimulada o sibilina. Esta conducta “típica de función policial” expresa en la simple solicitud configura la hipótesis de un delito formal o de mera actividad en que no se precisa la producción de resultado material alguno.

El sujeto activo (miembro de la Policía Nacional) toma la iniciativa de solicitar al particular un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Entiéndase a las modalidades posibles de realización típicas tanto de las acciones como de las omisiones.

Aparentemente, el legislador ha querido llenarse un vacío en la norma penal estableciendo una conducta o supuesto independiente como una modalidad de cohecho pasivo propio en función policial de acción u omisión dolosa de manera unilateral. La solicitud puede realizarla el agente directa o indirectamente lo que implica la intervención de un particular. Lo complicado viene a resultar si ese tercero puede o no ser otro funcionario o servidor público que solicita a nombre del autor mediato. Desde luego que el autor mediato es el que va a realizar (acción) u omitir (omisión) un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

Este supuesto es de acción dolosa unilateral de manera que basta la simple solicitud para que se configure el hecho punible en el tipo. Lo fundamental en el tipo no radica en la codelincuencia o coparticipación necesaria sino en la unilateralidad dolosa del agente. Es la “venta” de la función policial por

parte del agente (miembro de la Policía Nacional), de manera directa o indirecta que no requiere de la participación necesaria del particular.

El cohecho pasivo propio en función policial descrito en el artículo 395-A (segundo párrafo) del Código Penal, presenta dos supuestos:

- Cuando la solicitud a “realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”.
- Cuando la solicitud del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio se produce como consecuencia de haber faltado a sus deberes.

En ambos casos, el policía solicita, directa o indirectamente, donativos, 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. Esta última se refiere cuando el policía nacional solicita el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio lo hace por un acto u omisión que ya ha realizado. Es decir, primero realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones para después solicitar a consecuencia de haber faltado a ellas. Es lo que en doctrina se conoce como cohecho activo subsiguiente.

Esta modalidad delictiva agravada responde, en términos generales, a una orientación seguida o concordante con el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción introdujo en la configuración del tipo la expresión “el funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente”. La solicitud puede ser expresa o implícita al cual un particular difícilmente puede negarse, dada la investidura de autoridad propia a la función policial y al temor que esta genera. Es evidente que el tercero interviniente lo hace a título de cómplice primario o cómplice secundario.

Ahora bien a la solicitud realizada indirectamente puede comprender de muchas maneras, sea mediante insinuaciones o actitudes que indiquen dicha solicitud. La norma penal no lo señala de manera expresa pero ello se desprende la expresión “directa o indirectamente” que indica esta forma de cohechar valiéndose del poder del cual está investido un policía.

La estructura típica de la norma penal es tan amplia que permite incluso considerar como cohecho pasivo propio en función policial la conducta del agente que solicita una suma de dinero a una persona requisitoria guardando las formalidades de ley, a cambio de no llevarlo detenido y ponerlo a disposición del juez de la causa que lo requiere.

En suma, 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 o a consecuencia de haber faltado a ellas, comete el delito de cohecho pasivo propio en función

policial, resultando reprochable aun si lo solicita para beneficio de un tercero. Resulta irrelevante para la configuración del tipo el provecho propio o a favor de un tercero, tampoco interesa el valor o la cantidad de lo solicitado. Basta la simple solicitud en las condiciones antes descrita. Se exige el dolo directo por parte del agente. Este supuesto siendo de mera actividad no admite la tentativa; pero sí la instigación, la coautoría y la complicidad.

VI. LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL TERCER PÁRRAFO QUE AGRAVAN EL HECHO DELICTIVO

El hecho punible constituye un delito de mera actividad y de peligro, se configura en el momento en que el agente (miembro de la policía nacional) **condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio derivada de sus funciones policiales a la entrega o promesa de donativo o ventaja**. Lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del policía o dicho de otra manera el propósito perseguido por el sujeto activo, que se traduce en lograr obtener donativo o ventaja de cualquier tipo a favor suyo o de terceros. Este tercero puede ser una persona natural o jurídica. Por ejemplo, el policía nacional que condiciona su función policial de investigar a cambio de un favor sexual.

Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por los miembros de la policía nacional. Dada la naturaleza jurídica del injusto el tipo exige en el agente el dolo directo. Lo que implica sostener que el agente además de conocer los elementos objetivos del tipo dirige su acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener promesa o ventaja de cualquier tipo.

El verbo rector en el tipo se encuentra expresado en el vocablo “condicionar”, que equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácticas o expresamente en la ley o el reglamento y que regulan sus funciones o atribuciones policial. Su conducta funcional es normativa y como tal no puede condicionarse su ejercicio a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

El hecho se consuma en el momento que el agente (policía nacional) condiciona su conducta funcional derivada de sus funciones policiales a la entrega o promesa de donativo o ventaja; de manera que en la configuración del tipo no se requiere que necesariamente el agente haya obtenido aquellas ventajas específicamente señaladas por la norma penal. Basta el solo condicionamiento sea aceptado o no por los beneficiarios. En estas condiciones, es muy difícil admitir la posibilidad de la tentativa.

La expresión “a la entrega o promesa de donativo o ventaja” debe entenderse en el sentido más amplio de la expresión que comprende bienes;

todas las cosas corporales o no y que pueden constituir objeto de una relación jurídico, de un derecho, de una obligación, o de una y otra a la vez. Estas pueden ser bienes muebles o inmuebles, alimentos, materiales de construcción, semillas, etc. En este caso, no importa el importe o el valor de las mismas (de poco valor, superior o extremadamente superior) lo cual resulta irrelevante en la configuración del tipo; lo relevante es la condicionalidad de su conducta funcional policial tasada por ley expresa con el objeto de obtener ventajas o donativos indebidos.

VII. LOS CONCEPTOS USUALES PARA LOS EFECTOS PENALES

- **Donativo.** En términos generales, donativo es equivalente a decir dádiva o presente lo que expresa un mismo contenido semántico: obsequio o regalo como medio para conseguir algo de manera indebida. El agente (policía nacional condicional) su conducta funcional derivada de sus funciones policiales.

El donativo está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple condicionamiento de un miembro de la Policía Nacional. El donativo puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores o cualquier otra cosa de contenido económico, etc.

- **Ventaja o beneficio.** Esta expresión es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto está referida a todas las contraprestaciones u ofrecimientos, se trate o no de cosas, no siendo necesario que estas tengan la connotación de ventajas patrimoniales sino de otras de naturaleza inmaterial. Por ejemplo, el favor sexual, el verse favorecido por un premio honorífico, verse favorecido en un concurso de ascenso, etc.
- **Promesa.** Es el ofrecimiento hecho a un miembro de la policía nacional que el particular se ve obligado por condicionamiento de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido.

VIII. EL SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo el miembro de la Policía Nacional.

IX. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

X. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función policial.

XI. LA PENA APLICABLE

Para el tipo básico, la norma penal sanciona al miembro de la Policía Nacional 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. Tratándose del supuesto agravado (segundo párrafo), el agente 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 y tratándose del supuesto contemplado en el tercer párrafo de la norma penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36⁽²⁹²⁾ del Código Penal.

(292) Código Penal peruano de 1991

Artículo 36.- Inhabilitación

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

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

Capítulo X

Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

Artículo 395-B.- “El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36”.

Artículo vigente incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado en el diario oficial El Peruano el 7/01/2017.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como lo tenemos señalado, fue a través del Decreto Legislativo N° 1351 se modificó el Código Penal, incorporando esta figura penal (cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial) en el artículo 395-B que reprime la conducta del miembro de la policía nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. Asimismo, cuando 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. Es decir, la venta de la función policial sin faltar a su obligación como consecuencia del acto ya realizado u omitido.

El cohecho pasivo impropio en función policial constituye un delito paradigmático en la lucha penal contra la corrupción en la función policial. Es decir, la corrupción que tiene lugar en el seno de la institución policial en relación con la ciudadanía. Es el delito de corrupción por excelencia en el ámbito policial, aprovechándose como abuso del poder policial para obtener un beneficio privado.

La expresión de autoridad del cual goza la Policía Nacional no puede servir para vender la función policial para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido aun sin faltar a su obligación o, peor aún, solicitar, 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.

El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial se encuentra tipificado en el artículo 395-B del Código Penal. Contiene un supuesto básico prohibido y un supuesto que agrava el hecho cuando el agente (miembro de la Policía Nacional) 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.

El sujeto activo es un miembro de Policía Nacional. En el supuesto básico del tipo penal constituye un delito cuya configuración es híbrida. Se configura el tipo por la sola acción de aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación. Pero si esta aceptación o el hecho de recibir lo es como consecuencia del acto ya realizado u omitido, ya surge un serio problema de interpretación porque tendría que determinarse si es un delito de mera actividad o de simple resultado. Todo parece indicar que se acepta o se recibe por algo realizado. Por tanto, se vende o se paga la función policial por un resultado palpable.

Lo híbrido del primer párrafo del artículo 395-B se evidencia porque todo parece indicar que es un delito de resultado y de mera actividad al mismo tiempo. Claro, tratándose de estos dos supuestos prohibidos contenido en el tipo penal se requiere por parte del miembro de la Policía Nacional dolo directo. Distinto es el caso del segundo párrafo del artículo acotado que contiene un supuesto agravado cuando el agente 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. Este tipo penal agravado sí constituye un delito de mera actividad en el primer caso, pero se complica en el segundo.

En el segundo supuesto agravado, el legislador ha empleado el verbo rector “solicitar” lo que es indicativo de un delito unilateral y de mera actividad, es decir, se configura en el momento que el policía nacional solicita, directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra ventaja o beneficios indebidos para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. El agente lo comete por acción u omisión.

La cuestión se reduce en establecer criterios razonables para su interpretación y aplicación adecuada.

II. DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL SUPUESTO BÁSICO (PRIMER PÁRRAFO)

La acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “aceptar” o “recibir”; de manera que basta la simple la aceptación o el hecho de recibir donativo o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de la función policial sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. El agente (miembro de la Policía Nacional) realiza u omite un acto policial sin violar sus obligaciones o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. En términos generales, se trata de un delito de mera actividad que se configura en el momento que acepta o recibe para sí o para otro. No requiere de resultado alguno. Por ejemplo, el caso de un policía que recibe o acepta cualquier donativo, por un tercero por algo ya realizado u omitido sin faltar a sus obligaciones o por realizar u omitir.

El cohecho pasivo impropio en función policial requiere para su configuración el hecho de aceptar o recibir o solicitar en su caso y, desde luego, la condición especial de ser un miembro de la policía nacional que actúa con dolo directo. No hay duda que constituye un hecho corrupto porque representa una serie de conductas que, en términos reales, implica “aceptar o recibir algo como consecuencia de un cumplimiento de la función policial” realizado por acción u omisión o por realizar u omitir.

III. LOS VERBOS RECTORES EN EL SUPUESTO BÁSICO

El legislador ha utilizado dos verbos rectores en la configuración del tipo penal: “aceptar” y “recibir”, para indicar la acción material unilateral del agente.

- **Aceptar.** Es admitir voluntariamente lo que se le ofrece. Sea 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. La aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasivo impropio en el ejercicio de la función policial. La iniciativa parte del particular y, por tanto, se da un convenio corruptor necesario.

El presupuesto requerido en el artículo 398-B del Código Penal constituye una infracción del deber correspondiente al policía y este puede tener lugar tanto por acción como por omisión, según se trate de una norma penal que contempla supuestos prohibidos o de supuestos exigidos. Las reformas más recientes han seguido este criterio.

- **Recibir.** Este vocablo expresa la acción material del agente. El verbo “recibir” admite varios usos en nuestro idioma. Cuando alguien toma, acepta aquello que le envían o le han dado se expresa en términos de “recibir”, “obtener”, etc.

IV. LA CARACTERIZACIÓN DEL MEDIO EMPLEADO

El texto del artículo 395-B del Código Penal vigente es muy amplio en la caracterización del medio por el cual se logra la corrupción; el artículo acotado hace referencia expresa de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. No es restrictiva y admite una interpretación analógica.

El cohecho pasivo propio en función policial descrito en el artículo 398-B (primer párrafo) del Código Penal contempla dos supuestos:

- El miembro de la Policía Nacional 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.
- El miembro de la Policía Nacional acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia del acto ya realizado u omitido.

En ambos casos el agente actúa con dolo directo. Es lo que en doctrina se conoce como cohecho subsiguiente.

V. LOS SUPUESTOS AGRAVADOS (SEGUNDO PÁRRAFO)

El segundo párrafo del artículo 395-B del Código Penal constituye un supuesto prohibido que solo puede ser cometido por un miembro de la policía nacional en el ejercicio de sus funciones policiales. Tiene una expresión material en el vocablo “solicitar” que implica requerir a un tercero, 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. Por ejemplo, el miembro de la Policía Nacional encargada de una investigación policial que solicita a un particular investigado al cual no se le encontró evidencia alguna de su participación en un hecho ilícito como consecuencia una rigurosa investigación policial por encargo de la fiscalía. Es decir, realizó un acto de investigación sin faltar a su obligación y, sin embargo, solicita dinero.

Es un delito de mera actividad que se configura en el momento que el miembro de la Policía Nacional solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto sin faltar sus obligaciones. No requiere de resultado alguno.

El verbo rector “solicitar” expresa la acción material de realización u omisión. Este verbo es sinónimo de “requerir”, “pedir”, “procurar”, manifestar que se quiere o se desea alguna cosa con diligencia. No necesariamente se requiere que la petición se lleve a efecto de manera expresa, puede concretarse de manera disimulada o sibilina. Esta conducta “típica de función policial” expresa en la simple solicitud configura la hipótesis de un delito formal o de mera actividad en que no se precisa la producción de resultado material alguno.

El sujeto activo (miembro de la Policía Nacional) toma la iniciativa de solicitar al particular un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto sin faltar a sus obligaciones. Entiéndase estas modalidades posibles de realización típicas tanto de las acciones como de las omisiones en cumplimiento de sus funciones y, desde luego, sin faltar a ellas.

La solicitud puede realizarla el agente directamente o indirectamente, lo que implica la intervención de un particular. Lo complicado viene a resultar si ese tercero puede o no ser otro funcionario o servidor público que solicita a nombre del autor mediato. Desde luego que el autor mediato es el que va a realizar (acción) u omitir (omisión) un acto u omisión sin faltar a sus obligaciones o a consecuencia del acto ya realizado u omitido sin faltar a sus obligaciones.

Esta modalidad delictiva agravada responde, en términos generales, a una orientación seguida o concordante con el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción introdujo en la configuración del tipo la expresión: “El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente”. La solicitud puede ser expresa o implícita al cual un particular difícilmente puede negarse, dada la investidura de autoridad propia a la función policial y al temor que esta genera. Es evidente que el tercero interviniente lo hace a título de cómplice primario o cómplice secundario.

Ahora bien, la solicitud realizada indirectamente puede comprender muchas maneras, sea mediante insinuaciones o actitudes que indiquen dicha solicitud. La norma penal no lo señala de manera expresa, pero ello se desprende la expresión “directa o indirectamente” que indica esta forma de cohechar valiéndose del poder del cual está investido un policía.

En suma, el miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir sin faltar a sus obligaciones o a consecuencia del acto ya realizado u omitido sin faltar a sus obligaciones. Resulta irrelevante para la configuración del tipo el provecho propio o a favor de un tercero, tampoco interesa el valor o la cantidad de lo solicitado, basta la simple solicitud en las condiciones antes descritas. Se exige el dolo directo por parte del agente. Este supuesto siendo de mera actividad no admite la tentativa, pero sí la instigación, la coautoría y la complicidad.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función policial.

VII. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es cualquier miembro de la Policía Nacional, no importando el grado.

VIII. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito es el Estado peruano. En este caso, es conveniente advertir que no se debe confundir al “sujeto pasivo del delito” con el “sujeto pasivo de la acción”, pues el primero es el titular del bien jurídico afectado, mientras que el segundo es la persona sobre la que recae la acción del sujeto activo del delito.

IX. LA PENA APLICABLE

El agente (miembro de la Policía Nacional) tratando del tipo básico es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

En los supuestos agravados del segundo párrafo del artículo 398-B, el agente es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Capítulo XI

Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo por la cualificación del sujeto activo (secretario o auxiliar de justicia) es una figura nueva en nuestra legislación penal. No fue contemplada de manera específica o como figura propia en el viejo Código Penal de 1863, tampoco en el derogado del Código Penal de 1924.

El legislador peruano del Código Penal de 1991 lo introdujo como una figura especial atenuada a partir de las conductas cohechantes descritas en el artículo 395 del mismo cuerpo legal.

Suponemos que las razones o criterios que utilizó el legislador para su tipificación como una figura independiente, tanto por la cualificación del sujeto activo como por la aplicación de las penas, a las conductas cohechantes del secretario o auxiliar de justicia o quienes desempeñan algún cargo similar fue por razones de lógica jurídica y de equidad.

Lo que supone también reconocer de que estos agentes no tienen la misma preeminencia del cargo y la ubicación privilegiada en la estructura jurídica del Estado ni sus actos revisten la misma trascendencia que la de un magistrado (juez penal, civil, vocal, etc.), fiscal o miembro del Tribunal Administrativo,

por no ser dichas decisiones propias del ámbito jurisdiccional; son eso: auxiliares de justicia, de manera que de haberse asimilado punitivamente a estos agentes (secretarios, auxiliares o análogos).

Con los sujetos activos descritos en el artículo 395 del Código Penal de alguna manera hubiera resultado desproporcionado. Cualquier indiferenciación penológica en ese sentido resultaría injusta, como injusto es el haber asimilado al perito, árbitro, traductor e intérprete, etc.

No se puede sancionar con la misma pena a dos sujetos activos que por su razón de ser y por la importancia de su ubicación, prerrogativa y la investidura de la que gozan, tienen mayores responsabilidades.

Hizo bien el legislador al no extender las drásticas disposiciones establecidas en el artículo 395 del Código Penal a los agentes descritos en el artículo 396 del Código Penal.

El tipo, en la cualificación del sujeto activo, emplea los términos “secretario judicial” o “auxiliares de justicia” o desempeñan algún cargo similar, indistintamente. Consideramos que el concepto de “auxiliar de justicia” comprende todas las personas que actúan colaborando, a título de funcionario o no, en la Administración, tal es el caso del secretario de juzgado, secretario de una corte, relatores, técnicos, etc., todos ellos supeditados al magistrado. Guillermo Cabanellas definía a los “auxiliares de justicia” como “los que colaboran, sean o no funcionarios públicos, en la Administración de Justicia”⁽²⁹³⁾.

Por ejemplo, el secretario es el colaborador más directo del magistrado, tanto como los auxiliares (técnicos, asistentes, etc.) lo son al secretario.

El legislador consideró comprender como sujetos activos del tipo a todos los que, de alguna manera, “colaboran” con la administración de justicia, en el sentido más lato de la expresión. Entiéndase comprendidos, también, los secretarios, relatores, técnicos, asistentes del Jurado Nacional de Elecciones, del Tribunal de Garantías Constitucionales, secretario técnico de Indecopi, Aduanas, etc., aunque la ley no lo señala expresamente, pero ello se desprende del carácter de la expresión “o cualquier otro análogo a los anteriores” que emplea el tipo, interpretándose en función del artículo 395 del mismo cuerpo legal.

Asimismo, estando al principio de que a un mismo hecho le corresponde de una misma razón, y a una misma circunstancia, un mismo tratamiento.

(293) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 246.

II. LOS VERBOS RECTORES DEL TIPO PENAL

La acción básica o rectora del tipo penal “corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales” son los verbos “solicitar”, “recibir” y “aceptar” que denotan las mismas conductas reprochables del artículo 395 del Código Penal para consumir el hecho ilícito.

El hecho ilícito es de acción dolosa y en la configuración del tipo se admiten las siguientes conductas:

- El agente (secretario, relator, técnico, etc.) solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un particular, solicitud hecha con el deliberado propósito de lucrar u obtener algún beneficio indebido a cambio de influir de alguna manera con sus actos en un asunto pendiente que tiene en su conocimiento o competencia.

El agente (secretario, relator, etc.) toma la iniciativa en el acto corruptor; o mejor dicho, dicho de otra manera para la “autocorrupción” con el concurso solicitado del particular. De acceder este último se consolida el “acuerdo corruptor”, siendo ambos sancionados como sujetos activos del tipo con la misma pena.

Si el particular rechaza y no acepta la solicitud del agente, este incurre en el ilícito penal: cohecho, por acción dolosa unilateral, siendo reprimido con la pena establecida en el artículo 396.

- El agente (secretario, relator, técnico, etc.) acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida que da u ofrece el particular; en ese supuesto se consolida la acción dolosa como acción bilateral. Si el secretario o auxiliar de justicia rechaza y no acepta lo ofrecido por el particular, este último incurrirá en el ilícito penal descrito en el artículo 397 del Código Penal porque una cosa es “corromper” y otra es “tratar de corromper”.

Al respecto, la jurisprudencia establece que:

“La solicitud de una suma de dinero por un auxiliar de justicia, a fin de influir en la decisión a favor de una de las partes, constituye delito de corrupción de auxiliar de justicia, previsto en el artículo 393. En el citado delito no se requiere demostrar que el sujeto activo ha recibido el dinero solicitado, en tanto para la existencia del tipo penal solo se requiere que se haya solicitado dicho dinero. Procede que el juzgador varíe el tipo penal y dicte sentencia sobre la base de uno distinto al que ha sido materia de la acusación del Ministerio Público en virtud del principio de determinación alternativa, en tanto: a) el bien jurídico se homogéneo; b) se trate de los mismos hechos; y c) se garantice la defensa del inculpado; es decir, que el tipo penal sobre el que se sentencie no sea de mayor gravedad del que ha sido materia de la acusación fiscal. En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien

jurídico es el Estado, correspondiéndole a este la reparación civil y no a las personas que entregan los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados”. (Exp. N° 97-197-191601-JP-Loreto).

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal, probo y correcto ejercicio de la Administración Pública, y la confianza que debe tener el ciudadano en la función pública.

IV. EL SUJETO ACTIVO

Es el secretario, auxiliar de justicia o quien desempeñe algún cargo similar y el particular tratándose de una acción bilateral (acuerdo corruptor). En la acción unilateral (solicitud sin aceptación) es solo el secretario o auxiliar de justicia, etc.

Precisamos que estos tipos especiales tienen una connotación de acciones unilaterales y bilaterales al mismo tiempo.

V. EL SUJETO PASIVO

Es la Administración Pública como titular del bien jurídico tutelado y subsidiariamente en algunos casos el particular (cuando rechaza la solicitud indebida del agente).

VI. LA PENA APLICABLE

La norma penal sanciona con pena privativa 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. Asimismo, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1243 se incorporó al artículo 426 del Código Penal la inhabilitación al establecer:

Artículo 426.- Inhabilitación

“Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38”.

El Decreto Legislativo N° 1243, modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua

para los delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados.

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. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; etc”.

Capítulo XII

Cohecho activo genérico

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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

Este artículo primigeniamente tuvo como supuesto prohibido a la denominada “negociación incompatible con el cargo” cuya tipificación fue como se indica: “El funcionario o servidor público que indebidamente o en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”. El mismo que fue reubicado al artículo 399 del Código Penal e incorporándose a este artículo (397) los supuestos propios al delito de cohecho activo genérico.

El artículo 397 del Código Penal peruano tuvo varias reformas que van desde la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004, Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013 y, por último, el texto vigente conforme a la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1243, del 22 de octubre de 2016. Constructo legislativo que, desde luego, es bastante discutible.

Pues bien, el tipo descrito en el artículo 397 del Código Penal tiene como fuente inmediata al artículo 353⁽²⁹⁴⁾ del Código derogado de 1924 (reformado por el Decreto Legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981), y esta a su vez proviene del artículo 176 del viejo Código Penal peruano de 1863.

Es un tipo penal de dolo directo y de mera actividad. No admite la tentativa. La expresión “el que, bajo cualquier modalidad”, admite una interpretación analógica⁽²⁹⁵⁾. La analogía como integración normativa está zproscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139, inciso 9)⁽²⁹⁶⁾. Este principio se hace extensivo a la ley penal, también lo es a toda norma que restrinja derechos. Analogía e interpretación analógica no son sinónimos. Se recusa el primero y se hace uso del segundo. La legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación es compatible con el principio de legalidad. No es una cuestión paritaria o de sinonimia, la analogía y la interpretación analógica. La Constitución prohíbe y la Ley penal sigue esta misma línea, la analogía para calificar hechos como delito o falta, esto es, para definir un estado de peligrosidad o para determinar la pena o medida de seguridad. No hace lo propio con la interpretación analógica: procesos distintos. En tal sentido, el tipo admite una interpretación extensiva. De manera que el agente (particular) que 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 o realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a su obligación.

(294) Código Penal peruano de 1924

Artículo 353.- “El que tratase de corromper a un funcionario con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita un acto relativo a sus funciones, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de treinta a sesenta días.

Si el corruptor fuere funcionario público, será reprimido, además, con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por lo menos de tres años”.

(295) Está prohibida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, para definir un estado de peligrosidad o para determinar la pena o medida de seguridad. El principio de prohibición de la analogía como expresión material práctica pasa necesariamente por un proceso de interpretación. Entonces, ¿cómo diferenciar la aplicación analógica de la interpretación de la ley penal? La distinción entre la interpretación permitida y la analogía permitida no es una tarea sencilla. Del mismo modo resulta compleja determinar cuándo culmina una interpretación permitida y cuándo comienza la prohibición de analogía.

(296) Constitución Política del Estado

Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

Estamos ante un hecho punible de corrupción de naturaleza genérica caracterizado por el sujeto activo que tiene la connotación de ser indeterminado tanto como el destinatario de la acción sobornante. El legislador nacional ha penalizado la sola acción de intentar; bastando el solo hecho de ofrecer, dar o prometer. El tipo no exige resultado alguno para su configuración por ser un delito de mera actividad.

La acción dolosa del agente es finalista o, dicho de otra manera, intenta sobornar al funcionario o servidor público, de manera que el contenido esencial del tipo penaliza la intención corruptora del agente. Estamos ante un hecho punible de acción unilateral.

La acción dolosa del agente se orienta a lograr que el funcionario o servidor público realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones y en ese intento fracasa por la negativa del funcionario público. De manera que estamos ante un caso de tentativa de cohecho elevada a la categoría de hecho punible autónomo.

El legislador con la configuración del tipo busca reprimir por consideraciones de política criminal, la intención del agente por corromper al funcionario buscando de esa manera prevenir e impedir el acto corruptor del agente. En realidad, constituye una tentativa de cohecho con relevancia penal que bien puede ser reprimida con la pena prescrita por el artículo 16⁽²⁹⁷⁾ del Código Penal.

II. LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL TIPO PENAL

Como lo tenemos dicho, el tipo admite una interpretación analógica por la modalidad empleada al ofrecer, dar o prometer a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a su obligación. Es decir, el agente busca que el funcionario o servidor público realice u omita actos en violación de sus obligaciones o sin faltar a sus obligaciones.

Es un delito de acción u omisión dolosa cuyos verbos rectores que expresan la acción u omisión materia (“ofrecer”, “dar” o “prometer”) que expresan el contenido de la conducta dolosa del agente configurada como ilícito penal en el artículo 397 del Código Penal.

(297) Código Penal peruano de 1991

Artículo 16.- “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

El legislador ha configurado en la norma penal en comentario dos supuestos claramente definidos como sigue:

- El agente, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete al funcionario o servidor público donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones.
- El agente, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones.

En ambos supuestos, la acción finalista del agente se orienta a corromper al funcionario o servidor público no logrando en su propósito por rechazo o no aceptación del agente que se pretendió sobornar. En realidad, se trata de una tentativa de cohecho que ha sido elevada a la categoría de hecho punible autónomo consumado en la fase de ejecución en el acto mismo de ofrecer, dar o prometer con finalidad propia.

Los supuestos contenidos en el artículo 397 del Código Penal son en sí mismos de intención finalista; no se trata de corrupción en sentido estricto, sino un intento de corrupción que tiene relevancia penal porque pone en peligro el bien jurídico tutelado, pero no es suficiente como para crear un tipo penal autónomo a partir de una fase ejecutiva del *iter criminis* de cohecho. Entonces, ¿cuál es el núcleo del injusto penal (cohecho genérico) en comentario? El solo hecho de ofrecer, dar o prometer con finalidad propia.

Esto nos hace suponer, entonces, que todo ofrecimiento, dar o prometer a un funcionario o servidor público sin contenido finalista expresamente señalado en el artículo 397 del Código Penal es atípico.

III. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

El artículo 397 del Código Penal admite dos formas o conductas del agente en la configuración del tipo la que se hace bajo cualquier modalidad; es decir:

- **Directamente.** El agente (el particular u otro funcionario o servidor público) que, de manera expresa o tácita, simulada o abiertamente ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones.
- **Indirectamente o por acto simulado.** El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural

o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa para corromper al funcionario o servidor público.

Con la norma penal, el legislador peruano busca reprimir al agente adelantando las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto que se consuma instantáneamente al producirse la oferta para corromper.

El tipo se configura con el solo ofrecer (delito instantáneo) al poner al alcance aunque no a la mano del funcionario el regalo de algún bien (dinero, crédito o comercio sexual, etc.) no siendo de exigencia para la configuración del tipo la efectiva entrega de la cosa por parte del agente corruptor, bien sea directa o indirectamente.

Todas la modalidades empleadas por el agente en la tentativa de corrupción requieren de la realización de una actividad (una declaración de voluntad cierta o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del agente tiene que ser al menos conocida por el funcionario o servidor público y en esta condición ser rechazada.

Estos hechos punibles son de mera actividad. Debemos destacar, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo del que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, la frase “para realizar u omitir” en ambos supuestos contemplados en el artículo 397 del Código Penal. Son los elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto penal en comentario que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y de tendencia. Este elemento subjetivo ayuda a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros tipos penales o descarta que revista un contenido de injusto penal. Naturalmente debe considerarse, también, los supuestos de error como elemento que determina la atipicidad subjetiva, por ejemplo, el dar una dádiva como simple atención que son realizados en consideración al nuevo cargo que ostenta el funcionario público y que se considera como un hecho usual sin finalidad determinada. Desde luego que hay que tomar en consideración para la configuración del tipo el dolo directo por parte del agente, pues el ofrecimiento, el dar o el prometer por cualquiera de los medios corruptores tiene que ser “a sabiendas” de que es hecho con el fin de que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo o empleo.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado no es el patrimonio del Estado, sino la rectitud, legalidad y la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

V. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del tipo es un agente indeterminado o dicho de otra manera cualquier persona; particular u otro funcionario o servidor público.

VI. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado. Así, “en el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a este la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados”. (Exp. N° 97-191601-JP-01-Loreto).

VII. LA PENA APLICABLE

La norma penal reprime al agente; en el caso del primer supuesto (ofrece, da o promete con finalidad propia donativos, promesa, ventaja o beneficio a efecto que el funcionario o servidor público realice u omite actos en violación de sus obligaciones) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa del Código Penal.

Tratándose caso del segundo supuesto (ofrece, da o promete con finalidad propia donativos, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligación) reprime al agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Capítulo XIII

Cohecho activo transnacional

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 seiscientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es una figura penal relativamente nueva. Fue introducida a nuestro ordenamiento penal por el artículo I de la Ley N° 29316 del 14 de enero de 2009, posteriormente fue modificada por el artículo único de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013 y, finalmente, por el Decreto Legislativo N° 1243. Tantas modificaciones para su casi nula aplicación. Es un delito de dolo directo, siendo el agente corruptor el particular sea como persona natural o persona jurídica⁽²⁹⁸⁾ pero aquellas que realicen negocios en donde existe la

(298) La Ley N° 30424 se constituye en la primera ley penal peruana que criminaliza el accionar de las personas jurídicas. Algo bastante inédito en nuestra legislación peruana. Sin duda, es el cambio más radical

participación de funcionarios de gobierno de estados extranjeros o funcionarios de organismos internacionales.

La acción u omisión dolosa consiste en bajo cualquier modalidad, ofrecer, otorgar o prometer directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido 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. Desde luego, es la finalidad es obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. De manera que se sanciona este hecho tanto a la persona natural como a las personas jurídicas.

En nuestro medio, hubo muchas críticas contra las normas conexas al tipo penal y, muy en particular, a las sanciones contra las empresas en materia penal. En otras palabras, por el hecho de sancionar a las empresas peruanas por medio del funcionario público de otro país; es decir, la coima o comisión internacional, debiendo tener como condición que la empresa peruana tenga operaciones en el extranjero. En realidad, el hecho se cometió en el Perú, sea para operaciones comerciales, o económicas en el extranjero o en territorio nacional. Siendo un delito de mera actividad, hecho se sanciona por el mero ofrecimiento, otorgar o prometer bajo cualquier modalidad, 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. De manera que el argumento en el sentido de que la gran mayoría de empresas peruanas no tienen operaciones en el extranjero, no es argumento para no establecer sanciones penales por estos actos de corrupción internacional. Su tipificación obedece a compromisos internacionales asumida por el Estado peruano⁽²⁹⁹⁾.

al sistema penal peruano. Hasta antes de la ley en referencia, solo la persona natural podía ser sujeto activo de este delito y como tal, ser sancionada penalmente de hallarse culpable. Esta condición se ha hecho extensiva también a las empresas. En tal sentido, son pasible de sanción penal.

(299) Convención Interamericana contra la Corrupción. Aprobada por Resolución Legislativa N° 26757, del 5 de marzo de 1997 y ratificada por el Estado peruano por Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 24 de marzo de 1997.

En un mundo globalizado, las soberanías de los Estados se tornan porosas cobrando mayor relevancia las transacciones comerciales entre Estados y empresas transnacionales. De manera que, en estas nuevas condiciones, la corrupción no podría ser ajena en estas transacciones internacionales por parte de las empresas o personas naturales vinculadas a estos negocios de connotaciones internacionales. Funcionarios públicos de otros Estados y organismos internacionales operan en nuestro territorio para los fines establecidos por sus Estados o convenios internacionales. De igual manera, se les ha asignado importantes funciones oficiales lo cual le hace pasible que pretendan ser sobornados por particulares quienes pueden ofrecer, otorgar o prometer bajo cualquier modalidad, directa o indirectamente, donativos, promesas, ventajas o beneficios indebidos que redunde en su propio provecho o en el de otra persona para que dicho servidor o funcionario público internacional 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.

Es, en este contexto fáctico, en el que surge la preocupación a nivel internacional por la corrupción de los particulares en los negocios o transacciones económicas internacionales, por las graves implicancias negativas que estas generan en los diferentes ámbitos de un Estado o en las relaciones internacionales, lo cual hace necesaria la tipología de nuevas figuras penales.

El acto de corrupción por parte de los particulares o empresas dedicadas a estas actividades puede recurrir al soborno para obtener ventajas en transacciones comerciales internacionales conlleva grandes consideraciones morales y políticas, socavando la gobernabilidad y el desarrollo económico sostenible y distorsionando la competencia. La OCDE dirige los esfuerzos globales para nivelar las condiciones de competencia leal en transacciones internacionales luchando por eliminar el cohecho de servidores públicos cuando se compite por contratos e inversión.

Artículo VII.- Soborno internacional

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados partes que hayan tipificado el delito de soborno internacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno internacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida que sus leyes lo permitan.

En suma, la tipificación de estos hechos como delito en la que participa un particular sea extranjero o nacional en nuestro territorio vino a llegar un vacío legislativo, lo cual constituía una laguna de impunidad.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA PENAL

Es un delito de dolo directo, de mera actividad. Para su configuración no se requiere resultado alguno. Basta el mero ofrecimiento, o el otorgar o prometer bajo cualquier modalidad, 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. La acción u omisión en las condiciones antes indicadas se deben dar dentro de la realización de actividades económicas internacionales, sea para obtener o retener un negocio.

Estamos ante una figura penal de corrupción de naturaleza genérica caracterizado por el sujeto activo (persona natural o jurídica) que actúa con dolo directo. El legislador nacional ha penalizado la sola acción de ofrecer, otorgar o prometer bajo cualquier modalidad al funcionario público de otro Estado u organismo internacional. El tipo no exige resultado alguno para su configuración por ser un delito de mera actividad.

La acción dolosa del agente es finalista o dicho de otra manera intenta sobornar al funcionario o servidor público internacional de otro Estado u organismo internacional; de manera que el contenido esencial del tipo penaliza la intención corruptora del agente. Estamos ante un hecho punible de acción unilateral.

La acción dolosa del agente cuando ofrecer, otorgar o prometer 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 pretende comprar la función pública de índole internacional.

El legislador con la configuración del tipo busca reprimir, por consideraciones de política –criminal– la intención del agente (persona natural o jurídica) por corromper al funcionario buscando de esa manera prevenir e impedir el acto corruptor del agente. En realidad, constituye una tentativa de cohecho internacional con relevancia penal.

III. LOS SUPUESTOS QUE CONTEMPLA EL TIPO PENAL

Como lo tenemos dicho, el tipo admite una interpretación analógica por la modalidad empleado al ofrecer, otorgar o prometer a un funcionario o servidor público internacional 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.

Es un delito de acción u omisión dolosa cuyos verbos rectores que expresan la acción u omisión materia (“ofrecer”, “otorgar” o “prometer”) que expresan el contenido de la conducta dolosa del agente configurada como ilícito penal en el artículo 397-A del Código Penal.

El legislador ha configurado en la norma penal en comentario dos supuestos claramente definidos como sigue:

- El agente (persona natural o jurídica) bajo cualquier modalidad ofrece, otorga o promete al funcionario o servidor público internacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones.
- El agente (persona natural o jurídica) bajo cualquier modalidad ofrece, otorga o promete al funcionario o servidor público internacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

En ambos supuestos, la acción finalista del agente se orienta a corromper al funcionario o servidor público internacional no logrando en su propósito por rechazo o no aceptación del agente que se pretendió sobornar. En realidad, se trata de una tentativa de cohecho que ha sido elevado a la categoría de hecho punible autónomo consumado en la fase de ejecución en el acto mismo de ofrecer, dar o prometer con finalidad propia.

Los supuestos contenidos en el artículo 397-A del Código Penal son en sí misma de intención finalista; no se trata de corrupción en sentido estricto sino un intento de corrupción que tiene relevancia penal porque pone en peligro el bien jurídico tutelado, pero no es suficiente como para crear un tipo penal autónomo a partir de una fase ejecutiva del *iter criminis* de cohecho. Entonces, ¿cuál es el núcleo del injusto penal (cohecho genérico) en comentario? El solo hecho de ofrecer, dar o prometer con finalidad propia.

IV. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

El artículo 397-A del Código Penal admite dos formas o conductas del agente en la configuración del tipo la que se hace bajo cualquier modalidad, es decir:

- **Directamente.** El agente (persona natural o jurídica) que de manera expresa o tácita, simulada o abiertamente, ofrece, otorga o promete a un funcionario o servidor público internacional, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación.
- **Indirectamente o por acto simulado.** El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa para corromper al funcionario o servidor público internacional.

Con la norma penal, el legislador peruano busca reprimir al agente adelantando las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto que se consuma instantáneamente al producirse la oferta para corromper.

El tipo se configura con el solo ofrecer, otorgar o prometer (delito instantáneo), al poner al alcance aunque no a la mano del funcionario el regalo de algún bien (dinero, crédito o comercio sexual, etc.) no siendo de exigencia para la configuración del tipo la efectiva entrega de la cosa por parte del agente corruptor, bien sea directa o indirectamente.

Estos hechos punibles son de mera actividad. Debemos destacar, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo que se vale el legislador para direccionar la conducta típica; así, la frase “para realizar u omitir” en ambos supuestos contemplados en el artículo 397-A del Código Penal. Son los elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto penal en comentario que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y de tendencia. Este elemento subjetivo ayuda a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros tipos penales o descarta que revista un contenido de injusto penal. Naturalmente debe considerarse, también, los supuestos de error como elemento que determina la atipicidad subjetiva, por ejemplo, el dar una dádiva como simple atención que es realizado en consideración al nuevo cargo que ostenta el funcionario público y que se considera como un hecho usual sin finalidad determinada. Desde luego, que hay que tomar en consideración para la configuración del tipo el dolo directo por parte del agente, pues el ofrecimiento, el dar o prometer por cualquiera de los medios corruptores tiene que ser “a sabiendas”. Por eso, se señala que es un tipo penal de dolo directo.

V. LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL SOBORNO INTERNACIONAL

La acción básica o rectora del tipo está expresada en los vocablos “ofrecer”, “otorgar” o “prometer”, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebidos, 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.

De acuerdo a los verbos rectores, “ofrecer” tiene una connotación muy amplia que comprende a la acción de dar en forma voluntaria una cosa a una persona mostrar y hacer patente una cosa; entregarse voluntariamente a otro para ejecutar alguna cosa, etc. tiene la connotación de un acto presente. “Otorgar” equivale a conceder o dar una cosa, generalmente, como mérito o recompensa. En tanto que “prometer” es acción de promesa a cambio de algo; de manera que tiene una connotación a futuro cercano. Compromiso real que hará o dará algo, comprometiéndose u obligándose a ello. En todos estos casos, el funcionario internacional de otro Estado o de organismo internacional.

Este tipo de cohecho es un delito de acción u omisión dolosa de función pública internacional cuya connotación básica es de naturaleza unilateral en la acción dolosa del agente, expresada en el ofrecimiento, otorgamiento o la promesa sin aceptación o aparente aceptación. Se exige el dolo directo.

VI. ALGUNOS CONCEPTOS COMPRENDIDOS EN EL TIPO PENAL

- **Donativo.** En términos generales, donativo es equivalente a decir dádiva o presente lo que expresa un mismo contenido semántico: obsequio o regalo como medio para conseguir algo de manera indebida.

El donativo está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple solicitud del funcionario o servidor público con ánimo de obtener algo indebido. El donativo puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores o cualquier otra cosa de contenido económico, etc.

- **Ventaja o beneficio.** Esta expresión que utiliza el legislador en la configuración del tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto está referida a todas las contraprestaciones u ofrecimientos, se trate o no de cosas, no siendo necesario que estas tengan la connotación de ventajas patrimoniales sino de otras de naturaleza inmaterial. Por ejemplo, el favor sexual, el verse favorecido por un premio honorífico, verse favorecido en un concurso de ascenso, etc.

- **Promesa.** Es el ofrecimiento hecho al funcionario público internacional de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro próximo. Obviamente no toda promesa puede asumir la tipicidad del cohecho, la cual debe reunir los caracteres de seriedad y posibilidad. Por ejemplo, la promesa de entregar la Plaza de Armas de Arequipa, el alma de su abuelo, etc. es decir, de ofrecimiento imposible de cumplir, vagas o imprecisas.
- **Cualquier otra ventaja o beneficio indebido.** Esta expresión que utiliza el legislador peruano en el tipo es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto están referidas a todas las contraprestaciones u ofrecimientos; sean o no cosas; no siendo necesariamente que estas tengan la connotación de ventajas materiales. Por ejemplo, el entregarse carnalmente, el verse favorecido por un premio honorífico, etc. Todas estas expresiones utilizadas por el legislador en el tipo constituyen los medios característicos del que se vale el agente para su acción corruptora. La norma penal admite la interpretación analógica.

VII. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS EMPLEADOS POR EL AGENTE INTERNACIONAL

El tipo penal se caracteriza por ser una figura penal que solo lo puede cometer el particular (sea como persona natural o jurídica) que pretende sobornar a un funcionario de otro Estado u organismo internacional. Se exige dolo directo en la configuración del tipo. En esa condición, el agente con dolo directo: “ofrecer”, “otorgar” o “prometer”, directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra 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.

Es una figura penal que admite una interpretación analógica en los medios comisivos. También se caracteriza porque el tipo penal admite la autoría inmediata (lo realiza el mismo agente internacional) y mediata (lo hace a través de un tercero).

El tipo admite una interpretación amplia porque el legislador peruano al tipificar el cohecho internacional le permite una mejor protección del bien jurídico tutelado, ya que este puede lesionar en forma penalmente relevante, también mediante contraprestaciones u ofrecimientos que no sean cosas o

que no sean, inclusive, ventajas materiales. Siguiendo a Mezger: “No es necesario que las otras ventajas consistan en ventajas patrimoniales; también es una ventaja, el hecho de entregarse carnalmente”⁽³⁰⁰⁾. El agregado del vocablo “beneficio indebido” en la configuración del tipo seguido de la expresión “ventajas” resulta bastante elocuente de los criterios tan amplios empleados por el legislador.

La norma penal descrito en el artículo 393-A admite los supuestos siguientes:

1. El agente (sea persona natural o persona jurídica) ofrece al funcionario público de otro Estado u organismo internacional directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra 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.
2. El agente (sea persona natural o persona jurídica) otorga al funcionario público de otro Estado u organismo internacional directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra 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.
3. El agente (sea persona natural o persona jurídica) promete al funcionario público de otro Estado u organismo internacional directa o indirectamente, donativos, promesa o cualquier otra 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.

En todos estos casos, estábamos hablando de supuestos prohibidos de mera actividad. De manera que para su configuración no requiere de resultado alguno.

(300) MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 409.

VIII. EL SUJETO ACTIVO

Para los fines de lo dispuesto en el presente artículo, se considera sujeto activo a cualquier particular o persona jurídica⁽³⁰¹⁾.

IX. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado peruano porque los hechos se cometieron en su territorio y dentro de un contexto de negocios internacionales.

X. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Nuestro sistema penal peruano ha incorporado la figura penal del delito de soborno transnacional entre los delitos de corrupción contra la Administración Pública. En términos generales, se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función pública nacional e internacional que no puede ser sujeto a comercio. Es decir, que la función se vena o compre. En suma, el bien jurídico tutelado es la Administración Pública.

XI. LA PENA APLICABLE

El particular, sea persona natural y jurídica, 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 y a las empresas, desde luego, las sanciones contempladas en la Ley N° 30424.

(301) La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, sancionando a la empresa hasta con el cierre de su establecimiento y aplicándole una multa de hasta 1700 UIT.

Capítulo XIV

Cohecho activo específico

Artículo 398.- “El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo tiene originariamente tiene como fuente al artículo 352⁽³⁰²⁾ del Código Penal derogado de 1924; el legislador de ese año consideraba como una de las formas de corrupción activa propiamente dicha que guardaba correspondencia con la corrupción pasiva configurada en el artículo 351 del mismo cuerpo legal derogado.

El legislador con la norma penal pretende disuadir a los particulares e incluso a otro funcionario o servidor público (el sujeto activo es indeterminado) de intentar corromper ofreciendo, dando o prometiendo donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto cualquiera sometido a su conocimiento o competencia.

Este medio de corrupción tiene una doble especificidad: por un lado, está dirigida a determinados sujetos que administran justicia o contribuyen a la administración de justicia en un sentido amplio (incluye justicia electoral, administrativa, etc.); y, por otro, está dirigida a influenciar en la decisión de dichos sujetos en un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

La acción dolosa del agente debe entenderse como ofrecer, dar o prometer donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Estas conductas dolosas son reprimidas 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. Ahora bien, si el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa y finalmente, 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

(302) Código Penal de 1924

Artículo 352.- “El que hiciere donativo o promesas a un juez con el objeto de influir en la resolución de una causa pendiente del fallo de este, será reprimido con prisión no mayor de tres años y multa de la renta de treinta a sesenta días”.

“Si se hiciere el donativo o la promesa con el fin de obtener una sentencia favorable o adversa en causa penal, la pena será penitenciaria no mayor de seis años o prisión no menor de un año o multa de la renta de treinta a noventa días”.

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”.

Este injusto penal es de mera actividad y se destaca, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, la frase **“con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia”** aplicable a los tres supuestos que contempla el tipo descrito en el artículo 397 del Código Penal resultan bastante elocuentes. Son los elementos subjetivos (específicos) del tipo; es decir, el agente ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, arbitrio, miembro del Tribunal Administrativo o análogo con el objeto específico determinado; de manera que si el ofrecer, dar o prometer no tiene por finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia esta conducta es atípica.

Cualquiera de la modalidades empleadas por el agente en la tentativa de corrupción requiere de la realización de una actividad (una declaración de voluntad cierta o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente) pero no necesariamente de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del agente tiene que ser al menos conocida por el funcionario o servidor público y en esta condición ser rechazada porque si el funcionario o servidor público acepta, entonces se está ante otra figura penal. Aquí la acción dolosa del agente es unilateral.

En realidad, el legislador con la configuración del tipo buscó reprimir por consideraciones de política –criminal– la intención del agente por corromper al funcionario para de esa manera prevenir e impedir el acto corruptor del agente. En realidad, constituye una tentativa de cohecho como la figura penal descrita en el artículo 397 del Código Penal. No cabe duda de que el Derecho Penal tiene como misión última la protección preventiva de bienes jurídicos, pero bastaba con la penalización de la tentativa que tiene relevancia penal de acuerdo con nuestro ordenamiento penal, porque castigar conductas sin una referencia precisa a bienes jurídicos determinados o que suponen una manifestación anticipada de su protección penal de un estado previo a la lesión de un bien jurídico puede resultar peligroso en cuanto a establecer e interpretar sus alcances.

Es preciso establecer una limitación al ámbito de lo punible o de la intensidad de la reacción penal, en relación, entre otros aspectos, con los actos preparatorios y el comienzo de la tentativa de cohecho. La acción dolosa del agente es finalista.

La conducta descrita en el tipo (artículo 398) es la que corresponde al cohecho activo del agente indeterminado (particular que incluye, desde luego,

a estudios de abogados u otro funcionario o servidor público), donde el agente toma la iniciativa para el acto corruptor. Esta acción dolosa consistiría en intentar corromper al juez, fiscal, etc., propósito que no logra el agente por negativa del funcionario que pretendió corromper.

El tipo no exige resultado alguno para su configuración por ser un delito de mera actividad. En tal sentido, el tipo no admite la tentativa, pero sí la autoría, la coautoría, la instigación y la complicidad. La acción dolosa del agente es finalista o, dicho de otra manera, intenta sobornar al funcionario o servidor público, de manera que el contenido esencial del tipo penaliza la intención corruptora del agente. Estamos ante un hecho punible de acción unilateral.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL INJUSTO PENAL Y LOS SUPUESTOS QUE CONTEMPLA

La ley penal implica prohibición de analogía, lo es porque el proceso constructor de los tipos penales exige la prevalencia de tipos cerrados o determinados y recusa aquellos de naturaleza abierta o indeterminada. No obstante, admite la interpretación analógica.

Es un ilícito penal de acción dolosa, cualificada por la condición especialísima de uno de los agentes del acto corruptor (agente indeterminado: particular, abogados, o funcionario o servidor público) referidas a las conductas o acciones dolosas de los agentes indeterminados que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, arbitrio, miembro del Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Los verbos rectores utilizados por el legislador en la configuración del tipo son vocablos como “ofrecer”, “dar” o “prometer” con finalidad propia para denotar las conductas esenciales del agente como reprochables en los tres supuestos que contempla el tipo.

La configuración de la conducta típica de esta modalidad de cohecho específico conforme a la descripción del artículo 398 del Código Penal admite la acción de intentar corromper al funcionario o servidor público especial (magistrados, fiscal etc.), pero que fracasa en su intento por acción negativa del funcionario que rechazó tal pretensión.

El tipo admite en la configuración descrita en el artículo 398 del Código Penal las mismas conductas o supuestos pero se diferencian por el agente de la siguiente manera:

1. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.
2. Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.
3. Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados.

La ley penal implica prohibición de analogía y lo es porque el proceso constructor de los tipos penales exige la prevalencia de tipos cerrados o determinados y recusa aquellos de naturaleza abierta o indeterminada. No obstante, admite la interpretación analógica. La interpretación analógica es cosa distinta al concepto penal de analogía porque la interpretación analógica es el descubrimiento de la voluntad de la ley, en su propio texto.

La redacción del tipo no parece lo más feliz toda vez que para la aplicación concreta se tiene que tener en consideración lo establecido por el principio de legalidad o determinación de los tipos con función garantista. Por ejemplo, en el primer supuesto existen tres verbos rectores con finalidad propia determinada: “ofrecer”, “dar” o “prometer”.

En el segundo, solo se emplea para la configuración del tipo dos: “ofrecer” y “entregar”; sin embargo, la promesa, aparentemente, parece por su ubicación no haber sido considerada como acción rectora, sino como un contenido del verbo rector “ofrecer”. Si estamos a lo literalmente establecido en el tipo, entonces podría interpretarse que si el agente promete donativo, ventaja o beneficio a un secretario, relator, especialista, etc., esta conducta es atípica. Cosa que no creemos que esto sea así; en todo caso, debe interpretarse la promesa comprendida en el verbo rector “ofrecer” o dicho de otra manera equivalente a “ofrecimiento”.

En el tercer supuesto, el legislador ha empleado tres verbos rectores: “ofrecer”, “dar” o “corromper”. Este último vocablo rector resulta bastante discutible en su ubicación porque está referida a una acción bilateral y no unilateral que es lo que caracteriza al tipo en comentario. Si el legislador con la norma penal pretende disuadir a los particulares e incluso a otro funcionario o servidor público de **intentar corromper** ofreciendo, dando o prometiendo un donativo, ventaja o beneficio, ¿cómo conciliar el verbo rector “corromper” con el “intento de corromper”? El primero está referido a una acción bilateral; el segundo, a una acción unilateral; asimismo, en el primero, está asociado a un hecho consumado (la corrupción se dio); en el

segundo, se intentó o se pretendió. Salvo que se entienda que el solo hecho de dar u ofrecer constituye de por sí corromper, entonces tendríamos un serio problema de interpretación en cuanto al contenido de injusto del intento de corromper por la acción propia de corromper en el sentido descrito en los artículos 393, 394, 395 y 396 del Código Penal.

Otro dato curioso contemplado en el tercer supuesto del artículo 398 del Código Penal es que amplía excesivamente la penalización del sujeto activo equiparándola punitivamente tanto al abogado como a todo aquel que forma parte de un estudio de abogados. Obviamente, se ubica en un mismo nivel de responsabilidad tanto a la secretaria, la recepcionista, el asistente, el portero, etc., lo cual resulta no proporcional, justo ni equitativo toda vez que el personal de un estudio de abogados está sujeto a dependencia del titular que es el abogado y obedece órdenes de su jefe. Es difícil concebir un personal que forma parte del Estudio tome una iniciativa propia en este sentido; lo usual es que obedece a un encargo del jefe. Pero aun tomando una iniciativa propia debería ser sancionada con pena distinta a la establecida para el abogado.

III. ALGUNOS CONCEPTOS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

- **Perito.** Es la persona que tiene una preparación especial en alguna ciencia o arte, las cuales están obligadas a poner dichos conocimientos al servicio de la justicia cuando le son requeridas. La pericia nace de la necesidad de proporcionar al juez, los conocimientos científicos de los que carece; su opinión orienta en algunos casos el giro del proceso y la situación procesal del procesado, en otros casos, es determinante para resolver un fallo. Obviamente que estas pericias no obligan al juez, pero coadyuvan al mejor esclarecimiento de los hechos.

El perito es la persona competente en determinada ciencia, arte o industria que asesora al magistrado respecto de algún hecho o circunstancia, cuya apreciación exige conocimientos de carácter técnico. El deber del perito es el de dar a conocer al magistrado el resultado de las operaciones a él encomendadas, en forma veraz y con fidelidad, guardando la reserva en todo lo que ha intervenido. Este ejercicio temporal de una función judicial pública no puede estar influenciada por motivaciones ajenas al cumplimiento y aplicación estricta de la ley ni dichas opiniones especializadas pueden estar sujetas a venta o compra por un particular.

- **Traductor o intérprete.** Es la persona que tiene los conocimientos de uno o más idiomas, dialéctico u otras formas de comunicación como los gestos, movimientos de los labios, etc., al cual recurre y requiere el magistrado para que interprete o traduzca en un proceso determinado.

En estos casos, la acción dolosa del agente particular se orienta a hacer donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el deliberado propósito de influir en el testimonio, apreciación u opinión, o en la traducción o interpretación del que lo presta en un proceso determinado en el cual el agente de algún modo se encuentre involucrada.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal probo y correcto ejercicio de la Administración Pública que se ve puesta en peligro por el acto corruptor del particular. La ley penal, en términos generales, protege bienes jurídicos de manera indirecta⁽³⁰³⁾, sanciona los actos típicos, antijurídicos y culpables del agente⁽³⁰⁴⁾ si lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por ley penal.

V. EL SUJETO ACTIVO

Es el particular, abogado u otro funcionario o servidor público que hace donativo, promesas o cualquier otra ventaja a un juez, árbitro, fiscal o miembro del Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, o cuando realiza la misma conducta al testigo, perito, traductor o intérprete.

VI. EL SUJETO PASIVO

Es la Administración Pública como titular del bien jurídico tutelado.

VII. LA PENA APLICABLE

La norma penal sanciona al agente indeterminado en el primer supuesto (tratar de corromper a un magistrado, etc.) con la pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor a ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36⁽³⁰⁵⁾ y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(303) La protección directa de bienes jurídicos es ilusoria. Razón tenía Protágoras cuando señalaba en su tiempo que la ley siempre llega tarde.

(304) Realización del tipo penal completo.

(305) Código Penal peruano de 1991

Artículo 36.- “La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Incapacidad de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
3. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia”.

En el segundo supuesto, cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El tercer supuesto contemplado: 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.

Capítulo XV

Cohecho activo en el ámbito de la función policial

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 vigente incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado en el diario oficial El Peruano el 7/01/2017.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado para garantizar, mantener y restablecer el orden interno; presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Del mismo modo garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; previene, investiga y combate la delincuencia; vigila y controla las fronteras. Es decir, la Policía Nacional fue creada constitucionalmente para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas⁽³⁰⁶⁾. Del mismo modo, de acuerdo a sus leyes tiene otras funciones como la de tránsito, turismo, etc., siendo muy amplias sus facultades y atribuciones. Ello tratándose de los supuestos básicos

(306) Tomado de: <<https://www.seguridadidl.org.pe/actores/polic%C3%ADa-nacional-del-per%C3%BA>>.

contenidos en el tipo básico. Del mismo modo, tratándose de las circunstancias que agravan el hecho cuando un tercero, 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. La pena, desde luego, se incrementa y el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

En tal sentido, cumpliendo estas funciones básicas a favor de la sociedad no puede ser sujeto a corrupción por parte de terceras personas, sean estas particulares u otro funcionario o servidor público. De manera que si un tercero 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 delito cohecho pasivo propio en función policial está tipificado como tal en el artículo 398-A del Código Penal. Contiene un supuesto básico prohibido y un supuesto que agrava el hecho. El sujeto activo puede ser cualquiera 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. Es decir, que pretenda corromper al miembro de la Policía Nacional. Por ejemplo, es el caso de un chofer que ofrece una determinada suma de dinero al policía para evitar de esa forma le imponga una multa. Desde luego, que el policía rechaza tal pretensión.

En términos generales, es un tipo penal de mera actividad que se configura en el momento en que el tercero pretende corromper al miembro de la Policía Nacional para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.

En ambos casos requiere en el agente corruptor, dolo directo. Por ejemplo, en el tipo básico de acuerdo con los verbos rectores “ofrecer”, “dar” o “prometer”, que son los que expresan la acción material del agente.

II. LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 398-B

Esta modalidad delictiva descrita en el primer y segundo párrafo del artículo 398-B admite una interpretación analógica por la modalidad empleada por el agente (un particular u otro funcionario o servidor público) al

ofrecer, dar o prometer a un miembro de la Policía Nacional donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella. En el primer caso reprime al agente con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y en lo contemplado en el segundo párrafo de la norma acotada con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Es un delito de acción u omisión dolosa cuyos verbos rectores expresan la acción u omisión material (“ofrecer”, “dar” o “prometer”) que expresan el contenido de la conducta dolosa del agente configurada como ilícito penal en el artículo 398-A del Código Penal.

El legislador ha configurado en la norma penal en comentario dos supuestos claramente definidos como sigue:

1. El agente bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o,
2. El agente bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.

En ambos supuestos, la acción finalista del agente (un tercero) se orienta a corromper al policía no logrando en su propósito por rechazo o no aceptación del agente que se pretendió sobornar. En realidad, se trata de una tentativa de cohecho que ha sido elevado a la categoría de hecho punible autónomo consumado en la fase de ejecución en el acto mismo de ofrecer, dar o prometer con finalidad propia.

Los supuestos contenidos en el artículo 398-A del Código Penal son en sí mismos de intención finalista; no se trata de corrupción en sentido estricto sino un intento de corrupción que tiene relevancia penal, ya que pone en peligro el bien jurídico tutelado.

III. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

El artículo 398-A del Código Penal admite dos formas o conductas del agente en la configuración del tipo la que se hace bajo cualquier modalidad; es decir:

- a) **Directamente.** El agente (un tercero) bajo cualquier modalidad, de manera expresa o tácita, simulada o abiertamente; ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.
- b) **Indirectamente.** El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa para corromper al policía nacional.

Con la norma penal, el legislador peruano busca reprimir al agente adelantando las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto que se consuma instantáneamente al producirse la oferta para corromper al policía.

El tipo se configura con el solo ofrecer, dar o prometer (delito instantáneo), el cual tiene un alcance muy amplio por los medios empleados. La frase “el que, bajo cualquier modalidad” resulta elocuente y permite recurrir a una interpretación analógica. Estos medios pueden abarcar desde dinero, crédito o comercio sexual, etc., no siendo de exigencia para la configuración del tipo la efectiva entrega de la cosa por parte del agente corruptor, bien sea directa o indirectamente.

Todas la modalidades empleadas por el agente en la tentativa de corrupción requieren de la realización de una actividad cierta del propósito de corromper. La pretensión del agente tiene que ser al menos conocida por la policía y en esta condición ser rechazada.

Estos hechos punibles son de mera actividad. Debemos destacar, como es sabido, un ámbito de restricción subjetiva que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, la frase “para realizar u omitir” en ambos supuestos contemplados en el artículo 398-A del Código Penal. Son los elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto penal en comentario que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y de tendencia. Este elemento subjetivo ayuda a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros tipos penales o descarta que revista un contenido de injusto penal.

Naturalmente debe considerarse, también, los supuestos de error como elemento que determina la atipicidad subjetiva, por ejemplo, el dar una dádiva como simple atención que son realizados en consideración al nuevo cargo que ostenta el funcionario público y que se considera como un hecho usual sin finalidad determinada. Desde luego que hay que tomar en consideración para la configuración del tipo el dolo directo por parte del agente, pues el ofrecimiento, el dar o el prometer por cualquiera de los medios corruptores

tiene que ser “a sabiendas” que es hecho con el fin de que el policía realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios de la función policial o derivadas de ella.

La expresión “a la entrega o promesa de donativo o ventaja” debe entenderse en el sentido más amplio de la expresión que comprende bienes; todas las cosas corporales o no y que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de una y otra a la vez. Estas pueden ser bienes muebles o inmuebles, alimentos, materiales de construcción, semillas, etc. En este caso, no importa el importe o el valor de las mismas (de poco valor, superior o extremadamente superior) lo cual resulta irrelevante en la configuración del tipo; lo relevante es la condicionalidad de su conducta funcional policial tasada por ley expresa con el objeto de obtener ventajas o donativos indebidos.

IV. LOS CONCEPTOS USUALES PARA LOS EFECTOS PENALES

- **Donativo.** En términos generales, “donativo” es equivalente a decir “dádiva” o “presente” lo que expresa un mismo contenido semántico: “obsequio” o “regalo” como medio para conseguir algo de manera indebida. El agente (Policía Nacional) condiciona su conducta funcional derivada de sus funciones policiales.

El “donativo” está referido al desprendimiento u obsequio que hace un tercero a simple condicionamiento de un miembro de la Policía Nacional. El “donativo” puede consistir en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores o cualquier otra cosa de contenido económico, etc.

- **Ventaja o beneficio.** Esta expresión es bastante amplia y permite una mejor protección del bien jurídico tutelado por cuanto está referida a todas las contraprestaciones u ofrecimientos, se trate o no de cosas, no siendo necesario que estas tengan la connotación de ventajas patrimoniales sino de otras de naturaleza inmaterial. Por ejemplo, el favor sexual, el verse favorecido por un premio honorífico, verse favorecido en un concurso de ascenso, etc.
- **Promesa.** Es ofrecimiento hecho a un miembro de la Policía Nacional que el particular se ve obligado por condicionamiento de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido.

V. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función policial.

VI. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo puede ser cualquiera.

VII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VIII. LA PENA APLICABLE

El agente tratándose del primer párrafo del artículo 398-A del Código Penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con relación al segundo párrafo con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Capítulo XVI

Inhabilitación

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”⁽³⁰⁷⁾.

Artículo vigente incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado en el diario oficial El Peruano el 7/01/2017.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La pena de inhabilitación pertenece al catálogo de penas limitativas de derechos junto a la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres. Se trata de una pena, en el caso a que hace referencia el artículo 398-B, de cancelación o de incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Priva al condenado de uno o más derechos civiles o profesionales. Consideramos que la misma tiene visos de inconstitucionalidad, pero no puede haber en el fondo una inhabilitación perpetua porque eso contraía los fines de la pena en cuanto implica resocialización del condenado a la sociedad con todos sus derechos una vez cumplida la pena en los términos establecidos en la sentencia condenatoria.

(307) Código Penal

Artículo 36.- Inhabilitación

“La inhabilitación produce, según disponga la sentencia: (...)

7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;

(...)”.

En esta misma línea de inconstitucionalidad se incurre con el contenido del Decreto Legislativo N° 1243 –que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados–, la **inhabilitación principal**. Así, **hace extensiva de cinco a veinte años** cuando se trate de los delitos de concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación de fondos, soborno internacional pasivo, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias.

En tales delitos, la **inhabilitación será perpetua**, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada, actúe por encargo de ella, o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, siempre que el valor del dinero, efectos y ganancias supere las 15 UIT.

En el caso en particular, cabe referir que al establecer la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo equivale establecer una inhabilitación perpetua al derecho que tiene todo ciudadano de conducir cualquier vehículo.

Del mismo modo, a nivel teórico, utilizar el concepto de “suspensión” es aplicable para los casos temporales, distinto a la cancelación o incapacidad que son indicativos de intemporalidad. No guarda relación lógica entre una pretendida actitud de corromper relacionada a una incapacidad para conducir. Supuestos que tienen diferente naturaleza, conforme lo describe el inciso 7 del artículo 36 del Código Penal. Queda claro que imponer una inhabilitación “perpetua” es inconstitucional porque contraía los fines de la resocialización que como derecho fundamental establece la Constitución. Tiene cierto fundamento establecer una inhabilitación temporal, pero jamás una perpetua.

II. LA APLICACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

La pena de inhabilitación se aplicará al agente cuando:

1. El agente bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.
2. El agente bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo, promesa ventaja o beneficio para que

realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.

En ambos supuestos, además de la pena privativa de la libertad se le aplica la pena de inhabilitación a establecer en la sentencia que implica suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

Capítulo XVII

Negociación incompatible y aprovechamiento indebido de cargo

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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el 26/11/2016.

I. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo descrito en el artículo 399 del Código Penal tiene como fuente inmediata al artículo 345 del Código derogado de 1924 y esta, a su vez, proviene del artículo 201 del viejo Código Penal peruano de 1863. Existiendo discrepancias en torno a la fuente extranjera.

Ello obedece a las distintas fuentes a las que recurrió el legislador nacional, a una poca o casi nula publicidad de las “Actas de Comisión de Reforma” a diferencia del legislador colombiano del Código Penal de 1980 y el español de 1985. En estos países para la aprobación de sus nuevos códigos penales contaron con una amplia participación ciudadana; particularmente de los estudiosos y operadores del Derecho quienes fueron motivados por la difusión y publicidad para su discusión de los anteproyectos y proyectos de códigos penales. También se publicitaron las actas de las comisiones de reforma del Código Penal en sus respectivos países; mecanismo poco usual en

nuestro medio que, por lo general, mantienen las actas de discusión de las comisiones (si es que existen) como privativa de sus autores.

Sin embargo, consideramos que como hecho práctico resulta irrelevante entrar en un debate o discusión sobre las fuentes extranjeras aun cuando todo parece indicar que la fuente de la norma penal en comentario es el primer párrafo del artículo 265 del Código Penal argentino de 1921⁽³⁰⁸⁾.

Pues bien, dentro de los antecedentes nacionales del injusto penal hallamos el Código Penal de 1863 que tipificó el hecho ilícito: “negociación incompatible con el cargo” en el artículo 201 del Código Penal (Título X) dentro del rubro genérico: “De los fraudes y exacciones” cuya redacción literal fue como sigue:

Código Penal de 1863

Artículo 201.- “El empleado público que directa o indirectamente se interesase en cualquier clase de contratos u operación; en que deba intervenir por razón de su cargo; será castigado con rehabilitación especial en segundo grado, multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes, o cosas en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren; y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

Obsérvese que el tipo fue ubicado por el legislador de 1863 dentro del rubro genérico “De los fraudes y exacciones” seguido de la figura típica: “colusión” prescrita en el artículo 200. El legislador nacional siguiendo esta orientación y tomando como fuente al artículo acotado configuró ese injusto penal en el Título II, dentro del rubro genérico de concusión (artículo 345); haciendo lo propio con el hecho punible (colusión) en el artículo 344 del mismo cuerpo legal y manteniendo en términos generales la misma redacción.

(308) Capítulo VIII: Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Código Penal argentino de 1921

Artículo 265.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

Código Penal de 1924

Artículo 345.- “El funcionario o empleado público, que directamente o indirectamente, se interese en cualquier clase de contratos u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por un tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren; y a los guardadores y albaceas, respecto de las pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

El jurista nacional Calle, comentando el artículo 345 del Código Penal de 1924, sostuvo lo siguiente: “La disposición de este artículo, reproduce la del artículo 201 del Código Penal anterior, y concuerda con la del artículo 178 y el artículo 265 de los códigos penales del Uruguay y la de Argentina, respectivamente”⁽³⁰⁹⁾.

Por su lado, Cornejo Bouroncle, comentando el artículo 345 del Código Penal derogado de 1924 e insinuando la fuente extranjera del Código Penal argentino decía: “El Código Argentino, en su artículo 273, dice casi literalmente lo mismo que el Peruano en el 201, pues las únicas diferencias consisten en que hace durar la inhabilitación solo de uno a cinco años, y en que señala, como subsidiaria de la multa, la pena de prisión de uno a tres años”⁽³¹⁰⁾.

El legislador del Código Penal peruano tomando como fuente directa al artículo 345 del Código derogado de 1924 se aleja de la misma dándole una nueva estructura jurídica; suprimiendo el segundo párrafo y ubicándola en el artículo 386 como un nuevo tipo de colusión y patrocinio ilegal por extensión, dejando un vacío en el tipo, toda vez que la colusión y el patrocinio ilegal tienen similar connotación jurídica; pero encierran conductas distintas al artículo 397 del mismo cuerpo de leyes.

La diferencia sustancial radica en que en uno existe un “concierto fraudulento” en perjuicio del Estado y en la “negociación incompatible con el cargo”, que es un delito formal, basta solo el “interés” en el contrato u operación cualquiera que por razón de su cargo interviene; no requiriéndose el daño a la Administración Pública. Es lícito preguntarse, en la nueva estructura jurídica del ilícito en comentario: ¿con qué norma se sancionaría

(309) CALLE, Juan. *Código Penal (Ley N° 4868)*. 2ª edición. Librería e Imprenta Gil, Lima, p. 272.

(310) CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob. cit., p. 489.

la conducta del perito, árbitro, etc., que se interesa en una operación que interviene en razón de su cargo?

Asimismo, el legislador ubicó el tipo dentro del, rubro genérico de “corrupción de funcionarios” de la Sección IV y el tipo colusión en la Sección II dentro del rubro genérico de concusión (artículo 348 del Código Penal de 1991). No conocemos qué criterios utilizó el legislador para ubicar estas dos figuras en dos secciones diferentes, ya que los códigos derogados de 1863 y de 1924 los ubicaban precedidos uno del otro para su mejor interpretación; dada su similitud y tener casi la misma connotación jurídica.

En suma, el legislador nacional había sistematizado este hecho punible como una modalidad de cohecho lo cual no resultaba siendo lo más indicado toda vez que de acuerdo con la naturaleza constitutiva del cohecho presupone una contraprestación exigida; situación incompatible con la negociación incompatible con el cargo donde no se da tal exigencia. Situación que se corrigió.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL HECHO ILÍCITO

Como toda figura penal de contenido comisivo, cuenta con una parte objetiva y otra subjetiva del tipo penal en comentario. En el hecho punible, se describe una situación típica, en la que se prohíbe una determinada acción; y, por tanto, tenemos que tomar en consideración tres elementos esenciales: a) la situación típica (supuesto contemplado en el tipo); b) la presencia de una acción prohibida determinada (el funcionario o servidor público no debe interesarse indebidamente en cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo); y c) la capacidad de realización de la acción por parte del agente (a pesar de saber que no puede intervenir aprovecha de su cargo para interesarse). Asimismo, el elemento subjetivo se expresa en el dolo directo del agente. El dolo es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo; el agente actúa a sabiendas de la prohibición del tipo.

El tipo constituye un ilícito penal de conducta comisiva dolosa, cuyo verbo rector se expresa en el vocablo “interesarse”; pero no se trata de cualquier interés sino aquella que es **indebida; de manera que el agente, en forma directa o indirecta o por acto simulado muestra palpablemente interés, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.** El tipo contiene un elemento normativo que se expresa en el vocablo “indebidamente” que va asociada a la acción de interesarse; de manera que literalmente el verbo rector que identifica al tipo tiene una acepción referida a una acción material de interés por lograr un beneficio valiéndose del cargo especial del cual goza y por el cual interviene de acuerdo a ley.

Es un hecho punible de acción dolosa cuyo verbo rector es el vocablo “interesarse” que es el que define la conducta del agente configurada como un ilícito penal en el artículo 397 del Código Penal. Muestra un interés especial con fines ajenos al correcto proceder de un funcionario o servidor público.

El vocablo tiene una connotación gramatical y jurídica muy amplia, diferenciable por su contenido e intensidad. Es análoga a inquirir tomar cartas en el asunto, preocuparse por algo, etc. “Se interesa en un contrato u operación quien pide que se resuelva con rapidez; en la jerga administrativa, quien inquires en qué estado se encuentra. Y también se interesa el funcionario que pone atención preferente en las condiciones y el trámite de un negocio jurídico. Pero a nada de esto ha podido querer referir la ley, sino al caso en que el autor es al mismo tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo”⁽³¹¹⁾.

Es decir, el concepto jurídico del verbo rector “interesarse” está referido a la circunstancia del “desdoblamiento de la personalidad del agente, de manera que a un mismo tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado”⁽³¹²⁾.

Interesarse es participar en un contrato o negocio que interviene por razón de su cargo como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose “a sí mismo” o a un tercero. Es decir, interviniendo como funcionario, busca intervenir, al mismo tiempo, como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. Esta última es la forma más usual empleada por el agente.

Esta dualidad de participación simultánea del agente (como funcionario y como parte interesada) es la nota característica de la incompatibilidad entre el cargo y el negocio o contrato. La acción dolosa del sujeto activo se orienta a lograr que el contrato o negocio se configure en un interés particular o beneficio propio. Por ejemplo, el alcalde que interviene mostrando un especial interés en la contratación de una empresa de servicios, en el cual es accionista su esposa o un amigo suyo.

El juez que en un proceso civil embarga un bien inmueble y por razón de su cargo interviene como funcionario rematando el bien y al mismo tiempo como parte beneficiario. El jefe de abastecimientos de una municipalidad y el gerente municipal que directamente se interesa en un contrato o negocio que intervienen a celebrarse con una empresa de proveedores de bienes

(311) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 337.

(312) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 189.

y servicios en la cual son accionistas que intervienen por razón de su cargo. “Es necesaria la vinculación entre la interés de la parte y la esfera de la competencia del funcionario, sin necesidad de potestad plena de decisión”⁽³¹³⁾.

La expresión “por razón de su cargo” que utiliza el legislador en el tipo está referido a aquellas funciones y atribuciones que la ley otorga al funcionario o servidor público para intervenir o participar en un contrato o negocio cualquiera sea su naturaleza (adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición de bienes y servicios, etc.). Por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades establece, de manera expresa y taxativa, la facultad del alcalde en intervenir en los contratos o negocios a celebrarse con un particular, entre otros; y los instrumentos de gestión básica como el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF) prescribe las funciones del cargo; de forma tal que el gerente de Administración, el jefe de Abastecimientos, etc., pueden intervenir, por razón de su cargo, en un contrato o negocio y ser, por tanto, sujetos activos del tipo.

No todo funcionario o servidor público participa en los contratos o negocios, sino solo aquellos que tienen facultades expresas señaladas por cualquier norma por razón del cargo (resolución de alcaldía que designa el Comité Especial de Adquisiciones, Decreto Supremo, Ordenanza, etc.). La frase “por razón de su cargo” contiene el posesivo “su”, apócope de “suyo, suya”; indica que se refiere a las funciones que a tal funcionario le confiere la ley. Estas funciones provienen de las normas jurídicas que rigen el cargo, los actos administrativos, etc., de manera que no basta la simple relación funcional general sino específica.

El funcionario o servidor público al asumir o aceptar el cargo lo hace para servir con lealtad, probidad, legalidad y rectitud a la Administración y a través de ella a la comunidad. No se admite valerse del cargo para beneficiarse o servirse de la Administración.

En suma, es un delito formal que no requiere la producción de un daño a la Administración para la configuración del tipo; y contiene dos elementos materiales:

- Que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga que intervenir en contratos o negocios en que el Estado esté de algún modo interesado.
- Que el funcionario o servidor público se “interese” en el contrato u operación en el que está llamado a intervenir asumiendo una dualidad de

(313) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 211.

participación simultánea (como funcionario y como parte) en interés particular o beneficio propio.

III. EL INTERÉS DEL AGENTE EN CONTRATOS U OPERACIONES QUE POR RAZÓN DE SU CARGO INTERVIENE

Toda acción dolosa es finalista y la finalidad en el tipo, por ser un delito formal, se agota en el interés del agente que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación, en una dualidad de participación simultánea (como funcionario y como parte al mismo tiempo). Sin embargo, el texto del artículo 399 del Código Penal no especifica o señala expresamente a qué tipo de interés se refiere: llámese económica o de cualquier otra naturaleza. De manera que todo parece indicar que, en este extremo, admite una interpretación analógica.

Pues bien, la norma penal hace referencia al interés del funcionario o servidor público en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, de manera que es taxativa y excluye cualquier otro acto administrativo. Estos actos administrativos son aquellos referidos o actos enmarcados dentro del proceso de contratación civil o de una operación de carácter económico que a diferencia del contrato la Administración (el Estado) actúa por *ius imperium*; como por ejemplo en el caso de subasta, expropiaciones, comisos, licitaciones, etc. Como puede apreciarse tanto en los contratos como en las operaciones estas deben tener un contenido patrimonial o económico; de tal manera que no se trata de un contrato u operación sin dicho contenido. El tipo no puede extenderse más allá del texto normativo descrito en el artículo 399 del Código Penal.

En doctrina existe una amplia discusión sobre el particular, pero que responde a los distintos textos nacionales y que están representados en dos tendencias extremas: la italiana y la francesa. La italiana admite un concepto muy amplio del interés no solo referido al aspecto patrimonial o económico y la francesa que la reduce al interés pecuniario⁽³¹⁴⁾.

Manzini sostenía: “Poner interés particular no equivale a recabar utilidad particular, sino simplemente interesarse por el acto o en el acto, en el momento de su proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación, anulación, ejecución, etc., con miras a un ilícito final del particular de cualquier índole”⁽³¹⁵⁾. Por su parte, Gómez sostiene que “no importa que él no sea pecuniario, porque el texto legal no tutela exclusivamente, la hacien-

(314) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 190.

(315) MANZINI, Vincenzo. Ob. cit., p. 317.

da pública, sino, también, el prestigio de la Administración; y ese prestigio sufre desmedro cuando el funcionario aprovecha las facilidades que le brinda el cargo que desempeña para satisfacer su interés particular”⁽³¹⁶⁾.

Por nuestra parte, sostenemos que el concepto de “interés” utilizado por el legislador en el artículo 399 del Código Penal no se reduce exclusivamente al aspecto económico, tiene una connotación mayor. El interés particular puede manifestarse en un hecho cualquiera de injerencia aprovechadora; careciendo de significado que el fin perseguido se logre o no.

El hecho ilícito se consuma con la acción de tomar importancia o interesarse, por ser un delito formal. Además no se reprime, en sí misma, el contrato u operación celebrado o llevado a cabo de manera irregular, sino el tipo califica o sanciona el interés manifiesto del agente por la incompatibilidad entre el cargo y el negocio; es decir, la negociación que sería incompatible con el cargo.

IV. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

El artículo 399 del Código Penal admite dos formas o conductas del agente en la configuración del tipo:

- **Directamente.** El agente (funcionario o servidor público) se interesa personalmente en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, desplegando esfuerzo, induciendo, proponiendo o directamente tomando decisión o declaradamente muestra el interés de parte. Es una de las formas más torpes y poco usuales.
- **Indirectamente o por acto simulado.** El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa. Por ejemplo, el ejecutor coactivo que traba embargo a un contribuyente moroso, concurre por medio de un tercero al remate del bien que el mismo practica por razón de su cargo.

Es decir, el agente interviene por razón de su cargo en el remate, pero al mismo tiempo interviene, como parte en la subasta a través de un tercero; existiendo un acuerdo en la acción dolosa. En los “actos simulados”, el agente recurre a formas artificiales para ocultar su interés en el contrato u operación recurriendo al clásico “testaferro”.

(316) GÓMEZ, Eusebio. Ob. cit., p. 557.

“En cuanto al acto simulado, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a favor de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido”⁽³¹⁷⁾.

Esta es la forma más usual empleada en nuestro medio. Algunos funcionarios o servidores públicos constituyen “empresas de servicios” (*service*), o de cualquier otra razón social empleando para ello “testaferros”, mostrando interés en el contrato u operación a celebrarse con los mismos, beneficiándose de alguna manera en su condición de funcionario y de parte. Puede obtener un contrato de suministro a precios más ventajosos para la Administración que los ofrecidos por cualquier otro proveedor y no producir un perjuicio al Estado; pero incurre en el hecho ilícito descrito en el artículo 399 del Código Penal porque lo que se sanciona es el “interés” en el contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, como funcionario y como parte al mismo tiempo. Basta que sea incompatible funcionalmente.

El solo hecho de interesarse en el contrato constituye delito, aunque no llegue a obtener algún provecho o ventaja que se propuso. De manera que en la configuración del tipo no se requiere resultado alguno o que el agente logre o no la finalidad que se propuso, basta el hecho evidente del interés mostrado pero, naturalmente, este interés tiene que tener una manifestación concreta, destinada a conseguir algo. Por ello, que se habla de una conducta de actos preparatorios penalizados y, por tanto, el tipo no admite la tentativa.

V. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado no es el patrimonio del Estado sino la rectitud, probidad, legalidad y el prestigio de los actos de la función pública.

VI. EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es el funcionario o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado se interesa en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. No se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino de aquel que tiene formalmente a su cargo el “contrato” u “operación” para la Administración Pública por razón de su cargo. No es sujeto activo el agente que no teniendo formalmente esta capacidad por razón del cargo se interesa en un contrato u operación. Distinto es el caso del tercero que se interesa por encargo del funcionario o servidor público

(317) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 336.

en la que interviene por razón de su cargo; en esta última hipótesis, el funcionario público responderá como autor del hecho punible en comentario y el segundo como cómplice.

VII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado.

VIII. LA PENA APLICABLE

La norma penal reprime al agente 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.

Capítulo XVIII

Tráfico de influencias

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 vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL NUEVO CONSTRUCTO DEL TIPO PENAL

Si de algún modo quisiéramos expresar nuestras apreciaciones sobre los aspectos negativos y positivos de la Ley N° 29758 y del Decreto Legislativo N° 1243 en cuanto reformulación de reforma del artículo 400 del Código Penal lo haríamos desde las reflexiones sobre metametodología de la ciencia del Derecho Penal. Claro la terminación del derecho vigente es el núcleo del sistema metodológico de la ciencia jurídica. A veces, nos aferramos a amplias pretensiones, pero de andadera breve. Esa brevedad nos genera enojo de mayor reflexión bajo una mirada atenta de la férrea resistencia de

los termocéfalos del Derecho Penal. Lo percibimos tan intensamente como simples mortales que propugnamos la racionalidad del Derecho Penal peruano. El caso es que como litigantes empedernidos por la exigencia de la racionalidad de las decisiones nos impone el deber de ser críticos de todo aquello que parece ser de justicia sin serlo. No obstante, no apelamos a la razón de la fuerza sino a la fuerza de la razón. Tampoco apelamos al pensamiento afiebrado del temor al metagarantismo. Peor aún, a las dictaduras de la mayoría que busca reprimir a un parte importante de sí mismo. El tipo penal garantista no podrá ser el mejor de los imaginable, pero sí lo mejor de lo realmente existente.

En esta línea de razonamiento, el propósito de la reforma a través de la Ley N° 29703⁽³¹⁸⁾ de corta vigencia estuvo⁽³¹⁹⁾ orientado a promover una interpretación restrictiva de los delitos contra la Administración Pública en oposición a la interpretación extensiva de los supuestos prohibidos contenidos en el tipo penal. El legislador buscó a través del empleo de una mejor técnica legislativa un nuevo tipo bajo parámetros de racionalidad; signo material de un garantismo fuerte. No obstante, amplios sectores de opinión pública susceptibles e influenciados por el enorme poder mediático de los medios de comunicación social hicieron retroceder tales propósitos de reformulación en varios aspectos del delito de tráfico de influencias construido sobre bases del garantismo liberal.

La reforma a través de la Ley N° 29703 al eliminar la frase “invocando o teniendo influencias (...) simuladas” se pretendía reordenar, a fin de corregir una expresión vacua, contradictoria, cacofónica que generaba interpretaciones desde las más subjetivas hasta las más inclusiva. En ella podía caber cualquier cosa. En tal sentido, se buscaba racionalizar y aclarar así la lógica de intervención del agente a subsumir en el tipo penal en comentario. Nada de eso prosperó; por tanto, poco podemos hacer para comprender la naturaleza constitutiva un tipo de garantía penal⁽³²⁰⁾. Desafortunadamente

(318) Artículo 400.- “El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

(319) En breve tiempo fue a su vez modificado por la Ley N° 29758 volviendo al precepto primigenio del tipo en cuestión. Se impuso la irracionalidad cada vez más alejada del garantismo.

(320) Un orden normativo será más eficaz cuando en términos generales regule las conveniencias e intereses de las personas sobre reglas de mayor simetría; de manera que los individuos a las cuales se dirigen estas normas encuentren aceptación por la persuasión antes que por la coacción estatal. Entonces, es tarea del Estado constitucional conformar los intereses individuales en armonía con los intereses generales.

tenemos que admitir en este constructo la existencia de un elemento de duda en el plano de aplicación de la norma penal que constituye la raíz de un pensamiento legislativo decisionista y no decisor. Un decisor está sujeto a reglas del Derecho y de la razón.

La reforma por Ley N° 29703 proscribía la modalidad de tráfico de influencias simulada. Despenalizaba la acción del vendedor de humo; es decir, la conducta del sujeto que invocaba influencias que en realidad no tiene para, supuestamente, incidir sobre funcionarios que conocen un determinado procedimiento judicial o administrativo. Se trata de casos en los que, desde una perspectiva *ex post*, se evidencia que el traficante de humo no tenía las influencias que decía tener. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC-Lima, fiscal de La Nación resolvió declarar infundada frente a la petición de eliminar el término “real” de la redacción del tipo penal tráfico de influencias que tenía por objeto evitar una interpretación en el sentido de que únicamente resultan penalmente relevante aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes (vendedor de humo). En tal sentido, se cuestionaba la despenalización de la influencia aparente o simulada. El Tribunal Constitucional estableció lo contrario resolviendo declarar **infundada** la demanda en este extremo. No obstante, por Ley N° 29703, se volvió a introducir dicho término innecesariamente.

A mayor claridad las dudas fueron despejadas al establecer el Tribunal Constitucional que los jueces de la justicia ordinaria de conformidad con lo precisado en el Fundamento N° 37 de la sentencia del Tribunal Constitucional, cuando se invoque la referida disposición en cuanto aplicación de “la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos”. De manera que carecía de fundamento la supuesta aplicación retroactiva de la norma penal para favorecer a los procesados por tal delito.

El sentido propio de esta modalidad delictiva colisiona con el principio constitucional de lesividad. No resulta razonable sancionar un comportamiento que, en términos reales, remotamente lesiona o pone en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Muy lejos está en cuanto lesividad del tráfico de influencia real. La finalidad preventiva del Derecho Penal no debe obtenerse de cualquier manera; sino de las formas más racionales con base en un Derecho Penal de mínima intervención. En tal sentido, ha de sujetarse a la esfera de los derechos y libertades bajo parámetros de las reglas constitucionales. No todo espacio es bueno para someter a alguien a un proceso penal o a una investigación preliminar porque no es un

La racionalidad, equidad y proporcionalidad son los mejores referentes de mayor incidencia en tales propósitos.

objeto o instrumento más de indagación por hechos de mínima lesión o de dudosa relevancia penal.

No obstante, las críticas formuladas por Decreto Legislativo N° 1243 legislativamente se consideró la influencia simulada.

II. FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES DEL INJUSTO PENAL

La fuente directa de la norma lo constituye el artículo 353-A del Código Penal derogado de 1924 incorporada por el Decreto Legislativo N° 121⁽³²¹⁾; asimismo al artículo 383 del proyecto de Código Penal de 1986 y el artículo 394 del proyecto de Código Penal de 1991. De manera que el injusto descrito en el tipo penal no tiene otro antecedente nacional.

De las fuentes extranjeras que el legislador nacional tomó como modelo para la configuración del tipo lo hallamos en el artículo 346 del Código Penal italiano de 1930, artículo 451 del Código Penal salvadoreño de 1973, artículo 480 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1979 y el artículo 147⁽³²²⁾ del Código Penal colombiano de 1980.

El legislador del Código Penal peruano de 1991 tipificó el hecho ilícito en el artículo 400 con bastante similitud con el artículo 353-A del Código Penal derogado de 1924; suprimiendo el último párrafo de la norma acotada que prescribía: “Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena”.

El tipo evidencia una clara influencia del artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 que mantenía una redacción bastante similar a la peruana; de manera que esta figura penal fue sistematizada y ubicada entre los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos. A diferencia del legislador italiano que tipificó el delito

(321) Código Penal derogado de 1924

Artículo 353-A.- “El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder que un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días. Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

(322) Código Penal colombiano de 1980

Artículo 147.- “El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis meses y multa de un mil a cincuenta mil pesos”.

de tráfico de influencias en el Capítulo II dentro del rubro: “De los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública” artículo 346 del Código Penal italiano y la otra modalidad de tráfico de influencias en el artículo 382 dentro del rubro de los delitos cometidos contra la administración de justicia. Dícese lo propio del artículo 451 del Código Penal salvadoreño de 1973 que tipificó el hecho punible con el nombre de “Simulación de influencias” en la Sección Tercera y dentro de los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública.

Por la locución indeterminada (“el que”) que utiliza el legislador peruano en la configuración del ilícito penal el agente activo del hecho punible, aparentemente, podría ser cualquier persona, incluso un funcionario o servidor público pero con la incorporación del supuesto agravado por el sujeto activo queda claro que tratándose del primer supuesto solo puede ser sujeto activo el particular y en el supuesto agravado el funcionario o servidor público.

Hasta antes de la última reforma del artículo 400 del Código Penal sosteníamos que lo más acertado es establecer dos figuras básicas distintas: un supuesto ubicado dentro de los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública, y la otra cometido por funcionarios o servidores públicos ubicada dentro del rubro: Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública. Naturalmente, proponíamos que cuando el agente es funcionario o servidor público debía sancionarse con penas más severas. De alguna manera, la reforma tomó en consideración dicha propuesta, pero lo consideró en un solo tipo descrito en la norma penal en comentario.

En su definición, esta vieja figura es obra de los prácticos y de los glossadores; habiendo sido en el derecho intermedio clasificado entre la injuria y la corrupción y limitado a los intereses judiciales. Era reprimido entre los romanos, y cuya conducta consistía en jactarse de obtener favores y beneficios, de las autoridades engañando de esa forma a diversas personas⁽³²³⁾. *Venditio fumi* era el nombre empleado, indicándose con ello la acción del delincuente, que no pasaba de “fumar” jactancia, mixtificación, etc. los italianos denominaron el delito *millantato credito* que equivale en idioma español la influencia jactanciosa⁽³²⁴⁾.

El tipo legal es aquella llamada comúnmente en la doctrina como la “venta de humo”. Algunos autores suelen confundir esta figura típica con el delito de estafa, dado que ambos tienen muchos elementos en común.

(323) MANZINI, Vincenzo. Ob. cit., p. 247.

(324) BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 70.

Maggiore sostenía que el “delito de simulación de influencias es una estafa calificada por los medios de que se sirve; en efecto, y tiene de común con la estafa: 1) el lucro ilícito, 2) la inducción a error por medio de artimañas. Solo que mientras en la estafa basta cualquier engaño, este, en el delito de que tratamos, tiene la forma de influencia ficticia ante un funcionario público. Además, hay una ofensa indirecta a la Administración Pública lo cual imprime a este delito una objetividad jurídica distinta que lo hace pasar a la clase de delitos contra la propiedad a la de delitos contra la Administración Pública”⁽³²⁵⁾.

En nuestra legislación, la similitud de elementos en la configuración del tipo “tráfico de influencias” (artículo 400) y el de estafas y otras defraudaciones (artículos 196 y 197 inciso 1 del Código Penal) son mayores; ambas figuras son genéricas e indeterminadas; sin embargo, las diferencias sustanciales radica en el bien jurídico tutelado. En el caso del tráfico de influencias es el prestigio de la Administración Pública y la confianza que tiene el ciudadano en el correcto ejercicio de la función pública y en la estafa es el patrimonio.

En la estafa se admite cualquier engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta; en el tráfico de influencia se invoca solo influencias reales o simuladas dirigidas a un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; en la estafa se habla de simulación de juicio o empleado de otro fraude procesal, etc. Son más notorias las diferencias que las semejanzas dándose, en algunos casos, un concurso aparente de leyes.

En términos generales, los tipos penales se construyen tomando en consideración contenidos de supuestos prohibidos o supuestos exigidos. En el caso concreto del artículo 400 del Código Penal, el contenido de los supuestos prohibidos se expresan de manera expresa las conductas que el legislador ha considerado reprochable y sanciona a título de tráfico de influencia con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años para el tipo básico y con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal para el tipo agravado por la condición especial del sujeto activo.

Una de las cuestiones fundamentales por resolver en el injusto penal es la de establecer si también es posible a través del tipo sancionar al interesado. Está claro que no cabe mucha discusión para sancionar al traficante de influencia; sin embargo, no sucede lo propio en relación con el interesado.

(325) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit., p. 280.

¿Es preciso establecer si la conducta del interesado tiene o no relevancia penal y como tal ser sancionado a título de partícipe?; sobre el particular tanto la doctrina nacional como extranjeras mantienen opiniones encontradas. Hay quienes sostienen la impunidad del interesado; en cambio, otros autores sostienen que bien puede ser sancionado a título de partícipe.

III. LAS CARACTERÍSTICAS DEL HECHO ILÍCITO

Un concepto fuerte de “tráfico de influencias” en cuanto expresión material resulta irreverente. Claro que tiene un mínimo de significado. No obstante, resulta más fácil definirlo por lo que no es, antes que por lo que es. Entenderlo de esta manera, ser o no ser, ya resulta provocador y de sustancia poco pacífico. Todo esfuerzo por establecer un mínimo de significado de los vocablos “tráfico” e “influencia” son recurrentes. ¿Cuánto de expresión castiza de estos vocablos pueden tener relevancia penal en Perú?

“Traficar” es comerciar o negociar con mercaderías ilegales; una de las tantas acepciones. Pero incorporar la influencia real o simulada a la condición de mercadería resulta desde ya un despropósito. Otra cosa es cosificar las influencias como expresión materializada para obtener un beneficio ilegal. Entonces se puede entender y comprender la influencia real que puede adquirir cualquier persona sobre otra en sentido débil o fuerte para obtener ventajas de cualquier naturaleza.

“Influencia” puede entenderse como relación de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc. ¿Cuánto de esta connotación puede operar en un funcionario o servidor público? Como realidad mucho, poco o nada. Pero se reprocha la sola invocación real o simulada. Entonces no puedes valerte de tu influencia, tampoco invocarlo para obtener beneficios inmerecidos; tampoco simular influencia para lograr beneficios o ventajas ilegales.

Dicho esto, la suma de estos significados puede sinterizarse en un concepto propio a los efectos penales. Tráfico de influencia equivaldría a comercializar influencia real o imaginaria. Bien podría establecerse como aquel agente (particular, funcionario o servidor público) que comercializa su influencia real o imaginaria.

El nuevo precepto, con la reforma, parece indicar un tipo básico de mera actividad, que para su configuración no requiere de resultado alguno. Basta la mera invocación persuasiva, convincente que hace del tercero, en ocasiones, un partícipe bilateral del tipo. No obstante lo dicho, ¿hasta qué punto la sola invocación de supuesta influencia es suficiente para configurar el

tipo? Si la respuesta es suficiente, parecería indicar que se sanciona al agente por fanfarrón y al tercero por tonto. Un aspecto del tipo parecería señalar que ningún particular, funcionario o servidor público puede invocar influencias simuladas con tal convicción que le permita recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativos o cualquier otra ventaja o beneficio con el solo ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En esta condición, técnicamente ni siquiera puede decirse que es un acto preparatorio elevado a la categoría de delito; tampoco un delito de dos tiempos. A diferencia de la influencia real que sí tiene estas connotaciones. Basta para la consumación del tipo que se acepte el ofrecimiento, no siendo necesario que la influencia se produzca efectivamente ni que se llegue al “pago”. Por tanto, difícilmente admitiría la tentativa.

De cualquier modo, normativamente constituye un delito de acción dolosa; propiamente de dolo directo. No cabe la comisión culposa por cuanto la conducta típica implica una confluencia de voluntades a la que solo puede llegarse con la intención. El agente (particular, funcionario o servidor público) invoca influencias sean estas reales o simuladas con el deliberado propósito de obtener un donativo, promesas, o cualquier otra ventaja, ofreciéndose interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Este tipo penal de dolo directo difícilmente puede afectar un bien jurídico de manera concreta, pero sí la posibilidad de manera abstracta; no adecuadamente perfilada. Por eso, también se caracteriza por un delito de peligro abstracto.

De peligro abstracto dado que para su configuración no se requiere una verdadera lesión del bien jurídico protegido por la norma penal sino que basta su sola y potencial puesta en riesgo. Es decir, solo por posibilidad de producir una lesión al bien jurídico protegido. Desde otro ángulo, la doctrina nacional mayoritariamente conviene en establecer que este delito es de mera actividad. En tal sentido, para que configuración no se requiere resultado alguno. Otro aspecto a señalar –antes de exponer los elementos constitutivos de la conducta punible del tipo de tráfico de influencias– es que este es un delito plurisubjetivo y, dentro de este orden, específicamente un delito de encuentro, de participación necesaria porque requiere la presencia, por un lado, del traficante o vendedor de humo que invoca influencias reales o simuladas para interceder ante un funcionario respecto de un caso judicial o administrativo; y, por el otro, al interesado que otorga un beneficio o ventaja al traficante por esa intercesión.

El delito bajo análisis es un delito de peligro abstracto o presunto. Es un delito de peligro dado que para su configuración no se requiere una verdadera

lesión del bien jurídico protegido sino que basta que haya puesto en riesgo dicho bien o dicho de otra manera la sola posibilidad de poner en riesgo. Se trata, desde luego, de un delito de peligro abstracto. El delito de tráfico de influencias es calificado mayoritariamente por la doctrina como un delito de mera actividad, debido a que para su consumación no se requiere que la acción típica vaya seguida de un resultado separado espacio-temporalmente de la conducta.

Otro aspecto a señalar –antes de exponer los elementos constitutivos de la conducta punible del tipo de tráfico de influencias– es que este es un delito plurisubjetivo y, dentro de este orden, específicamente un delito de encuentro, de participación necesaria porque requiere la presencia, por un lado, del traficante o vendedor de humo que invoca influencias reales o simuladas para interceder ante un funcionario respecto de un caso judicial o administrativo; y, por el otro, al interesado que otorga un beneficio o ventaja al traficante por esa intercesión.

El delito de tráfico de influencias, en términos concretos, en cuanto influencia real constituye meros actos preparativos elevados a la categoría de delito; no puede sostenerse lo propio en relación con la influencia simulada (no hay acto preparatorio). No obstante, se ha tomado la determinación de elevar a la condición de delito pero sin base sustancial real que lo sostenga. Todo indica que el legislador ha recurrido a un exceso de adelantar indiscriminadamente la protección penal. Siendo esto así, no cabe duda de que el Estado constitucional sigue dejando amplios espacios a un ejercicio abusivo del poder. No existe mayor argumentación racional que justifique una tipificación en estos ámbitos etéreos. Está ausente en el Parlamento Nacional la argumentación legislativa racional ya que presenta notables debilidades el proceso de elaboración de leyes penales. Se aprecia más elementos de negociación que de discurso racional. Por tanto, quedan al margen de cualquier tipo de control bajo las reglas de la razón y del Derecho. De cualquier modo, haber positivizado este supuesto en el artículo 400 del Código Penal implica una sanción de intención en tanto la acción dolosa del agente se orienta a un resultado que va más allá del tipo objetivo. Desde luego que, en estas condiciones, el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior irrelevante para la fase consumativa del tipo. Usualmente esta condición solo es posible en el tráfico de influencia real no es el caso del tráfico de influencia simulada.

La intervención del agente ante el funcionario o servidor público constituye una finalidad ulterior al supuesto típico que no forma parte de la estructura objetiva del hecho punible en comentario sino de otra figura penal; como por ejemplo el delito de cohecho. Ahora bien, lo que define la tipicidad

objetiva del tipo es la acción finalista del agente o dicho de otra manera, el propósito del agente de obtener donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio valiéndose de una influencia real o ficticia para cuyo efecto lo invoca o teniéndola recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.

La invocación puede ser real o simulada y en tal sentido recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativos, promesas 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 acaso judicial o administrativo. Suele suceder también que el agente teniendo influencia real aprovecha esta situación para convencer al interesado o sencillamente el interesado al tener conocimiento de que el agente en efecto tiene influencia real ofrece al agente y, por ende, este recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativos, etc. hecho del cual se vale para interceder ante estos funcionarios.

En este sentido, el artículo XI, num. 1, lit. c) de la Convención Interamericana contra la Corrupción considera la figura de tráfico de influencia como sigue: “Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí, o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”. La última reforma del Código Penal no se ajusta, precisamente, a los parámetros contemplados en la Convención.

Sin duda, la utilización de una influencia real que bien puede tener el agente perjudicaría la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, pero no entendemos de qué manera tratándose de la influencia simulada pueda afectarse en la misma dimensión de la influencia real. Sin duda alguna en este último caso es muy discutible admitir una relevancia penal. En todo caso, ¿cómo se expresa la lesividad al bien jurídico tutelado o a la puesta en peligro frente a un medio inidóneo? Por ejemplo, el agente (particular o funcionario público) que invoca una influencia que en realidad no tiene y un “beneficiado” que a sabiendas de que no es correcto ofrecer o dar donativo o promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, conviene en ello. Naturalmente, en relación con el agente el medio empleado es inidóneo y no habría intermediación ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un acaso judicial o administrativo ¿cómo entonces podría afectarse o ponerse en peligro el bien jurídico tutelado?

Ahora bien, la inclusión de la influencia simulada en el ámbito de la tipicidad del hecho punible no tiene razón de ser. No afecta o poner en peligro el bien jurídico tutelado suficientemente; en todo caso, estaríamos hablando

de una modalidad de estafa. Una influencia que no es tal no existe; es decir, lo que se finge no es real; por tanto, no tiene relevancia penal al menos en este ámbito del tipo en comentario.

Tanto autores nacionales como extranjeros sostienen que el bien jurídico tutelado por norma penal es “el prestigio y buen nombre de la Administración Pública”, “el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública”, etc. El solo hecho de invocar influencia reales o simuladas para obtener ventajas o beneficios indebidos no resultan suficientes para indicar que se ponga en peligro el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

Lo interesante en la norma penal es el segundo supuesto (tipo agravado) donde el agente (funcionario o servidor público) al invocar influencias reales o simuladas hacer perder dicha confianza y contribuye al descrédito de la Administración Pública, al hacer creer que los actos de la función y atribución son productos de motivaciones ajenas al cumplimiento estricto de la ley. Es correcto la incorporación del supuesto agravado que hizo el legislador peruano en la reforma del artículo 400 del Código Penal porque el sujeto activo (funcionario o servidor público) no puede aprovecharse de su condición especial (relación funcional) para invocar influencias simuladas o reales o teniéndola haga uso o no de ella porque en un Estado jurídicamente organizado, un factor fundamental para la convivencia pacífica es el factor confianza. Es decir, la confianza que debe tener el ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública.

Desde luego que invocar influencias equivale a “jactarse” del grado de ascendencia real o simulada sobre un funcionario o servidor público, asumiendo el agente, actitudes especiales que producen convencimiento en el particular sobre dicha ascendencia logrando el propósito esperado. En tal sentido, resulta irrelevante que el agente haya o no intercedido ante el funcionario o servidor público; el hecho se consuma en el momento y lugar en que el agente recibe cualquier ventaja o cuando se logra que el particular le dé o prometa, para sí o para otro, un provecho indebido.

La astucia, el ardid o la “habilidad” del agente como medios empleados para la consumación del ilícito penal deberán ser tomados en cuenta por el juzgador al momento del juicio valorativo de reproche. Estas condiciones, también, deberán tenerse en cuenta sobre todo en la invocación de influencias simuladas, donde el agente recurrirá a mayores esfuerzos de astucia y habilidad para convencer al particular y lograr su propósito indebido.

En ambos casos (influencia real o simulada), el funcionario o servidor público debe ser ajeno al tráfico de influencias. “La voz influencia se toma en el sentido de favorable disposición de una persona respecto de otra, al punto

de indicar fácilmente a la primera a que se ejecuta los deseos o los consejos de la segundas, sea cual fuere la razón de esta disposición”⁽³²⁶⁾.

La expresión “el que invocando influencias, reales o simuladas” que utiliza el legislador en el artículo 400 del Código Penal admite multiplicidad de formas que puede basarse en relaciones ciertas de parentesco, sociales, religiosas, en vínculos de amistad o simuladas, etc.

Estas pueden invocarse, explícita o implícitamente, con meridiana claridad o disimuladas, oculta, de manera expresa, etc. haciendo creer a los particulares que la función pública se mueve por medios de “favores recíprocos”, dinero, provecho patrimonial o cualquier otra ventaja.

IV. LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

La doctrina es unánime al señalar que los supuestos prohibidos sancionados en el artículo 400 del Código Penal tienen tres elementos objetivos:

- El acto de invocar tener una influencia sobre un funcionario público que tiene la obligación y facultad de emitir un pronunciamiento en un proceso judicial o administrativo de interés del comprador. Es menester señalar que la influencia invocada por el traficante puede ser real o simulada y tampoco se requiere que exista un proceso judicial o procedimiento administrativo abierto, debido a que la norma expresamente señala que también se pueden invocar influencias sobre funcionarios que en el futuro han de conocer una determinada causa.
- Ofrecimiento de ejercer tal influencia en favor del interesado a cambio de algo. Seguidamente el tipo exige que el sujeto activo se ofrezca a interceder ante el funcionario público –que afirma tener la capacidad para influenciar– en favor del comprador, este segundo elemento explica el por qué el sujeto activo inicialmente invocó tener influencias.
- Recibir, hacer dar o prometer **donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio** de cualquier otra naturaleza. No se sanciona si el sujeto activo ha realizado tal conducta (invocar influencia y ofrecerse a ejercerla en pro de los intereses del interesado), si es que no solicita, recibe, hace dar, prometer para sí o para un tercero ventaja ya sea de carácter patrimonial o de cualquier otra naturaleza, por lo que si un sujeto lo realiza a título gratuito su conducta no se subsumiría dentro de los alcances del tráfico influencias.

(326) MANZINI, Vincenzo. Ob. cit., p. 252.

V. LOS VOCABLOS “RECIBE”, “HACER DAR” O “PROMETER” EN LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL

El legislador en la configuración del ilícito penal descrito en el artículo 400 del Código Penal utiliza los vocablos “recibe”, “hacer dar o prometer” para sí o para un tercero (que puede ser una persona natural o jurídica) denota el propósito del agente, quien valiéndose de supuesta o real influencia percibe un beneficio indebido cualquiera a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público (ofrecimiento de interceder).

“La simulación de influencias debe tener como efecto el recibir, dar o prometer dinero u otra utilidad a favor del agente o de otros”⁽³²⁷⁾. Este donativo, promesas o cualquier otra ventaja que recibe, hace dar o prometer el agente, es a cambio o como precio del ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, en caso judicial o administrativo.

- **Recibir.** Es obtener y tomar uno lo que se le entrega, cobrar, tomar posesión, aprehender. Pero para los fines de nuestro comentario es aceptar, admitir lo exigido o solicitado al particular.

Es la conducta típica del agente que recibe un donativo o cualquier otra ventaja patrimonial o no como consecuencia de su exigencia para interceder ante un funcionario o servidor público, valiéndose de su invocación de influencia real o simulada.

- **Hacer dar.** Es la acción de lograr que se entregue algo a cambio de una supuesta influencia. Es decir, es lograr que se le entregue un donativo o cualquier otra ventaja, a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público para los fines descritos en el tipo.
- **Prometer.** Es la acción de la voluntad de dar o hacer en el futuro. Es el ofrecimiento o propósito de hacer o dar algún donativo o cualquier otra ventaja.

El donativo, la promesa o cualquier otra ventaja debe hacerse dar, recibir o prometer algo para sí o para un tercero como precio de la mediación ante el funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo con ofrecimiento de interceder.

En la invocación de influencias del agente (real o simulada) para lograr que el particular le entregue, le haga dar o prometa, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a cambio de sus mediación el funcionario o servidor

(327) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit., p. 281.

público debe ser ajeno al tráfico de influencias porque si tiene conocimiento y se beneficia de alguna manera con el donativo o cualquier otra ventaja, incurre en el delito de cohecho pasivo.

La norma en la configuración del tipo hace referencia de manera expresa que el ofrecimiento de interceder supuestamente debe hacerse ante un funcionario o servidor público que está conociendo (tiempo presente, en proceso, aun no resuelto) o haya conocido (tiempo pasado, ya se resolvió un caso judicial o administrativo).

Esta última expresión “que haya conocido” resulta irrelevante y dificulta la interpretación de la norma. No puede referirse o entenderse, necesariamente, que “la influencia se está ofreciendo para obtener un cambio en el fallo”, como lo sostiene el jurista peruano Juan Portocarrero⁽³²⁸⁾.

No es usual, y es poco probable, como hecho realista o práctico de convencimiento hablar de interceder en caso judicial o administrativo ya conocido o resuelto, más aún, si ha quedado consentida o ejecutoriada. El legislador peruano al tomar como fuente y modelo del artículo 400 del Código Penal, al artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 no hizo suya la expresión completa utilizada por el legislador colombiano en el tipo (“que esté conociendo o haya de conocer de un asunto”), que expresa la idea creíble de interceder ante un asunto que está en trámite, aun no resuelto, o de aquello que va a conocer, necesariamente.

Código Penal colombiano de 1980

Artículo 147.- “El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis meses y multa de un mil a cincuenta mil pesos”.

Es usual en el tráfico de influencias que el agente “venda” la idea creíble, basada en una supuesta o real influencia sobre el funcionario o servidor público de interceder de manera favorable ante un caso judicial o administrativo en trámite o, aún por resolver, o en aquellos casos en que por razón de turno, territorio, especialidad, etc., el funcionario o servidor público va a conocer que en aquello que ya resolvió o haya quedado consentida o ejecutoriada (que parece ser el caso) en la expresión “haya conocido” empleado por el legislador peruano.

(328) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 227.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Hay mucha discusión sobre el particular y como bien refiere Abanto Vásquez “el bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún prestigio o el buen nombre de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de derecho”⁽³²⁹⁾. En todo caso, tratándose del hecho punible tráfico de influencia real se afecta lejanamente la imparcialidad del funcionario o servidor público; desde luego, siempre que el funcionario o servidor público influenciado no haya participado ni conocido del entendimiento entre el traficante de influencia y el beneficiado. En todo caso, es atípica la acción de funcionario que se deja influenciar en estas condiciones.

En término genérico, el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública en términos generales y, en términos específicos, este hecho punible afecta la imparcialidad de la Administración Pública condicionando sus decisiones en beneficio de quien posee la influencia.

Resulta bastante cuestionable establecer como objeto específico de la tutela penal “el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función al servicio público del descrédito que puede derivarse del hecho de quien trafica pretendidas influencias ante algún funcionario o servidor público, haciendo creer que son corruptibles o doblegados ante sugerencias ilícitas”⁽³³⁰⁾; situación muy ajena a nuestra realidad. Hablar de honor de la Administración Pública y el prestigio no está acorde con un Estado democrático de derecho.

VII. EL SUJETO ACTIVO

Para el tipo básico, el sujeto activo es el particular que invocando 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 esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo; y en caso del tipo agravado, es el funcionario o servidor público.

(329) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 462 y 463.

(330) BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 70.

VIII. EL SUJETO PASIVO

Es el Estado como titular del bien jurídico tutelado afectado en su imparcialidad y objetividad que le deberían ser debidas. Naturalmente son expresiones muy genéricas. Subsidiariamente, también, podría ser el particular afectado en su patrimonio, por la acción del agente (vendedor de humo).

IX. LA PENA APLICABLE

El artículo 400 del Código Penal sanciona al agente imputable de la conducta descrita en el tipo básico con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Es sujeto activo en el tipo cualquier particular. Para el tipo agravado por el sujeto activo (si el agente es funcionario o servidor público), la norma penal sanciona al agente con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad 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”.

En ambos casos, la pena prescrita por el legislador no hace distinción entre el tráfico de influencia real o simulada lo cual no parece ser lo más equilibrado, proporcional o justo; toda vez que, tratándose del primer caso, se trata de actos preparatorios del delito de cohecho cuya relevancia penal resulta bastante cuestionado y, en el segundo caso, de un delito de función pública imposible de realización por el medio no idóneo empleado por el agente. En todo caso se configuraría un delito de estafa.

Un caso específico nos permite establecer lo discutible que resulta esta figura penal: el agente en realidad tiene influencia sobre un determinado funcionario (juez o fiscal) y se hace dar una dádiva por la persona a “beneficiar” a efecto de interceder por ante dicho funcionario que está conociendo un caso X. El magistrado es influenciado por el agente y favorece con un fallo a su recomendado sin recibir nada a cambio; desconociendo todo arreglo. No hay delito de cohecho, pero sí quedó consumado el delito de tráfico de influencia real imputable al agente. La cuestión por resolver acerca del “beneficiado” es establecer si su conducta (dio una dádiva para sobornar al juez porque así lo acordó con el agente). Este al verse beneficiado ha quedado convencido que el juzgador ha sido sobornado y el agente (traficante de influencia) cumplió con el encargo tal como se había pactado.

Capítulo XIX

Enriquecimiento ilícito

Artículo 401.- “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, cualificado por el sujeto activo (funcionarios o servidores públicos) que responde a un incremento patrimonial injustificado con respecto a los ingresos del funcionario público durante su ejercicio en la función pública. No se trata de un

incremento patrimonial ínfimo o insignificante, sino de uno realmente considerable. Un incremento patrimonial con las mismas características, pero adquirido antes de la función pública no será considerado dentro de este tipo por su carácter residual; más aún si ese incremento se realizó con posterioridad, pero que tenga relación con el ejercicio del cargo.

El delito de enriquecimiento ilícito carece de descripción propia. Como acción típica no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la Administración Pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como vemos, esa es la *ratio legis* (razón político criminal de creación del delito). El enriquecimiento ilícito, al tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería solo aplicable ante la falta de otro delito contra la Administración Pública. La doctrina nacional predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el que operaría para impedir, precisamente, que, por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado, directa o indirectamente, del ejercicio de la función y que razonablemente no sea justificado.

El delito de enriquecimiento ilícito se ubica dentro de los delitos de corrupción de funcionario y el primer esfuerzo normativo orientado a la persecución del enriquecimiento ilícito lo encontramos en la Constitución Política de 1979, al establecer en su artículo 62 que “Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y la cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos. El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargo ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito. La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a lo que se refiere este artículo”. También el artículo 41 de la Constitución vigente de 1993 (segundo párrafo) literalmente expresa: “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula denuncia cargos ante el Poder Judicial”. Esta prescripción constitucional admite diversas interpretaciones.

No obstante, el imperativo constitucional por tipificar este delito no significa que tenga un desarrollo correcto o adecuado a los principios de garantías constitucionales. Tiene base constitucional, pero no necesariamente un desarrollo del constitucionalismo racional. Esta figura penal ha sufrido una

serie de modificaciones sustanciales en cuanto constructo de base poco racional. La penúltima, a través de la Ley N° 29703, generó polémica por su puesta flexibilización del tipo que debilitaba la lucha contra la corrupción en el país y, desde luego, la última a través del Decreto Legislativo N° 1243.

Las críticas emergen desde distintos ángulos. Los aspectos más críticos del tipo se expresan en la presunción de ilicitud del incremento patrimonial durante funciones (no expresa nada en relación antes y después del ejercicio de sus funciones), la inversión de la carga de la prueba, el carácter subsidiario del tipo, la autoría, la coautoría, complicidad, instigación, el concurso real y aparente de leyes, el bien jurídico tutelado por la norma penal, la tentativa, entre otras cuestiones no del todo resueltas. Puede apreciarse que en un Estado de derecho no garantiza lo suficiente los derechos fundamentales si no otorga un significado constitutivo en la totalidad del sistema constitucional. Claro, el Derecho del Estado constitucional no es el mejor de lo imaginable, pero es el mejor de lo realmente existentes y hacia ella nos orientamos.

Un Estado constitucional de derecho no puede permitir que las deficiencias del Estado se corran traslado al particular. En tal sentido, un Estado de tal naturaleza no admite ninguna presunción de culpabilidad, tampoco inversión de la carga de la prueba, mínima actividad de prueba, indeterminación de supuestos prohibidos, etc. Dicho esto, ¿cuánto de racionalidad argumentativa puede hallarse en la fórmula prescriptiva del artículo 401 del Código Penal?

“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”. La aparente simplicidad de dicha fórmula encierra una tarea compleja de explicación e interpretación. No obstante, el tipo debe ser un desarrollo de las pautas constitucionales en sentido fuerte de prescripción.

Por eso, un Estado constitucional supone un sometimiento del poder al Derecho, la racionalidad del decisor. Supone, también, una exigencia fuerte a la tarea justificativa de los órganos públicos. Entonces, un tipo penal tiene que describirse de manera expresa e inequívoca los supuestos prohibidos o exigidos para de esa manera impere el imperio de la fuerza de la razón. Un tipo penal tiene que estar a la altura de las exigencias del principio constitucional *nulla poena sine lege*. Función de garantía del tipo que recoge el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Carta Fundamental de la República⁽³³¹⁾. El nuevo tipo está más lejos que cerca de aquel principio.

(331) Constitución Política del Estado

Artículo 2, inciso 24, literal d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley”.

No es precisamente un tipo garantista lo descrito por el artículo 401 del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 1243 porque la misma línea de las reformas anteriores y no precisa de manera expresa, clara e inequívoca los supuestos posibles de realización como se exige de acuerdo con el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado.

¿Por qué es importante la adecuación típica con los supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca? Porque la adecuación típica es indiciaria de la antijuridicidad⁽³³²⁾ y en el análisis integral del tipo importa tener en consideración la teoría analítica de afirmación y la teoría analítica de negación. Por la primera, se puede establecer si la conducta es típica penalmente, antijurídica y ser culpable; para luego, pasar a cada nivel de análisis para determinar si se dan las fases negativas en correspondencia en cada fase de afirmación como la atipicidad, causas de justificación, causas de inculpa-bilidad y de exculpación. De esa manera, serían más justas, racionales y humanas las decisiones judiciales; peor aún, si tomamos en consideración que las penas establecidas para el delito de enriquecimiento ilícito son severísimas con relación a la legislación comparada y todos los antecedentes nacionales.

Todo ello no sería posible establecer o aplicarse por la forma cómo se ha configurado el tipo: enriquecimiento ilícito en el artículo 401 del Código Penal. La frase utilizada por el legislador nacional en la configuración del

Para determinar la constitucionalidad del artículo 401 del Código Penal es importante determinar, primero, si esta tipificación está permitida en las normas internacionales de derechos humanos y en la Constitución, y segundo, si esta configuración típica cumple con los requisitos formales y sustantivos para que sea del todo adecuada constitucionalmente. Aun cuando la norma tiene algún sustento constitucional determinado por el artículo 41 de la Carta Magna de 1993 que en el segundo párrafo literalmente se expresa: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula denuncia cargos ante el Poder Judicial"; resulta bastante discutible constitucionalmente la forma como se ha tipificado el injusto en el artículo 401 del Código Penal, ya que no describe de manera expresa e inequívoca los supuestos que debe contener todo tipo penal tal como lo determina el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución. Discutible en cuanto, aparentemente, viola el principio de la legalidad, de la carga del prueba, de la inocencia, de la función garantista del tipo, etc., garantías que sustentan a un real Estado de derecho. Todas estas garantías y derechos constitucionales no excluye a los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma república de gobierno tal como reza el artículo 3 de la Carta Fundamental de la República; de manera que cuando dos normas constitucionalmente entran en conflictos o colisión debe preferirse, interpretarse y aplicarse aquel que mejor protege los derechos humanos del sospechado. Un Código Penal es un texto orgánico de desarrollo constitucional, de manera que debe interpretarse extensivamente si favorece al reo y restrictivamente si lo perjudica. Precisamente porque la liberalidad constitucional exige una función de garantía del tipo penal.

No cabe duda que la interpretación judicial de la norma penal se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial. La función específica del juzgador es aplicar la ley pero está constantemente obligado a interpretar la norma que debe aplicar, buscando su sentido para el caso concreto que lo lleva muchas veces a flexibilizarla o interpretarla restrictivamente para ello debe preferir en materia de derechos humanos a los tratados y convenciones celebrados por el Estado en vigor y la Constitución.

(332) Ver: ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 5.

tipo: “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”.

No describe supuestos, sino una situación de efectos; un resultado no una causa. Esta condición fáctica se corrobora con la prescripción indiciaria: “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. La norma penal no establece mayores elementos para establecer cómo y de qué manera se incrementa ilícitamente su patrimonio durante el ejercicio de funciones. Es posible incrementar ilegalmente cohechando, peculando, robando, etc., pero son conductas que tienen tipificación propia.

“Incrementar su patrimonio abusando del cargo” es equivalente a enriquecimiento ilícito, tal como se desprende del último párrafo que se ha establecido como un indiciario, pero no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, “un hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible) porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de “Derecho Penal de autor” incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo 44 de la Carta Magna y se recoge expresamente en el artículo IV del Código Penal.

El referente indiciario de sospecha lo constituye su declaración jurada de bienes y rentas cuando esta 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. Estos “supuestos” son referenciales al ingreso legítimo del funcionario o servidor público y a su declaración jurada de bienes y rentas. Claro está que no todo ingreso legítimo puede demostrarse por su liberalidad (donación recibida, ingresos extras, etc.), pero para el Estado supone ilegal hasta que se demuestre lo contrario lejos de suponer legal hasta que el propio

Estado demuestre lo contrario. Parece indicar que todo incremento no justificado se supone ilícito, no al revés.

La ilicitud o licitud de la causa que determina aquel incremento, según la norma penal (el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos...), en términos prácticos va a estar determinado, en parte sustancial, por el esfuerzo que haga el sospechado (funcionario o servidor públicos) en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener por justificar, no de cualquier manera, sino razonablemente dicho incremento (inversión de la carga de la prueba); si el agente no prueba la causa lícita de su incremento patrimonial, el titular de la carga de la prueba, sin mínimo esfuerzo, bien puede suponer una causa ilícita y formular acusación por enriquecimiento ilícito y el juez condenarlo a mérito de dicha acusación. ¿Quién determina si la justificación es razonable o no?; el juzgador. ¿Cuál es el supuesto-cause de ilicitud de su incremento patrimonial y cuáles las pruebas que sustentan la acusación y una sentencia condenatoria? Las respuestas nos sugieren muchas interpretaciones largamente discutibles.

La entidad del incremento patrimonial penalmente relevante ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el tercer párrafo del artículo 401 del Código Penal⁽³³³⁾, según la cual es necesario un incremento patrimonial o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas; este incremento debe ser “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. Esto implica que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca relevancia.

Todos estos cuestionamientos al tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal tienen expresión material en las decisiones de los juzgadores, que tenían diversas interpretaciones sobre la naturaleza constitutiva de este delito. Lo es, tanto así, que en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal realizado en Lima entre el 20 y 21 de junio de 2008, las Cortes Superiores del Perú se plantearon las siguientes interrogantes a resolver:

Tema II - Enriquecimiento ilícito:

(333) “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”.

1. ¿Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posesión funcional del funcionario público?

Ponencia 1. Sí es necesaria la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento), toda vez que, por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio.

Ponencia 2. No es necesaria la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento) y el cargo desempeñado por el funcionario público bastando con establecer la condición de funcionario en el periodo de enriquecimiento.

Por mayoría se acordó la Ponencia N° 01.

2. ¿Quién tiene la carga de la prueba en la determinación de la existencia o no de un enriquecimiento ilícito?

Ponencia N° 01. El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente en el periodo que tuvo dicha condición.

Ponencia N° 02. El enriquecimiento ilícito es un delito de no justificación, por lo que el imputado debe justificar razonablemente la relación entre sus ingresos y egresos.

El Pleno por mayoría acordó la Ponencia N° 01.

Estas cuestiones puestas a debate, sin duda alguna, no requerirían de mayores contratiempos de explicación e interpretación de haber tipificado de acuerdo con la racionalidad de las pautas constitucionales de garantías establecidas en la Carta Fundamental de la República. No obstante, queda claro que la mayoría de magistrados en el nivel superior considera que es un tipo no de supuestos sino de resultado (ver: Ponencia N° 01: “Sí es necesaria la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento)”. Las reformas sucesivas del artículo 401 del Código Penal no han variado estas condiciones; por tanto, subsiste el mismo problema a determinar. Incluso, existen magistrados que consideran que este ilícito penal es un delito no de no justificación y, consecuentemente, que debe correrse traslado al imputado la carga de la prueba. ¿Existen poca o nula claridad en el tipo que permiten estas interpretaciones? Desde luego que sí, no otra manera se cuestiona tanto a esta figura penal.

En estas condiciones, muy a pesar de estos plenos de las cortes superiores no resulta lejana a la realidad ni tremendista esta expresión: “El representante

del Ministerio Público al no poder probar los hechos que se te imputan ante un magistrado; entonces, el magistrado debe exigirte que tú pruebes que no te has enriquecido ilícitamente sino lícitamente, de lo contrario, el fiscal te acusará y el juez te sancionará³³⁴⁾. El incremento de la carga de los juzgadores los lleva a no argumentar adecuadamente sus decisiones orientándose por la práctica de utilizar modelos estereotipados que con frecuencia constituyen una forma de no motivar razonablemente sus decisiones que pueden tener consecuencias graves por quedarse como decisionista y no un decisor. Hay una relación estrecha entre el Estado constitucional y la argumentación jurídica razonable.

Ahora bien, el agente durante el ejercicio de la función pública puede, abusando de su cargo, incrementar su patrimonio de muchas maneras, lo relevante es determinar la causa ilícita de dicho incremento o, dicho de otra manera, de donde proviene el ilícito incremento patrimonial, bien sea esta de un delito común o de función pública o de cualquier otra índole; cuestiones no aun del todo resueltas por lo complicado de su construcción.

Entre los autores nacionales no existe criterio uniforme para establecer la causa ilícita del incremento del patrimonio con las exigencias del tipo; bien puede resumirse en lo siguiente:

- De una mera infracción administrativa.
- De un delito común.
- De un delito contra la Administración Pública.
- De cualquier hecho punible (común o de función pública).
- De una fuente no ilícita (inmoral o no ética).

¿Pero cuál es la importancia de determinar la causa ilícita del incremento del patrimonio para la aplicación del hecho práctico? Si se llega a establecer que el origen del incremento patrimonial del agente durante el ejercicio de sus funciones públicas es como consecuencia de un delito contra la Administración Pública (cohecho, peculado, etc.), el sujeto activo será sancionado por el delito en cuestión y no por enriquecimiento ilícito. Dícese lo propio si el incremento proviene de un delito común cualquiera cometido por el agente durante el ejercicio de la función pública; obviamente, en este caso, al agente se le sancionará por el delito común determinado (estafa, robo, etc.).

(334) Ver: HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 218.

Aceptar como causa ilícita del incremento del patrimonio del agente al primero y al último de los supuestos supondría negar el carácter subsidiario del tipo penal: enriquecimiento ilícito porque la causa de la ilicitud no necesariamente tiene que ser de origen penal, lo cual supondría extender el Derecho Penal peligrosamente más allá del ámbito de su aplicación.

Toda ilicitud de naturaleza civil o de cualquier otra índole tiene su tratamiento efectivo o su repuesta cabal que se agota en su propio ámbito de acción. Hace mucho tiempo que la moral y la ética se separaron del Derecho Penal estableciéndose para cada cual su propio campo de acción que en determinadas ocasiones puede coincidir, pero cada cual sigue su propio tratamiento y se agota en ella. De manera que no podemos, a partir de este razonamiento, negar que el injusto penal en comentario no tenga carácter subsidiario.

Hacer extensiva la procedencia del ilícito incremento de su patrimonio del agente a toda infracción sin contenido penal es ubicarse en una postura no acorde con los postulados del Derecho Penal liberal que sustentan un Estado constitucional de derecho. También resultaría incongruente e inconsistente para aquellos autores que sostienen la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento ilícito. ¿Cómo podría operar esta condición cuando su origen proviene de una fuente no ilícita penal? Esto supondría aceptar la autonomía del injusto en comentario, siendo que lo principal y lo accesorio como resultado en Derecho Penal no coexisten, sino se excluyen.

En nuestro medio parece sugerir esta posibilidad cuando Abanto Vázquez afirma: “El tipo penal no exige probar la naturaleza del origen ilícito del enriquecimiento ilícito apreciable. Aparentemente, el incremento patrimonial podría provenir de una mera infracción, de un delito cualquiera o de un delito contra la Administración Pública; incluso podría provenir de una fuente no ilícita, pero sí inmoral o antiética (p. ej., la prostitución, una apuesta ganada), o por último podría tener una fuente lícita, pero que no puede ser demostrada por el funcionario (p. ej. una liberalidad anónima)⁽³³⁵⁾” (sic)⁽³³⁶⁾.

El autor parece no reparar que el referente de sospecha constituye su declaración jurada de bienes y rentas cuando esta 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

(335) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 483.

(336) El indiciario a que hace referencia el artículo 401 del Código Penal es como sigue: “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”.

cualquier otra causa lícita. Lo que implica que el tipo admite, por interpretación *a contrario sensu*, las causas ilícitas o ingresos ilegítimos en la configuración del tipo. En este estado de las cosas, la norma penal parece indicar (y no debería indicar) que corresponde al agente la obligación de acreditar que el incremento de su patrimonio responde a:

- Los sueldos o emolumentos percibidos.
- Incremento de capital; o
- De sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Nada impide que el procesado aporte pruebas sobre sus ingresos lícitos, pero no puede estar obligado a ello. La exigencia imperativa de probar hechos corresponde al fiscal acreditar. Acreditar, en el mejor de los casos, el incremento patrimonial de manera ilícita a través de una actividad probatoria mínima. No se presume la culpabilidad, se prueba.

Muy a pesar de los acuerdos plenarios, existe una exigencia débil para que el agente aporte pruebas que acredite el origen lícito del incremento de su patrimonio de manera notoria. Esta exigencia parece emerger de la prescripción del tipo: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”⁽³³⁷⁾. Aun cuando se eliminó la expresión: “y que no pueda justificar razonablemente”, siempre queda pendiente si del nuevo precepto emerge la exigencia para que el sujeto a investigación justifique o no razonablemente sus ingresos legítimos.

Si optamos por considerar que ya no se puede exigir al agente justificar sus ingresos legítimos porque corresponde al fiscal demostrar lo contrario, no ubicamos en una posición correcta de garantismo fuerte. Al ubicarnos en sentido contrario dicho garantismo pierde vitalidad o se neutraliza. No obstante lo dicho, las razones de política criminal que dieron origen a la creación de esta figura penal fueron precisamente las dificultades de probar el hecho corruptor de otras figuras penales. Negar esa condición de exigencia es volver al mismo estado de dificultades que motivó este engendro legislativo rechazado por la democracia más avanzada de los EE. UU. y Canadá.

Ahora bien, la disyuntiva de justificar o no justificar por parte del procesado sus ingresos lícitos es una cuestión facultativa de este. Claro, solo se justifica cuando se es requerido, nadie justifica nada sin requerimiento; pero

(337) Antes de la reforma, el texto prescriptivo del artículo 401 del Código Penal establecía: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente...”.

¿puede entenderse el requerimiento como inversión de la carga de la prueba? Sí y no al mismo tiempo. Sí tiene un contenido conminativo; no, si va orientado a establecer la posibilidad de su derecho de aportar prueba. De otra manera, toda explicación e interpretación en sentido fuerte de requerimiento no es racional, tampoco garantista.

Queda claro que nada puede variar el papel del representante del Ministerio Público sobre quién recae la carga de la prueba. Por tanto, le corresponde llevar a cabo la actividad probatoria suficiente que sustente racionalmente la presentación de su caso, lo cual implica que debe probar el origen ilícito del patrimonio del funcionario en forma, tiempo, circunstancia, etc. de manera cierta. No de cualquier manera, sino sujeta al control racional de sus actuaciones, lo cual implica demostrar que el agente incrementó su patrimonio de manera ilícita dentro del ejercicio de sus funciones. No antes ni después.

En términos reales, ningún esfuerzo teórico nos convence para aceptar que no cabe la inversión de la carga de la prueba (en sentido fuerte o débil) en este injusto penal. Como bien refiere Fontán Balestra: “La prueba de que el requerido se valga para justificar la licitud de la procedencia del acrecentamiento patrimonial puede ser de cualquier naturaleza: la ley nada dice”⁽³³⁸⁾. Reflexiones extensivas al caso peruano a pesar de la estructura diferente del injusto: enriquecimiento ilícito. Su diseño admite muchas explicaciones e interpretaciones por la ambigüedad de su prescripción, porque no precisa supuestos prohibidos, sino resultados de otros delitos propios.

En ese mismo nivel de pensamiento parece ubicarse el Portocarrero Hidalgo, al sostener: “Los incrementos lícitos como el sueldo, compatible con el cargo, honorarios profesionales, transacciones comerciales, donación, herencia, entre otros, durante el ejercicio del cargo no forman parte del tipo, se incluyen dentro de él, los incrementos procedentes de operaciones ilícitas, siempre que no constituyan delitos independientes, como peculado, cohechos pasivo, colusión, concusión, etc.; pues a este delito mayoritariamente se le considera en la doctrina como subsidiario, porque enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamiento que ya tienen tipo”⁽³³⁹⁾. Portocarrero parece negar el carácter subsidiario del tipo y afirmar la naturaleza autónoma del injusto penal. Sin embargo, es lícito preguntarse: ¿cuáles son las operaciones ilícitas que no constituyen delitos independientes?, o, dicho de otra manera, ¿cuáles son estos comportamientos que no tienen tipo pero que son considerados ilícitamente? Portocarrero no ha desarrollado los alcances de su pensamiento pri-

(338) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 368.

(339) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 230.

vándonos de este privilegio. En materia penal lo que no está prohibido está permitido; lo ilícito está determinado por la ley penal.

Para Frisancho Aparicio: “El enriquecimiento ilícito implica, en la generalidad de los casos, un acrecentamiento patrimonial obtenido en base a la comisión de varios delitos contra la Administración Pública. En efecto, el enriquecimiento puede provenir de un peculado, cohecho, colusión, o de cualquier otro delito de aquellos propios del servidor oficial y que representan utilidades o beneficios lucrativos. La subsidiaridad del enriquecimiento ilícito opera para impedir que, por falta de demostración de uno o varios delitos cumplidos con abuso de poder, los mismos queden impunes”⁽³⁴⁰⁾.

Rojas Vargas parece ubicarse en el extremo de una interpretación extensiva de la causa ilícita expresada en el incremento de su patrimonio al sostener que un funcionario o servidor público puede enriquecerse por razón del cargo, y ser ese **enriquecimiento valorado negativamente a título de ilicitud penal**, con base en tres supuestos⁽³⁴¹⁾:

- Cometiendo ilícitos penales comunes o también incurriendo en actos de ilicitud civil (incumplimiento de obligaciones, celebrando contratos leoninos, etc.) prevaleciendo del cargo o valiéndose de él.
- Cometiendo delitos de función pública.
- Haciendo valer su cargo para obtener bienes que incrementen su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Para luego aclarar que en este último caso ingresan las conductas delictivas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa.

El destacado autor nacional parece ubicarse en una postura ecléctica, totalitaria y poco consecuente. Los actos de ilicitud civil tienen su tratamiento y campo de acción propia. Aceptar esta interpretación es llegar a establecer que el tipo en cuestión sería subsidiario y autónomo al mismo tiempo; dependiendo del origen que dio motivo al enriquecimiento ilícito. Finalmente referirnos al último supuesto es atentar contra el principio *ne bis in idem*. Cuestiones fundamentales que iremos desarrollando a lo largo de nuestros comentarios.

La política criminal que sustentó el origen o creación de este injusto penal (enriquecimiento ilícito) fue frente a los delitos de corrupción que, de allí que se diferenciaron, por su estructura o por la técnica legislativa empleada

(340) FRISANCHO APARICIO, Manuel. Ob. cit., p. 3284.

(341) Ver: ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 609-611.

en la configuración del tipo, tanto en la legislación argentina como la colombiana, no cambia la naturaleza subsidiaria del tipo. Tampoco negar del todo que esta tiene su origen en los delitos de función pública y lo es tanto así en la legislación nacional no solo por su origen sino por lo establecido en los artículos 401-A y 401-B del Código Penal.

Hacer extensiva la procedencia del ilícito incremento del patrimonio del agente a todo delito común o como algunos autores sugieren, incluso, a una mera infracción administrativa o ética sin contenido penal resulta incongruente; toda vez que, con el carácter subsidiario del tipo, no podría operar esta condición, peor aún, cuando su origen proviene de una causa ilícita sin contenido penal. El injusto solo es subsidiario frente a un tipo penal principal y no de meras infracciones sin contenido penal. Ahora bien, resuelta esta cuestión, el problema es determinar si el origen proviene de hechos punibles de función pública o de delito comunes.

Algunos referentes fundamentales, establecidos en la legislación nacional, nos permiten establecer que el origen de este injusto penal solo debe provenir del delito de función pública:

- La política criminal que sustentó su creación u origen.
- La ubicación y sistematización del tipo entre los delitos contra la Administración Pública (Título XVII) luego entre los delitos cometidos por funcionarios públicos (Capítulo II) y específicamente entre los delitos de corrupción de funcionarios públicos (Sección IV) del Código Penal.
- Por coherencia en la técnica legislativa empleada por el legislador al establecer los artículos 401-A y 402-A del Código Penal.
- La no existencia entre nuestra legislación el delito de enriquecimiento ilícito del particular; y,
- Por su inaplicabilidad práctica. Imagínese a un funcionario o servidor público que se enriquece matando a un tercero o asaltando ser condenado por enriquecimiento ilícito.

En relación a la procedencia del ilícito incremento del patrimonio del agente por comisión de delitos comunes, en todo caso, como bien refieren los colombianos sí funcionaría, si existiese el delito de enriquecimiento ilícito de los particulares. Es la forma correcta de ubicar la procedencia tanto de función pública como de los delitos comunes. En este sentido, la legislación colombiana es coherente. Al tipo accesorio (enriquecimiento ilícito) le corresponde un tipo principal (delitos de función pública); al tipo accesorio (enriquecimiento ilícito de particular) le corresponde un tipo principal (estafa, robo, etc.) una excluye a la otra coherentemente.

Código Penal colombiano del 2000

Artículo 412. Enriquecimiento ilícito de funcionario público

“El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años”.

Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares

“El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por su lado, Prado Saldarriaga afirma que el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito funcional como el cohecho pasivo, el peculado o actos de concusión. En buena cuenta –refiere– estamos ante un delito de carácter subsidiario. Solo en la medida que el enriquecimiento ilícito no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal⁽³⁴²⁾.

Por nuestro lado compartimos la tesis de Gálvez Villegas en cuanto a establecer que la procedencia del incremento de su patrimonio que tiene su base de procedencia de actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a lo penal no resulta absorbible por la tipicidad del enriquecimiento ilícito⁽³⁴³⁾. La fuente del enriquecimiento ilícito configurativo del tipo penal es **toda ilicitud con contenido penal no de otra manera operaria el carácter subsidiario del tipo**. Sin embargo, no compartimos el carácter de figura independiente de este hecho punible que pretende con denodados esfuerzos convencer el precitado autor.

(342) Ver: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 1996, pp. 195 y 291.

(343) Ver las interesantes disquisiciones teóricas del autor nacional en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 139-142.

En un esfuerzo teórico por establecer la ilicitud con contenido penal como fuente del enriquecimiento ilícito, sea de delitos comunes o de función pública, un buen referente de interpretación lo constituyó en el pasado el artículo 401-A (decomiso) y 401-B (adjudicación al Estado de bienes decomisados) del Código Penal. El primer artículo establece que, en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados y en el segundo la adjudicación de los bienes decomisados e incautados al Estado. Estos artículos no se restringen única y exclusivamente al tipo, enriquecimiento ilícito, sino que se extienden a todos delitos de función pública. Asimismo, debe tomarse en consideración que la sistematización y ubicación del injusto penal en comentario se ubica en el Título XVIII - Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II - Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección IV - Corrupción de funcionarios. De manera que, en el plano teórico, sostenemos que el enriquecimiento ilícito proviene de los delitos de función pública pero que por dificultades probatorias no pueda sancionarse el agente y quede impune se creó la figura penal de enriquecimiento ilícito para evitar que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por dificultades probatorias.

El intrínquilis de la inversión de la carga de la prueba no se explica por naturaleza constitutiva del tipo como refiere SOLER: “El problema que presenta el enriquecimiento de funcionarios en gran medida afina en la dificultad de la prueba. En realidad, los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación compatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión”⁽³⁴⁴⁾. En tal sentido, de probar el hecho punible primigenio ya no hace falta esta figura penal de enriquecimiento ilícito.

En suma, no puede considerarse remotamente la posibilidad de considerar como fuente de enriquecimiento ilícito a delitos fuentes ya probados y sancionados o de aquellos que por falta de pruebas el agente fue absuelto. Insistir en otra investigación a partir de estos hechos sería atentar contra el principio constitucional establecido: *non bis in idem*; inconcebible en un Estado constitucional de derecho.

Los tipos penales son construcciones normativas del legislador que contienen supuestos prohibidos o exigidos por el Derecho Penal, bajo amenaza de imponer la pena contemplada generalmente en la misma norma; y como tal siguiendo la orientación de la teoría analítica del delito como una forma de abordar el delito importa tener en consideración la teoría analítica de afirmación y la teoría analítica de negación. Por la primera, se puede establecer si

(344) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 205.

la conducta es típica penalmente, antijurídica y ser culpable, para luego pasar a cada nivel de análisis con el fin de determinar si se dan las fases negativas en correspondencia en cada fase de afirmación como la atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y de exculpación⁽³⁴⁵⁾. De esa manera, serían más justas, racionales y humanas las decisiones judiciales, más aún, si tomamos en consideración que las penas establecidas para el delito de enriquecimiento ilícito son severísimas con relación a la legislación comparada y todos los antecedentes nacionales.

En tiempos modernos de la racionalización del poder, racionalización de la decisión, la racionalidad de la argumentación jurídica, etc., se hace complicado para el tipo penal en concreto aplicar la teoría analítica del delito. Si la función del tipo deja de ser garantista al no existir claridad, definición expresa e inequívoca del supuesto prohibido por la norma penal. La negación de la tipicidad es la atipicidad. Establecer los referentes para determinar que una conducta no es típica trae serias dificultades por la forma como el legislador nacional ha tipificado este injusto en el artículo 401 del Código Penal. El tipo no describe supuestos de manera expresa e inequívoca, sino resultados de una acción dolosa propia e independiente. Si lo es para la tipicidad, lo propio sucede con el indiciario de antijuridicidad; es decir, se presentarían serios problemas para establecer las causas existentes que hacen desaparecer la antijuridicidad. No tendrían cabida para operar. También la pena contemplada en el tipo resultad draconiana, desproporcionada que superan, en la mayoría de los casos, a los tipos penales autónomos o específicos con el peculado, cohecho, etc. Puede entenderse que un delito específico o principal usualmente tiene una pena mayor al accesorio. También, al no establecerse referente valorativo en relación al monto del incremento patrimonial ilegal, resulta desproporcionado parificar una pena a incrementos distinto o dicho de otra manera a resultados distintos.

II. EL REFERENTE PATRIMONIAL

Nuestra legislación, a diferencia de la colombiana, no contempla un referente específico de cuantificación patrimonial como supuestos que atenúan o gravan la penalidad. Son otras circunstancias, en términos generales, que el legislador ha tomado en consideración para agravar o atenuar la pena contemplada para este injusto penal.

(345) Sobre el particular, resultan muy interesantes los juicios reflexivos que sobre la teoría “analítica del delito” desarrolla Fidel Rojas Vargas en su obra citada (pp. 77-90).

En efecto, el segundo párrafo del artículo 401 del Código Penal contempla la figura penal agravada del tipo en los siguientes términos: “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”.

Ahora bien, el referente de la estimación valorativa o cuantificación dineraria del incremento de su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones está expresada en la expresión amplia: “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es **notoriamente superior** al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

La ambigüedad de la frase “notoriamente superior” constituye el referente fundamental para establecer si hubo o no enriquecimiento ilícito. El problema a determinar es cuánto de racionalidad contiene esta expresión. Primero, porque esta expresión está relacionada a los ingresos de manera que el agente tiene un ingreso considerable en relación a otro que tiene un ingreso modesto. En ambos casos, por ejemplo, S/ 10,000 para el primero no es notoriamente superior; sí lo es, en relación al segundo. Desde ya aquello sería discriminatorio. Entender, de esta manera, el concepto de notoriamente superior es injusto.

Dicho de otra manera, si los ingresos del agente fueron 100 y tiene un incremento no justificado razonablemente de 101, ¿podría considerarse notoriamente superior?; ¿qué otros referentes, fuera de aquel establecido normativamente por el legislador, deberá tener en consideración el juzgador para determinar si estamos o no ante el hecho punible de enriquecimiento ilícito? Interrogantes que iremos desarrollando a lo largo de nuestros comentarios. Por ejemplo, para el delito peculado ya resulta relevante que el agente se apropie de montos que superan las 10 UIT porque agrava el hecho. Este mismo referente cierto debe establecerse para el caso de enriquecimiento ilícito.

Claro, el delito de enriquecimiento ilícito, aun siendo pluriofensivo, siempre afecta el patrimonio del Estado o de los particulares de manera considerable, pero con mayor o menor incidencia en relación al normal y correcto ejercicio de las funciones públicas. De no ser así poco importaría el incremento notorio porque igual si el incremento (ilegal) es notorio o no siempre afecta el normal y correcto ejercicio de las funciones públicas.

Si la lógica argumentativa de reproche se da porque el incremento patrimonial del agente es notorio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones porque afecta el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones y esta situación es la que caracteriza al injusto penal, entonces cómo explicar que este mismo incremento no notorio no afecta el bien jurídico tutelado antes señalado y el mismo es atípico. Si el incremento es notorio no agrava el tipo, sino es el elemento objetivo constitutivo del tipo. En otras legislaciones penales esta circunstancia del incremento patrimonial notorio agrava el tipo y no constituye un elemento.

Teóricamente, el perjuicio que genera el enriquecimiento ilícito es inmensamente mayor y trasciende cualquier contenido patrimonial o moral (no podemos confundir el Derecho Penal y la moral pública quienes tienen sus propios espacios y tratamientos diferenciados). El reproche penal y el reproche moral no son consustanciales necesariamente, aun cuando puedan coincidir, en ocasiones, simultáneamente. Lo fundamental para nuestra legislación importa establecer el reconocimiento que el injusto tiene la naturaleza de ser un delito pluriofensivo cuya acción dolosa afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, pero el bien jurídico tutelado preponderante es el ejercicio correcto de la función pública (bien jurídico genérico). Siendo, esto así, lo lógico es establecer que cualquier incremento ilegal, sustancial o no, del patrimonio siempre afecta el bien jurídico tutelado preponderante. No obstante lo dicho, sin embargo, el incremento notorio en todo caso debe agravar la pena, no constituir un elemento objetivo del tipo porque el patrimonio del Estado no es lo preponderante. La coherencia se explica por la racionalidad de la inferencia. Por ejemplo, en el delito de peculado si se apropia de 100 o un millón de soles; igual en ambos casos constituye delito (no existe falta de peculado), pero lo que agrava es el monto de lo sustraído.

Esta misma disposición puede operar para el tipo en comentario.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN EL TIPO PENAL POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

“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”.

El legislador al modificar el artículo 401 del Código Penal por Ley N° 28355 y por Ley N° 29703 se incorporó una figura agravada al tipo penal por la condición elevada del cargo que ocupa el agente. El artículo 401 escuetamente prescribía: “El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”. De manera que con el nuevo tipo penal lo que agrava el hecho punible no es el valor o cantidad de lo incrementado en su patrimonio ilícitamente durante el ejercicio de su función pública o la disminución de sus deudas, etc., sino por la condición especial del agente. Es decir, si el sujeto activo es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. Se agrava el tipo cuando se trata de funcionarios públicos que han ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o están sometidos a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional.

Para nuestra legislación no es tan cierto que el injusto no tenga fundamentalmente un contenido patrimonial (notoriamente superior) como lo podría entender alguna parte minoritaria de la doctrina nacional o extranjera; es un delito pluriofensivo. Sin embargo, sin dejar de reconocer el carácter pluriofensivo del injusto penal, cuya acción dolosa del agente afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, el legislador debió considerar la cuantía o el valor de los bienes incrementados en su patrimonio como referentes para agravar o atenuar la pena y no emplear un término tan genérico, vacío como la expresión (notoriamente superior). Ello, sin dejar de considerar que el bien jurídico tutelado preponderante es el ejercicio correcto de la función pública.

Otras de los cuestionamientos que surgen en la forma como se ha redactado el tipo agravado es lo relativo a considerar como sujetos activos del tipo agravado a los funcionarios públicos que hayan ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. Trae a colación la vieja tesis de considerar a los funcionarios de las empresas estatales como funcionarios públicos, hecho que de alguna manera había sido resuelta por la jurisprudencia que, de manera más o menos unánime, había establecido que los funcionarios de las empresas estatales no son funcionarios públicos. Sin embargo, las resoluciones de la Corte Suprema fueron variando, por ejemplo: Casación N° 634-2015, de la Corte Suprema de Justicia de la República:

“**Primero (...).** 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. **Segundo.** 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 (...). **Cuarto.** 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. **Quinto.** 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”.

El problema surge con la vigencia de la Constitución Política de 1993, en cuyo artículo 40 (segundo párrafo) se consigna de que “no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”. La calidad de funcionario o servidor público está determinada si estas realizan o una función pública; de manera que

la norma constitucional colisionada con la prescripción originaria del artículo 425 inciso 3) que establecía de manera expresa: “Se consideran funcionarios o servidores públicos: 3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado”. Esta interpretación fue lo que originó que se derogara dicho inciso para adecuarla a las pautas constitucionales. No obstante lo dicho, a la unificación de criterios en este sentido por parte de la Corte Suprema esta fue variando para posteriormente comprenderlos como sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública; el legislador peruano, poco racionalista, optó por darle viso de legalidad esta interpretación bastante cuestionada en cuanto a su constitucionalidad.

Queda claro, como antecedente, que a partir de la vigencia de la actual Constitución dicho texto suponíamos quedaba abrogado. Así, la lectura literal de la referida normatividad tuvo consecuencia el declarar inaplicable el inciso tercero del artículo 425 del Código Penal. El diseño constitucional en términos generales se sustenta en normas abstractas. Las normas requieren de un ejercicio de interpretación para llegar a su limitación. Este ejercicio requiere de criterios racionales de interpretación del texto constitucional tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución; el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre otros derivados del carácter de superlegalidad formal de la Constitución como norma fundamental del Estado. La interpretación no es un acto mecánico de aplicación del derecho sino un acto constitutivo.

Queda claro que el Código Penal en la orientación de solo fijar pautas o parámetros normativos para establecer a quiénes deben considerarse funcionario o servidor público a los efectos penales no adquiere la connotación de ser una norma taxativamente cerrada, sino abierta a otros agentes indicados o de la cual se desprende originariamente por la Constitución Política del Estado y la ley; creada o por crearse. Así, lo consideró el legislador al establecer en el inciso del artículo 425, inciso 6: “Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”. Sin embargo, aun cuando por ley se puede ampliar a quienes pueden considerarse funcionarios públicos esta no tiene carácter absoluto porque tiene que seguir las pautas racionales de la propia Constitución.

Es verdad que la norma constitucional no define ni es indicativa para establecer a quiénes se consideran funcionarios o servidores públicos; se remite a señalar como tales a aquellos que señala la ley, pero también puede indicar a quiénes no están comprendidos en la función pública y, en este caso concreto, considera no comprendidas en ella a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. La Constitución distingue, pero la ley no hace tal distinción. ¿Los trabajadores de las pocas empresas públicas

o de aquella en la cual participan en economías mixtas realizan funciones públicas aun cuando estas se rigen por leyes del sector privado? O, dicho de otra manera: ¿una empresa de economía mixta realiza funciones públicas o actos comerciales de producción, comercialización, etc.?; ¿una actividad empresarial estatal es función pública? Hacer extensivo el concepto de función pública a un acto comercial propiamente dicho es un despropósito. Ningún trabajador de una empresa mixta, sea funcionario o servidor, quedaría impune si comete delito; otra cosa es forzar una figura penal.

Distinto es el caso del Código Penal derogado de 1924 que de manera expresa consideraba a los funcionarios o trabajadores de las empresas del Estados, incluyendo las mixtas.

Código Penal Peruano de 1924

Artículo 361-B.- (Adicionado por el Decreto Legislativo N° 121)

“Se consideran funcionarios o servidores públicos para los efectos penales:

- 1.- Los que están comprendidos en la carrera administrativa del Estado aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza; incluso los contratados y los que emanen de elección popular.
- 2.- Los funcionarios o servidores de empresas del Estrado o de Sociedades de economía mixta con participación mayoritaria o determinante del Estado, o de organismos sostenidos económicamente por el Estado, y
- 3.- Los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados y depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

Esta orientación está siendo aceptada mayoritariamente por la jurisprudencia nacional.

No puede confundirse lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal como que considera funcionario o servidores públicos a los funcionarios de las empresas estatales porque estos de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política del Estado “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

Artículo 425.- “Se consideran funcionarios públicos o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del estado 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 demás indicados por la Constitución y la ley”.

IV. PROPUESTA PARA ESTABLECER UN REFERENTE PATRIMONIAL

No obstante lo dicho, propugnamos que con relación a esta figura penal, el nuevo precepto debe orientarse a patrimonializar el tipo estableciendo cuantificaciones de lo incrementado y de la disminución de sus deudas, como circunstancia que agrava o atenúa la pena. Lo que no implica establecer que el valor jurídico predominante tutelado por la norma penal sea el patrimonio del Estado o del particular. Así, por ejemplo, la legislación panameña (artículo 335-A del Código Penal) establece un referente de manera expresa que agrava el hecho punible si la cuantía del enriquecimiento supera la suma de cien mil balboas (B/ 100,000)⁽³⁴⁶⁾ o como la del artículo 412 del Código Penal colombiano del 2000 y el artículo 224 del Código Penal mexicano.

V. LA COMPLICIDAD

El enriquecimiento ilícito como hecho punible especial, de función pública, solo puede ser sujeto activo en el tipo básico, el funcionario o servidor público y en el tipo agravado si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. La expresión “abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su

(346) Código Penal panameño

Artículo 335-A.- (Enriquecimiento ilícito)

Texto incorporado por el artículo 18 de la Ley N° 39 del 2001

“El que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento ilícito patrimonial, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, adquirido desde que asume el cargo o empleo público y hasta 1 año después de haber cesado en él, sin haber incurrido en un hecho punible más severamente penado, será sancionado con prisión de 2 a 5 años, 100 a 365 días multa e inhabilitación para ejercer cargos públicos por igual periodo al de la pena de prisión. La pena será de 4 a 10 años si la cuantía del enriquecimiento supera la suma de cien mil balboas (B/ 100,000). En la misma sanción incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Se enterará que hay enriquecimiento ilícito, no solo cuando el patrimonio se hubiese aumentado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban”.

patrimonio” es indicativa de este aserto “su patrimonio”; personalizando de esa manera a quién debe considerarse como autor o coautor del hecho punible excluyendo al denominado testafarro. Este último podrá ser considerado, según sea el caso concreto, cómplice o receptor.

Incurren en la comisión del ilícito citado, el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones incrementa notoriamente su patrimonio, de lo que se colige que por su intrínseca naturaleza exige determinada condición del agente infractor, son los denominados delitos propios y como tales exigen una particularidad personal en este caso el tener la calidad de funcionario o servidor público y, por tanto, solo puede cometerlo el que tiene como autor al calidad especial de funcionario o servidor público según sea el caso. Es posible en casos muy concretos la complicidad. Tarea no sencilla de determinar si no se determina cuál es el supuesto prohibido sino el resultado; a diferencia de la legislación argentina o colombiana que consideran de manera expresa al denominado testafarro. Hecho no contemplado por nuestra legislación nacional.

Código Penal argentino

Artículo 268 (2). “Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que, al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público”.

Código Penal colombiano del 2000

Artículo 412.- Enriquecimiento ilícito

“El servidor público que, durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que dicha conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta”.

Particular referencia lo constituye el artículo 333 del Código Penal salvadoreño para sancionar con la misma pena tanto al funcionario, autoridad política, empleado público y al testafarro. Es decir, que lo equipara punitivamente a todos estos agentes que participan del hecho punible.

Código Penal salvadoreño de 1997

Artículo 333.- Enriquecimiento ilícito

“El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

La complicidad tiene la connotación esencial de ser subsidiaria con relación al autor o los coautores. Aquí el hecho punible está ligado fundamentalmente al autor, no al cómplice; de manera que el cómplice, de realizar el autor en su totalidad el tipo, sigue la suerte punitiva del segundo. Es decir, el desvalor de la complicidad procede del desvalor del hecho principal.

Nótese que a diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo penal, de los coautores que toman parte en la ejecución y del instigador que determina al autor, el cómplice solo contribuye a la realización del hecho punible mediante actos que no caen dentro del tipo penal. La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad. Esta última solo puede ser realizada por un funcionario o servidor público; el tercero particular no podría realizar un acto ejecutivo perteneciente al tipo: enriquecimiento ilícito por no tener dicha condición especial exigida.

En suma, en nuestra legislación de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal es posible la complicidad en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Ello se desprende de la expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio”. La apócope “su” es un indicativo personalizado, lo cual también es indicativo de que el agente (cómplice) puede contribuir a su incremento patrimonial ilícitamente con su participación; las conductas del cómplice que no caen dentro de las exigencias del tipo principal. En relación a la complicidad, la norma penal alude a los actos de auxilio material o de asistencia para la realización del hecho punible; bien sean determinantes para la realización del hecho punible o de simple asistencia no determinante.

Los actos llevados a cabo, dolosamente, por el particular como es prestar auxilio para la realización del hecho punible (enriquecimiento ilícito) y sin el cual no se hubiere perpetrado el delito, o a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia responderán como cómplice en el delito de enriquecimiento ilícito cualquiera sea su origen donde es posible admitir la complicidad. Naturalmente, nos parece bastante discutible sancionar al cómplice con la misma pena contemplada para el autor del hecho punible. Ello porque atentaría con el principio de la equidad punitiva, proporcionalidad de las penas y su racionalidad contemplada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal (principio de proporcionalidad

de la pena). Es, precisamente, la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho punible la que constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del juzgador o de la actividad punitiva del Estado.

VI. LA NATURALEZA RESIDUAL DEL TIPO PENAL

Siendo de naturaleza residual y especial, solo pueden enriquecerse ilícitamente según el artículo 401 del Código Penal, el funcionario o servidor público de manera individual. La expresión utilizada por el legislador en la configuración el tipo: “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”. El tipo penal personaliza al autor; por tanto, no admite la coautoría o la participación conjunta en el hecho punible de varios agentes, incluyendo al particular. Ahora bien, nuestra legislación nacional no ha considerado expresa ni tácitamente, a diferencia de otras legislaciones, el caso del denominado “testaferro” que son los particulares cercanos o allegados al funcionario o servidor público, quienes son utilizados o concertados para disimular, ocultar el estado de enriquecimiento del agente. Hecho y práctica bastante usual en nuestro medio. El testaferro se constituye en un cómplice del delito de enriquecimiento ilícito.

Naturalmente, en estas condiciones, donde hay participación de un particular se presentarían varias hipótesis por resolver:

1. En el supuesto de aceptar que el origen del incremento ilícito del patrimonio del agente (funcionario o servidor público) proviene de un hecho punible común (robo, estafa, apropiación ilícita, etc.) cometido durante el ejercicio de sus funciones públicas, valiéndose del cargo o no, los actos ejecutivos tanto del particular como del funcionario pueden caer perfectamente dentro del tipo (estafa, robo, etc.) que por razones de prescripción de la acción, falta de prueba o insuficiencia de pruebas no se ha sancionado a los agentes por el tipo específico indicado. Independientemente de los cuestionamientos por violar garantías constitucionales al establecer un nuevo proceso e iniciar algo sobre el cual ha prescrito; solo el agente podría ser sancionado a título de enriquecimiento ilícito y el particular por el delito común concreto. Hipótesis que negamos.

2. Que, existiendo indicios de enriquecimiento ilícito cuando el aumento de patrimonio y 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 y **no pudiendo justificar razonablemente** termina por confesar y aporta pruebas que el origen de dicho incremento de su patrimonio se debió a las estafas o apropiaciones ilícitas que cometió durante el ejercicio de sus funciones con participación conjunta de terceros (particulares); entonces el juzgador tendría frente al carácter subsidiario del tipo (enriquecimiento ilícito) juzgarlo y sancionar tanto al funcionario como el particular a título del hecho punible común, pero no por los dos delitos mencionados.
3. En el supuesto de aceptar que el origen del incremento ilícito de su patrimonio proviene de un hecho punible de función pública (cohecho, peculado, etc.) cometido durante el ejercicio de sus funciones públicas, valiéndose del cargo o no, los actos ejecutivos del particular no caen dentro del tipo especial de función pública. Distinto es el caso del funcionario o servidor público cuyos actos ejecutivos bien pueden caer perfectamente dentro del tipo (cohecho, peculado, etc.), pero que, por razones de prescripción de la acción, falta o insuficiencia de pruebas, no ha sido sancionado por el tipo específico indicado. Independientemente de los cuestionamientos por violar garantías constitucionales al establecer un nuevo proceso e iniciar algo sobre el cual ha prescrito, solo el agente podría ser sancionado a título de enriquecimiento ilícito y el particular a título de cómplice o por delito de encubrimiento, recepción, etc., dependiendo del caso concreto.

Ante esta cuestión fundamental dos corrientes pretenden dar respuestas de solución frente a la participación conjunta del funcionario o servidor público y los particulares en el hecho punible:

- La tesis de la pluralidad de la imputación, que sostienen que en los delitos especiales de función pública a pluralidad de partícipes corresponde pluralidad de hechos punibles en la plenitud de las exigencias del tipo penal específico.
- La tesis de la unidad de la imputación quienes partiendo del reconocimiento según el cual el hecho punible es único porque única es la finalidad.

Partiendo del reconocimiento que la tesis de la unidad de la imputación opera perfectamente en la mayoría de los tipos penales regulares o comunes; el caso es muy discutible tratándose de los delitos especiales sobre todo en el delito de enriquecimiento ilícito porque de acuerdo con el tipo especial solo puede ser sujeto activo determinados agentes que tienen una condición especialísima; ser funcionario o servidor público. Sostener lo contrario es desnaturalizar o extender el tipo indebidamente atentando contra el principio de la legalidad. Abona esta tesis la expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio(...) durante el ejercicio de sus funciones”, es bastante elocuente y nos exime de mayores comentarios. El particular no es funcionario o servidor público y, como tal, no ejerce funciones públicas, etc.

Cómo se resolvería la cuestión de la coautoría por participación conjunta de funcionarios públicos y de particulares en el hecho punible (enriquecimiento ilícito) si aplicamos en el ámbito normativo la denominada teoría analítica del delito para abordar el tema del enriquecimiento ilícito en el nivel de la tipicidad. Es natural que tenemos que tomar en consideración todos los elementos que exige el tipo penal invocado, y dentro de las exigencias está precisamente que solo puede ser sujeto activo del delito el funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones. Aquí cabe la posibilidad de admitir un régimen separado de calificación legal, tanto para los particulares como para los funcionarios públicos.

La calidad de funcionario o servidor público no puede comunicarse a los terceros que participen en el hecho punible, por lo que no puede pretenderse que la punición se logre a través del tipo especial (enriquecimiento ilícito), sino mediante otro tipo penal. En tal sentido también se pronuncia Juan Portocarrero: “Nosotros consideramos que la condición de funcionario público es incommunicable con extraños, de tal manera que la conducta de los particulares y de los funcionarios que no actúan como tales, no puede considerarse dentro del mismo tipo, sino como conductas pertenecientes a otros tipos, o según el caso, atípicas, esta conclusión guarda concordancia con el artículo 26 del Código Penal”⁽³⁴⁷⁾.

En el caso específico de los terceros que actúan como testafierros, no cabe duda de que serán considerados cómplices, sujetos activos del delito de encubrimiento, receptores, etc., según sea el caso concreto, pero hay situaciones especiales donde la participación conjunta tanto de los funcionarios y particulares para el incremento de sus patrimonios ilícitamente; para el

(347) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 107.

primero durante el ejercicio de sus funciones y en el segundo esta situación es irrelevante porque no tiene funciones públicas surge un serio problema. En el caso del funcionario o servidor público, sus actos ejecutivos bien pueden “caer” de manera completa en el tipo específico (enriquecimiento ilícito); en cambio, tratándose del particular sus actos ejecutivos no caen, no pueden caer dentro del tipo penal en comentario. El ejemplo descrito en caso de que el funcionario o servidor público que **no pudiendo justificar razonablemente** termina por confesar y aporta pruebas que el origen de dicho incremento de su patrimonio se debió a acciones cohechantes, de peculado, etc. que cometió durante el ejercicio de sus funciones con participación conjunta de terceros (particulares).

Recordemos que en nuestra legislación, a diferencia de la colombiana, no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares. Asimismo, en el caso peruano, la insuficiencia de justificación de causa lícita de su incremento patrimonial hace presumir el ilícito penal: enriquecimiento ilícito. En nuestro medio se exige que el agente justifique razonablemente el incremento de su patrimonio.

VII. LA INSTIGACIÓN

Es posible admitir la instigación en el delito de enriquecimiento ilícito conforme al artículo 24 del Código Penal, ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, enriquecimiento ilícito.

Maurach conceptúa: “Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete”⁽³⁴⁸⁾. El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario o servidor público) cometer el hecho punible (enriquecimiento ilícito). Nuestra legislación, a diferencia de otras, no enumera los medios instigadores, de manera que estos puedan ser diversos.

El instigador, que puede ser otro funcionario o servidor público o un particular, no realiza actos ejecutivos ni toma parte en la realización del hecho punible, se limita a ejercer una influencia sobre el agente principal con el objeto de hacerle cometer el ilícito penal. De allí que se hable de una forma accesoria de participación por parte del agente. Al instigador no puede calificarse como

(348) MAURACH, Reinhart. Ob. cit., p. 368.

autor intelectual, ya que ello generaría mayor confusión. La instigación, en todo caso es, junto con la complicidad, una forma de participación (*stricto sensu*), es decir, dependiente de la existencia del autor; de allí su naturaleza de ser accesoria. Por ejemplo, el Presidente de la República puede instigar a sus ministros a que cometan el delito de enriquecimiento ilícito asegurándoles que no les pasará nada. Instigación que bien puede estar motivada por razones de chantaje, de una posibilidad de encubrimiento en el caso que el presidente incurra en el mismo u otro delito de función pública, etc.

Los medios de los cuales se puede valer el instigador son múltiples que pueden abarcar desde los ruegos, la persuasión, el ofrecimiento de recompensa, la sugestiva indicación de los provechos o que pueden derivarse del enriquecimiento ilícito hasta otras formas veladas de forzar al funcionario o servidor público a cometer el hecho punible. Entre estos casos puede considerarse la amenaza o abuso de autoridad, pero en estos casos debe tomarse en consideración que no sean medios de tal intensidad que transformen o conviertan al funcionario o servidor público en un autor inmediato. Es un caso distinto porque la diferencia entre el autor mediato y el instigador radica precisamente en que el autor mediato realiza el hecho punible a través de un tercero. El instigador, en cambio, no realiza ni participa del hecho punible.

El instigador se limita a ejercer una influencia sobre el agente principal, con el objeto de hacerle cometer el hecho antijurídico. Por ejemplo, un ministro de Estado coacciona al funcionario o servidor público para que incremente su patrimonio ilícitamente; estamos ante un caso, no de instigación por parte del ministro, sino de coautoría mediata, siendo causa de inculpa-bilidad con relación al funcionario coaccionado. También debe admitirse la autoría mediata cuando el agente se aprovecha de un error esencial de hecho (tipo) en que se halle el funcionario o servidor público.

Como lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento penal, el instigador debe actuar dolosamente, es decir, determina al instigado con conciencia y voluntad de realizar el hecho punible. La norma penal (artículo 24 del Código Penal) no admite una instigación culposa. El dolo del instigador (funcionario o servidor público) ha de comprender tanto la actividad de generar en el instigado la voluntad de cometer la infracción penal especial como la realización de esta.

Naturalmente, esta “persuasión” no debe anular la voluntad del instigado, sino esta se convierte en un instrumento carente de voluntad y, por tanto, ante un caso de autoría mediata e inmediata. Ambos deben tener conciencia y voluntad de querer la realización del hecho punible. El primero

persuadiendo y el otro ejecutando el hecho punible. De allí que se hable de un “doble dolo” del instigador.

La instigación presupone una propia acción cuyo resultado, por el que debe responder el instigador, es el acto principal cometido por el sujeto instigado que se ha dispuesto a la realización del hecho punible. Por tanto, el tipo del acto principal representa también el punto de partida de la pena que corresponde al instigador. Obviamente que el instigador no responderá por la parte excedente realizada por el autor principal.

La instigación es accesoria y depende de la acción del agente principal en la realización del hecho punible. Los actos de persuasión del instigador no caen dentro de las exigencias del tipo penal específico, son actos marginales al tipo. Siendo esto así, el instigador no debe, necesariamente, poseer las características que se exige al instigado para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, es irrelevante la condición especial o no del instigador. Es posible, por tanto, la instigación en un delito especial (enriquecimiento ilícito) por un *extraneus*.

En la instigación, lo determinante es que instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar dolosamente en la realización del hecho punible. De allí que la instigación de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal tenga relevancia penal. El límite de la responsabilidad del instigador radica en el hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado. Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado, no hace variar la responsabilidad del primero.

El instigador será reprimido con la pena que corresponde al de enriquecimiento ilícito. De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho que concretamente quiso que cometa el instigado. Sin embargo, reprimir con la misma pena tanto al funcionario o servidor público que durante el ejercicio de sus funciones incrementó su patrimonio ilícitamente por instigación de un particular viola el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. Primero porque el agente induce a otro a realizar el hecho punible, enriquecimiento ilícito sobre el que no tiene el dominio, el cual le corresponde al funcionario o servidor público inducido; y segundo porque el instigador induce a otro a cometer el delito de enriquecimiento ilícito del cual no quiere ser autor, tampoco podría serlo por no ser funcionario o servidor público.

Los excesos del instigado no son imputables al instigador salvo en aquellos que pudo prever razonablemente dicho resultado. La causa de extensión de la pena que contempla el artículo 24 del Código Penal presupone que la

instigación haya sido eficaz, esto es, que haya llevado al inducido, funcionario o servidor público a la realización del hecho punible.

Naturalmente, dada la característica del injusto penal, el enriquecimiento ilícito de ser un delito de mera actividad (incremento de su patrimonio ilícitamente durante el ejercicio de sus funciones) hace muy discutible admitir la tentativa; por tanto, el instigador seguirá la suerte del agente principal instigado.

Opera, en este caso, también el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal en cuanto a la penalidad y en aquellos casos en que presupone una propia acción cuyo resultado por el que debe responder el instigador es el acto principal cometido por el sujeto instigado que se ha dispuesto a la realización del hecho punible. Por tanto, el tipo del acto principal representa también el punto de partida de la pena que corresponde al instigador. Obviamente que el instigador no responderá por la parte excedente realizada por el autor principal.

VIII. LA TENTATIVA

El hecho punible, enriquecimiento ilícito, es un delito de naturaleza comisiva y de resultado que se consuma en el momento en que se incrementa ilícitamente el patrimonio del agente. En tal sentido, la posibilidad de una tentativa en este delito es bastante difícil de determinar.

Toda esta acción dolosa se desarrolla durante el ejercicio de sus funciones públicas y se consuma en él. Distinto es el caso de la estructura típica del injusto en la legislación argentina donde se sanciona la **no justificación** y en el caso peruano el **incremento ilícito** de su patrimonio. En la legislación argentina, el tipo tiene un supuesto **omisivo** y en el caso peruano “supuestos” de **acción dolosa**. De manera que para la consumación del hecho punible no se requiere el vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento, como sugiere Manuel Abanto Vásquez⁽³⁴⁹⁾, que sí opera para el caso de la legislación argentina dada su peculiar estructuración típica.

Esta situación descrita no implica que el agente deje de justificar razonablemente el incremento de su patrimonio obtenido durante el ejercicio de sus funciones públicas. La no justificación suficiente o razonable del incremento de su patrimonio supone eso: **presunción** de enriquecimiento ilícito y no el agotamiento del hecho punible. Dicho de otra manera, la insuficiencia de justificación requerida de causa lícita de su incremento patrimonial hace

(349) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 487.

presumir el ilícito penal descrito que se ha consumado durante el ejercicio de sus funciones. Es un delito de naturaleza activa y no omisiva; además, es posible que en determinado caso concreto especial el tipo admita la tentativa; muy discutible, por cierto, pero posible.

Naturalmente, pueden existir actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acciones ajenas a la voluntad del agente previos al enriquecimiento ilícito; por ejemplo, el caso del funcionario o servidor público que habiendo incrementado su patrimonio ilícitamente durante el ejercicio de sus funciones por debajo de lo notoriamente superior y que fuera interrumpida por acción ajena a la voluntad del agente; de no haberse dado dicha interrupción el incremento hubiera sido notoriamente superior. Hechas las verificaciones, se determina que dicho incremento de su patrimonio es mínimo, pero que normalmente no habría 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. Ello es perfectamente posible más aún si consideramos que el bien jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito no es el patrimonio sino el normal y correcto desarrollo de las funciones públicas. De ser la cuantía lo que determina el hecho punible estaríamos ante un delito contra el patrimonio y no de función pública donde el bien jurídico es distinto; de allí su ubicación y sistematización especial dentro de los delitos contra la Administración Pública.

En nuestra legislación se contempla la tentativa en el Título II Capítulo II del Libro Primero, parte general, artículos del 16 al 19 del Código Penal.

Según el artículo 19 del Código Penal, existe tentativa cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. Este comienzo se debe expresar por actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acción ajena a la voluntad del agente.

De esta descripción se desprenden tres condiciones esenciales que caracterizan a esta modalidad de tentativa:

- La voluntad del agente, orientada a la realización del hecho punible. Enriquecerse ilícitamente durante el ejercicio de la función pública.
- La exteriorización de esa voluntad rectora en actos materiales que son idóneos para la realización (que pueden expresarse de muchas maneras).
- Que no se concretice el hecho por causas ajenas a la voluntad del agente. No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del

delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto (ver artículo 17 del Código Penal).

Se ha sostenido que todo delito doloso es realización de voluntad expresa como hechos. “Dolo es voluntad de realización, y, ciertamente, no solo en el sentido de la voluntad dirigida a la realización, sino también en el sentido de la voluntad capaz de realización”⁽³⁵⁰⁾.

En la tentativa, el tipo objetivo no está completo, pero se da el tipo subjetivo íntegramente de manera análoga al hecho punible consumado. El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida por el agente a la realización de un tipo legal; del mismo modo como lo es en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Consecuentemente, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado. En ella radica el fundamento de su penalización porque puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. En este caso, el normal y correcto desarrollo de la función pública.

El artículo 19 del Código Penal hace referencia a este elemento subjetivo cuando lo alude expresamente con la frase utilizada por el legislador: “**que decidió cometer**, sin consumarlo” y al elemento objetivo expresada como “el agente comienza la ejecución de un delito”. De este modo se excluye una concepción puramente subjetiva de la tentativa; luego se subraya la necesidad de que la voluntad rectora del agente se exteriorice mediante ciertos actos idóneos; y, por tanto, se permita señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

Ahora bien, lo que debe entenderse por comienzo de ejecución del hecho punible es una cuestión bastante discutible; de manera que del criterio que se adopte respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerán en mucho los alcances que se reconozcan al criterio formal objetivo. Importa indicar que la decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico-sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del Derecho Penal, de la pena y de la política criminal que se sustenta.

En este orden de ideas, y desde un punto de vista objetivo puede afirmarse que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo penal específico (incremento de su patrimonio ilícitamente); es decir, que inicia la actividad mencionada por el verbo rector del tipo. Por ejemplo, en la configuración del tipo descrito en el

(350) WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 259.

artículo 401 del Código Penal (enriquecimiento ilícito), el verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo es el vocablo “incrementar” seguido del elemento normativo “ilícitamente”. Entonces se daría la tentativa cuando el agente (funcionario o servidor público) que durante el ejercicio de sus funciones pretenda incrementar su patrimonio ilícitamente. Aclaremos que la acción de incrementar ilícitamente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones depende del contexto o circunstancia en que se oriente la acción dolosa del agente. Hay caso en que logrando su objetivo es interrumpida por intervención de terceros.

No cabe duda de que el injusto penal enriquecimiento ilícito se consuma de forma instantánea al producirse el incremento de su patrimonio ilícitamente durante el ejercicio de sus funciones o después cuando el incremento indebido se debió al cargo del cual abusó. En determinados casos, entre la acción dolosa del incremento de su patrimonio existen fases intermedias que se expresan en actos materiales tendientes a dicho incremento realizado mínimamente, pero interrumpido por acción de un tercero, ajena a la voluntad del agente; es en estas fases que se expresa claramente la ejecución del delito y los actos que caen dentro del tipo penal específico.

En el delito de enriquecimiento ilícito es bastante difícil detectar los actos ejecutivos fragmentados para consumir el hecho punible; de manera que tanto en la consumación del delito como en las fases ejecutivas del *iter criminis* se afecta al bien jurídico tutelado, lesionándolo.

Sobre este tema en la doctrina nacional, no existe criterio uniforme para algunos autores como Rojas Vargas, quien sostiene: “La tentativa supone que existen actos fragmentarios que por sí mismo no son suficientes para acreditar la existencia material y subjetiva del delito de enriquecimiento. Es admisible que se presenten actos de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos, lo cual supone, como indica Castillo Alva, la posibilidad que se presente la figura del desistimiento voluntario a enriquecerse”⁽³⁵¹⁾; de alguna manera, admite la tentativa en este injusto penal. En cambio, para Abanto Vásquez no es posible la tentativa⁽³⁵²⁾. Para

(351) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 624.

(352) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 487. Este autor llega a esta conclusión (siguiendo a los autores argentinos Fontán Balestra y Carlos Creus) en la medida que entiende, en nuestro concepto erróneamente, que para la consumación de este delito, se necesita no solamente el enriquecimiento del funcionario, sino el vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento; incorporando un elemento de procedimiento que nuestra legislación nacional no contempla a diferencia de la legislación penal argentina. El tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal peruano, en cuanto construcción legislativa irregular, es distinta al artículo 268 (2) del Código Penal argentino. En todo caso, nuestra legislación tiene mayor identificación con el artículo 412 del Código Penal colombiano. La expresión “Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al

Gálvez Villegas es y no es posible, al mismo tiempo, la tentativa. Ello dependerá de una serie de condiciones⁽³⁵³⁾. No posible la tentativa –según este autor– “al tratarse de un delito simple o mera actividad, donde la consumación de la acción típica se produce sin necesidad de producir ningún resultado, por su propia concepción, **no será posible la tentativa**, siempre que se trate de negocios que se perfecciona con un solo acto; –para luego proseguir afirmando– de lo contrario, y como se sabe, dentro de estos delitos de mera actividad existe un grupo de estos, que requieren de varios actos para la consumación, **en los cuales si es posible la tentativa**”⁽³⁵⁴⁾.

En determinadas circunstancias especiales es posible admitir la tentativa en el hecho punible enriquecimiento ilícito, hecho que presupone que el agente se haya decidido a cometer el hecho punible, orientando su acción dolosa con el comienzo de la ejecución del delito y no se concretice por acción directa o indirecta de terceros o por desistimiento voluntario. Es posible determinar en el agente (funcionario o servidor público) una conducta poseedora de tipicidad y antijuridicidad, constitutiva del hecho punible: enriquecimiento ilícito.

ser debidamente requerido, no justifiere la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable” resulta bastante elocuente; de manera que los comentarios y críticas por parte de los autores argentinos es, en este sentido, razonable y tiene sustento dada la construcción normativa de este injusto penal en su legislación.

Código Penal argentino

Artículo 268 (2). “Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que, al ser debidamente requerido, no justifiere la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. **La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta**, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años”.

Nótese a pesar del elemento normativo expresado en la frase: “El que, al ser debidamente requerido, no justifiere la procedencia un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo”.

Código Penal colombiano del 2000

Código Penal argentino

Artículo 412.- (Enriquecimiento ilícito)

“El servidor público que, durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, **siempre que dicha conducta no constituya otro delito**, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta”.

Como puede apreciarse de acuerdo con el artículo 268 (2) del Código Penal argentino, estamos ante un delito de omisión que se consuma cuando vencidos los plazos fijados para contestar los requerimientos el agente no justifica su incremento patrimonial. En estas condiciones, naturalmente, la tentativa es imposible, pero no es el caso de nuestra legislación nacional.

(353) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 161-164. Esta curiosa reflexión parte de confundir acción con resultado que, al decir de Fidel Rojas Vargas, la incorporación de los bienes, derechos y activos al patrimonio del sujeto activo, de su familia o de la persona interpuesta, o al asumir la titularidad de los bienes, consuma el delito. Gálvez funde aquí, en un solo concepto, acción con resultado, tomando a ambos elementos de tipicidad como idénticos. (Ob. cit., p. 624).

(354) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 161 y 162.

IX. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Una de las cuestiones fundamentales no resuelta de manera uniforme y que ha generado una polémica discusión muy amplia radica, precisamente, en la inversión de la carga de la prueba para este injusto penal. Mayoritariamente, la doctrina extranjera y la nacional convienen que en efecto dicho injusto en su configuración contempla dicha inversión. Hay cierto consenso en las decisiones de los órganos jurisdiccionales que considerar que el representante del Ministerio Público debe probar el origen ilícito, por ser el titular de la carga de la prueba.

Si hasta antes del nuevo precepto la frase común utilizada por el legislador nacional en la configuración del tipo: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente”, resulta bastante elocuente en cuanto al establecer la obligatoriedad del agente por justificar razonablemente su incremento del patrimonio obtenido durante el ejercicio de sus funciones públicas. El hecho de haberse eliminado la expresión “y que no pueda justificar razonablemente” en el nuevo precepto no cambia un ápice esta exigencia. El referente indiciario siempre lo constituye su declaración jurada de bienes y rentas de manera que cuando esta 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 agente deberá justificar razonablemente que dicho incremento se debe a causa lícita de lo contrario la presunción de enriquecimiento ilícito se mantiene y es causa suficiente para condenarlo por el hecho punible en comentario.

La ilicitud o litud de la causa que determina aquel incremento, según la norma penal, va a estar determinada, en parte sustancial, por el esfuerzo que haga el sospechado (funcionario o servidor públicos) por justificar no de cualquier manera, sino razonablemente dicho incremento (inversión de la carga de la prueba); si el agente no prueba la causa lícita de su incremento patrimonial, el fiscal sin mínimo esfuerzo bien puede suponer una causa ilícita y formular acusación por enriquecimiento ilícito y el juez condenarlo a mérito de dicha acusación. ¿Quién determina si la justificación es razonable o no?; el juzgador. ¿Cuál es el supuesto-cause de ilicitud de su incremento patrimonial y cuáles las pruebas que sustentan la acusación y una sentencia condenatoria? Situación nada sencilla para el procesado, pero sí para el fiscal y juzgador. La norma penal, al hacer referencia al incremento de su patrimonio, supone la ilicitud de una conducta previa, no determinada, vulnerando con ello la presunción de inocencia e invirtiendo la carga probatoria que constitucionalmente corresponde al Ministerio Público. Este extremo

del contenido penal de la norma deviene en inconstitucional toda vez que contraviene lo dispuesto por el artículo 2, inciso 24, literal e), de la Constitución Política del Estado⁽³⁵⁵⁾. La jurisprudencia señala que:

“La labor de tipificación previa a la expedición de fallo adquiere dimensiones trascendentales en el proceso, pues comprende no solo la interpretación del texto expreso de la ley aplicable por parte del juzgador, sino también la valoración de los elementos configurativos del tipo aplicable al caso submateria; a través de ella, debe quedar establecida no solo la norma presuntamente transgredida –y con ello el bien jurídico afectado–, sino que también será el presupuesto del que partirá la actividad probatoria” (Ejecutoria Suprema del 14 de octubre de 2002. Exp. N° 4058-2001-La Libertad, Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

En estas condiciones, más allá de los cuestionamientos al tipo, no resulta lejana a la realidad ni tremendista la frase: “Si eres funcionario o servidor público y te enriqueces en causa lícita durante el ejercicio de tus funciones guarda tus pruebas o consíguelas porque si las pierdes ganas una ubicación prevalente en la presunción de la ilicitud y por tanto seguro reo a ser condenado por delito de enriquecimiento ilícito. Dícese lo propio si no puedes justificar de otra manera razonablemente el incremento de tu patrimonio”. Al fiscal le basta la pericia contable que determine que el aumento del patrimonio y gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes o rentas, sea notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de sus capitales, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

El agente durante el ejercicio de la función pública puede enriquecerse de muchas maneras, lo relevante para el Estado es probar los hechos que se le imputa al procesado; es decir, la causa ilícita de dicho incremento o dicho

(355) Constitución Política del Estado

Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. La inocencia se presume no como la culpabilidad. La culpabilidad solo puede ser establecida por el juzgador en un debido proceso que se halla sustentada en pruebas fehacientes presentadas por el representante del Ministerio Público. ¿Cómo puede establecerse esa condición estando la exigencia normativa de que corresponde al agente (de quien se presume inocente) justifique razonablemente el incremento de su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas? Nadie está obligado a explicar su riqueza so pena de considerarlo autor del delito de enriquecimiento ilícito. Ello implicaría suponer un estado de sospecha permanente a todo funcionario o servidor público, situación que se resiente con las garantías constitucionales establecidas como garantías para toda persona de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena prevista en la ley (artículo 2, inc. 324, literal d) de la Constitución Política del Estado). El tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal no se caracteriza, precisamente, por establecer de manera expresa e inequívoca cuáles son esos actos que el legislador ha considerado como hecho punible; o dicho de otra manera cuáles son estos supuestos merecedores de reproche penal.

de otra manera demostrar que el agente ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito y esta tarea le corresponde determinar al representante del Ministerio Público, quien es el titular de la carga de la prueba. Al sospechado se le presume inocente hasta que se le demuestre lo contrario. De manera que de acuerdo a la relevancia de estos principios fundamentales garantizados por la Constitución y las leyes de la República el agente no tendría por qué justificar razonablemente dicho incremento, es al fiscal a quien corresponde probar que el agente ha cometido delito de enriquecimiento ilícito y en qué consiste esta conducta. Porque si prueba que el incremento de su patrimonio obedece a que el funcionario ha incurrido en conductas cohechantes o peculante, naturalmente deberá ser condenado por el delito de cohecho o peculado según sea el caso, pero no al mismo tiempo por el delito de enriquecimiento ilícito; ello porque implicaría violar el principio *ne bis in idem* y dada el carácter subsidiario del tipo. Tanto el cohecho como el peculado y el enriquecimiento ilícito no se integran, se excluyen.

En nuestro medio algunos autores nacionales como Rojas Vargas sostienen que no se da la inversión de la carga de la prueba. “La justificación del plus significativo que hace enriquecimiento ilícito y que se le requiere al sujeto imputado en algún momento del proceso penal, no es un problema de **inversión de la carga probatoria**, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos”⁽³⁵⁶⁾ (sic). Convenimos que es un deber del funcionario o servidor público rendir cuentas de los caudales o efectos del Estado o de los particulares que administra, custodia o percibe o que recibe por encargo por no ser suyos, pero no del incremento de su patrimonio. Su riqueza no tiene por qué ser explicada o probada. Corresponde al fiscal probar la existencia de que ese incremento del patrimonio del agente es ilícito. Una cosa es la obligación administrativa de hacer declaración jurada y otra obligar para efectos penales.

El tipo se construye a partir de la inversión de la carga de la prueba que importa una auténtica presunción de ilicitud del enriquecimiento; se ha creado una presunción *iuris tantum*, en que la licitud debe ser demostrada por el agente sospechado o imputado. El racionamiento del Dr. Fidel Vargas sería correcto si la acción típica fuera la de no justificar la procedencia del enriquecimiento porque, en este caso, la norma penal no estaría consagrando una presunción, sino estaría imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento. Situación que bien podría operar para la legislación argentina dada la estructura típica del artículo 268 (2) del Código Penal argentino; pero no

(356) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 620.

en el caso del artículo 401 del Código Penal peruano donde la acción típica es la incrementar ilícitamente su patrimonio.

No olvidemos que el referente de sospecha lo constituye su declaración jurada de bienes y rentas de manera que cuando esta 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 agente deberá justificar razonablemente que dicho incremento se debe a causa lícita de lo contrario la presunción de enriquecimiento ilícito se mantiene y es causa suficiente para condenarlo por el hecho punible en comentario. En estas condiciones, cómo sostener que no se da una inversión de la carga de la prueba.

Manuel Frisancho Aparicio también sostiene que: “A diferencia de otras legislaciones, en donde se exige en forma expresa que el funcionario justifique que el incremento considerable de su estado patrimonial (v. gr. Código Penal argentino, artículo 269.2), nuestro Código Penal no ha establecido está obligación para que el funcionario pruebe su inocencia. De esta manera, el codificador ha evitado menoscabar el derecho al estado jurídico de inocencia y, además, invertir la carga de la prueba”⁽³⁵⁷⁾. Este particular punto de vista se refiere al artículo 401 del Código Penal antes de su modificación por la Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2004, la cual sí contempla de manera expresa dicha exigencia del agente.

En cambio, Manuel Abanto Vásquez sostiene que sí se da la inversión de la carga de la prueba al afirmar: “probado el enriquecimiento no explicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que este provenía de fuentes lícitas. Recién entonces podrá hablarse de un injusto penal; es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba”⁽³⁵⁸⁾.

El profesor Juan Portocarrero, por su lado, sostiene: “El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, ello significa que el funcionario o servidor público está controlado al asumir y abandonar el cargo, todo exceso es su obligación probar la licitud, (inversión de la carga de la prueba) de no ser así se interpreta como ilícito el incremento del patrimonio”⁽³⁵⁹⁾. Lo expresivo de sus afirmaciones nos releva de mayores comentarios.

(357) FRISANCHO APARICIO, Manuel. Ob. cit., p. 3283.

(358) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 481.

(359) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 231.

La norma penal en comentario parte de una presunción de ilicitud del incremento del patrimonio del funcionario o servidor público producido durante el ejercicio de sus funciones e impone al agente que justifique razonablemente la licitud de dicho incremento. Ello es simple y llanamente una inversión de la carga de la prueba. Lo es cuando exige al agente imputado la obligación procesal de probar el origen lícito de su enriquecimiento o que el mismo es ajeno al ejercicio de sus funciones públicas, partiendo de una presunción de culpabilidad. Lo que debe demostrar el procesado, según la norma, es que el enriquecimiento no es ilícito, o si se quiere, que es lícito, que provienen de fuentes expresamente señaladas por el artículo 401 del Código Penal y que no es merecedora de reproche penal. **Lo inverso de la causa lícita es la causa ilícita.** Si a Pedro se le exige que justificar razonablemente la causa lícita del incremento de su patrimonio y este no lo puede justificar, no supone que se le libera de los cargos, supone lo contrario, que dicha causa es ilícita y, por tanto, se le imputa el injusto penal descrito.

Uno de los coautores del Código Penal de 1991, el distinguido maestro sanmaquino Dr. Luis Bramont Arias, comentando el artículo 361-A del Código Penal derogado de 1924, incorporado por el Decreto Legislativo N° 121, del 30 de octubre de 1981, expresa con elocuencia: “La inversión de la carga de la prueba es indispensable, pues de otro modo no sería eficaz la responsabilidad penal. La índole moralizadora de la ley la exige. Con ella el Estado tendrá la garantía del proceder de sus servidores controlando el origen y la cuantía de su fortuna y el funcionario o servidor público podrá ofrecer públicamente las pruebas de su honradez, anulando los efectos de la difamación y atajando la suspicacia y la maledicencia”⁽³⁶⁰⁾. Confesión sincera del gran maestro y que otros autores nacionales pretenden hacer grandes esfuerzos teóricos para afirmar lo contrario frente a lo evidente. Pero nada nos convence. El hecho de eliminar una frase como “que no pueda justificar razonablemente” no implica que esta exigencia sea dejada de lado. El tipo nació en esa condición de inversión de la prueba y una interpretación no cambia la naturaleza del tipo.

Muchos tratadistas extranjeros como Edgardo Alberto Donna sostienen: “Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como este no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal”⁽³⁶¹⁾.

Jorge Luis Villada, por su parte, afirma: “El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de

(360) BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 79.

(361) DONNA, Edgardo Alberto. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 392.

los funcionarios públicos a través de una conducta que, aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra los funcionarios públicos contenidos en el Código Penal. Partía de la idea de que el enriquecimiento de un funcionario que no fuese probado que se realizó con corrección, se presumía ilícito”⁽³⁶²⁾.

Lo es tanto así que, en nuestro medio, algunos casos importantes de investigación preliminares o formulación de acusación al que fueron sometidos altos personajes políticos como Vladimiro Montesinos Torres y Alan Gabriel García Pérez se tomó en consideración la inversión de la carga de la prueba, en el primer caso, para archivar la investigación y, en el segundo, para formular acusación.

No solo son razones doctrinarias la que determinan que la inversión de la carga de la prueba en este injusto penal se manifiesta evidente, sino también su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación y por la dificultad o imposibilidad probatoria de los delitos contra la Administración Pública. La técnica legislativa empleada por el legislador nacional en la configuración del tipo en comentario, resulta más que evidente de lo afirmado.

En este caso muy sonado, el Fiscal de la Nación dispuso que el investigado, dentro de los 15 días útiles siguientes a la notificación, cumpla con justificar de manera detallada y documentada su patrimonio, lo cual resulta evidente y nos releva de mayores comentarios. Esto no significa que el Ministerio Público, de oficio, pueda ordenar otras diligencias para obtener pruebas, cruzar la información, etc.; no obstante, lo determinante lo constituye las pruebas aportados por el funcionario investigado.

Otra de las consecuencias que bien pueden presentarse como resultado de la inversión de carga de la prueba, tratándose de este injusto penal, es que el agente aporte pruebas de otro delito con la finalidad de evitar una pena mayor. Para el delito de enriquecimiento ilícito, el legislador nacional incrementó las penas, para el caso del tipo básico, a pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; y para los “supuestos” agravados, con pena privativa de la libertad no menor a ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, lo cual implicaría declarar contra sí mismo.

En la legislación argentina, de manera expresa, se prohíbe que las pruebas que ofrezca el agente de su enriquecimiento sean divulgadas, y que sean invocadas contra él para ningún otro efecto. En cambio, para nuestra legislación,

(362) VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 383.

lamentablemente, no se ha establecido dicha prohibición, de manera que bien puede cualquier autoridad hacer uso de dichas pruebas para incriminar al agente o determinar que este declare contra sí mismo.

En materia penal lo que no está prohibido, de manera tácita o expresa, está permitido. Desde luego, que aquello atentaría contra derechos individuales de la persona humana como la presunción de inocencia, del derecho irrestricto a la defensa la que incluye el derecho a mentir como mecanismo de defensa, a guardar silencio, etc. Ahora bien, también por su lado el agente puede aportar pruebas de un hecho punible distinto al de enriquecimiento ilícito para evitar una pena mayor; tratándose sobre todo de altos funcionarios cuya pena privativa de libertad de acuerdo al artículo 401 del Código Penal es no menor a 8 ni mayor de 18 años. Reacción natural en cualquier funcionario o servidor público, quien en circunstancias especiales frente a la severidad de las penas contempladas para el delito de enriquecimiento ilícito optará por reconocer como origen de su incremento patrimonial ilícito cualquier otro delito que merezca pena más benigna cuando no de menor insignificancia. En cualquiera de estas circunstancias el agente se hallará en una situación de desventaja, impropia en un país que se jacta de actuar conforme al Estado de derecho.

No entendemos las razones por las cuales el legislador nacional no consideró en la configuración del tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal el último párrafo del artículo 361 del Código Penal derogado de 1924 que, literalmente, prescribía: “Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto”.

Dicha supresión puede tener varias lecturas:

- Por no ser necesaria ya que sobrentiende la prohibición de su utilización.
- Para permitir su utilización para incriminar al agente siguiendo el principio que en materia penal lo que no está prohibido está permitido.
- Una omisión involuntaria del legislador.
- Por entender que en la configuración del tipo no se da la inversión de la carga de la prueba.

En materia penal teóricamente no existen las casualidades ni las omisiones involuntarias. Todo es conforme o no a derecho sustentado en el principio de la legalidad; de manera que hacer elucubraciones teoréticas del por qué se suprimió el párrafo mencionado se corre el riesgo de caer en un terreno de mera especulación. Debe estarse a la interpretación restrictiva y favorable al procesado.

Todo indica que el artículo 401 del Código Penal impone al funcionario o servidor público el deber de justificar razonablemente el incremento de su patrimonio para evitar ser condenado por el delito de enriquecimiento ilícito. Consecuentemente, toda prueba aportada por el funcionario o servidor público sujeta a investigación no puede ser utilizada para otros fines de lo previamente establecido por ley y debe guardarse reserva sobre la misma.

X. LAS PROBABLES CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO PENAL

Uno de los mayores cuestionamientos fundamentales que se hace desde la doctrina nacional como extranjera sobre este injusto penal se sustenta en que el tipo no tiene la caracterización propia de una tipicidad de función garantista al no expresar de manera expresa, clara e inequívoca los supuestos posibles de realización que han sido considerados como infracción punible por el legislador tal como lo exige el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado; no obstante estos cuestionamientos, el legislador nacional en la última reforma del artículo 401 del Código Penal dada por la Ley N° 288354, del 6 de octubre de 2004, continuó en la misma línea de considerar en la configuración del tipo la descripción de un estado económico de resultado.

El tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida, solo de esa manera esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio *nulla poena sine lege*. Función de garantía del tipo que recoge la Constitución Política del Estado, tantas veces invocada.

La importancia de la adecuación típica con los supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca permite establecer de manera racional las probables causas de exclusión del injusto toda vez que la adecuación típica, por ejemplo, es indiciaria de la antijuridicidad; y en el análisis integral del tipo importa tener en consideración la teoría analítica de afirmación y la teoría analítica de negación. Por la primera se puede establecer si la conducta es típica penalmente, antijurídica y ser culpable, para luego pasar a cada nivel de análisis para determinar si se dan las fases negativas en correspondencia en cada fase de afirmación como la atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y de exculpación. De esa manera serían más justas, racionales y humanas las decisiones judiciales, más aún si tomamos en consideración que las penas establecidas para el delito de enriquecimiento ilícito son severísimas con relación a la legislación comparada y todos los antecedentes nacionales. Pero dada la naturaleza jurídica y lo amorfo de su configuración para el artículo 401 del Código Penal no podría aplicarse la teoría analítica del delito en sus dos vertientes como una forma de ser más justos, analíticos

y razonables en sus decisiones para formular reproche penal o absolver, resulta poco practicable.

En el nivel de la tipicidad, hallamos muchas dificultades para establecer qué conductas o supuestos están contemplados como hechos punibles en el artículo 401 del Código Penal, difícilmente puede determinarse la atipicidad al no tenerse en consideración el principio de la tipicidad inequívoca. El tipo no es claro ni preciso, por tanto, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* ha quedado privado de sentido como la seguridad jurídica, que solo quedan en mera ilusión perdida.

Ahora bien, si los elementos de tipicidad exigidos por la norma penal de acuerdo con el artículo 401 del Código Penal está determinada por la acción del agente que se traduce en **incrementar ilícitamente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente**; entonces, todo incremento de su patrimonio lícito es atípica. Naturalmente que el juzgador en ese nivel del análisis del delito determinará si dicha conducta es típica o no estando a la determinación del elemento normativo: ilicitud o licitud de incremento de su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas; pero no es el único elemento determinante, sino también deberá considerar si dicho incremento “es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de su sueldo o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”, tal como lo establece el último párrafo del artículo 401 en comentario. No concebimos norma alguna que autorice un enriquecimiento ilícito; su sola afirmación sería un contrasentido; sin embargo, por la configuración del tipo es posible admitir (muy discutible por cierto) que el incremento ilícito del patrimonio del agente durante el ejercicio de sus funciones que no resulte notoriamente superior sino inferior o de poca cuantía al que normalmente haya podido tener en virtud de su sueldo o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. Interpretación *a contrario sensu*, que nos lleva a dos lecturas:

- Que, dicha conducta es atípica por no ser notoriamente superior que exige el tipo.
- Estamos ante una situación de hecho que puede considerar tentativa de enriquecimiento ilícito.

Entre ambas situaciones nos inclinamos ante la posibilidad de admitir tentativa de enriquecimiento ilícito que, de acuerdo con el artículo 16 del Código Penal, tiene relevancia penal.

El injusto no tiene fundamentalmente un contenido patrimonial, tal como lo podría entender alguna parte minoritaria de la doctrina nacional o extranjera; tiene la naturaleza de ser un delito de función pública, cuya acción dolosa lesiona el correcto y regular ejercicio de la función pública. Sin embargo, sin dejar de reconocer el carácter pluriofensivo del injusto penal, cuya acción dolosa del agente, afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, el legislador debió considerar la cuantía o el valor de los bienes incrementados en su patrimonio, también, como referentes para agravar o atenuar la pena. Ello, sin dejar de considerar que el bien jurídico tutelado preponderante es el ejercicio correcto de la función pública.

Nótese que la expresión “notoriamente superior” se constituye en el referente fundamental para establecer si hubo o no enriquecimiento ilícito la que deberá establecerse vía interpretación jurisprudencial lo que debe entenderse por notoriamente superior. Para el caso del delito peculado, por ejemplo, es irrelevante que el agente se apropie de montos mínimos de dinero o de sumas considerables, lo cierto es que el sujeto activo será sancionado con pena privativa de libertad contemplada para el peculado; dicese lo propio en relación al cohecho, etc., esto es así porque el bien jurídico tutelado preponderante es el correcto desarrollo de la Administración Pública. Cosa que no sucede con el delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto el monto del enriquecimiento ilícito debe ser notoriamente superior. Aquí surge el problema por establecer si el monto inferior constituye o no un referente para establecer el delito de enriquecimiento ilícito o sencillamente estamos ante una tentativa del injusto en referencia.

Establecida la cuestión del referente indicado sobre la tipicidad como indiciaria de la antijuridicidad.

XI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL PERÚ

Resulta bastante discutible considerar que la primera manifestación normativa en el Perú que sugería la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro ordenamiento penal sea lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado de 1933⁽³⁶³⁾ como sugiere Caro Coria⁽³⁶⁴⁾.

(363) Constitución Política del Estado

Artículo 22.- “Todo funcionario o empleado público civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlo expresa y específicamente en la forma que determine la ley”.

(364) CARO CORIA, Dino Carlos. y otros. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Juristas Editores, Lima, 2002, p. 106.

Consideraciones históricas de este injusto penal determinan que esta figura penal no surgió ni tiene como fuente a ley nacional alguna. Todo lo contrario, la fuente e influencia de esta figura penal es la legislación extranjera y en especial la legislación argentina (1964) y el Código Penal colombiano de 1980 que, desde luego, en cuanto a su configuración, estructura y ubicación sistemática se alejan considerablemente del artículo 361-A del Código Penal peruano derogado de 1924 que fuera incorporado a nuestro ordenamiento penal por el Decreto Legislativo N° 121⁽³⁶⁵⁾ del 12 de junio de 1981 que tipificó por primera vez como hecho punible al enriquecimiento ilícito.

El error de Caro Coria al sostener que “existe consenso en torno a que la primera manifestación normativa en el Perú que sugería la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 22 de la Constitución de 1933, ubicado en el Título II de Garantías Constitucionales, en el Capítulo I, dedicado a las Garantías Nacionales y Sociales. Esta norma revelaba, a juicio de Muñoz⁽³⁶⁶⁾, la preocupación de rodear de prestigio y autoridad el ejercicio de la actividad del Estado, ya que a través de la declaración que se exige es posible determinar si hubo o no enriquecimiento ilegítimo y por ende sancionable” surge al recurrir a una fuente indirecta que invoca parcialmente, a través de los autores peruanos Peña Cabrera y Francia Arias, el comentario del jurista español Muñoz. En efecto, el mencionado jurista español, al comentar el artículo 22 sostenía de manera completa lo siguiente: “El artículo 22 revela la preocupación de rodear de prestigio y autoridad el ejercicio de la actividad el Estado, y a través de la declaración que se exige es posible determinar si hubo o no enriquecimiento ilícito y por ende sancionable, facilitándose además la defensa patrimonial del Estado y corporaciones públicas, ya que ese enriquecimiento, una vez probado, debe sancionarse civilmente con la devolución del monto del enriquecimiento e intereses”⁽³⁶⁷⁾. La norma constitucional acotada no sugería una interpretación a un tipo de enriquecimiento especial, sino conglobante, para reconducir la investigación, y que comprendía a las formas más tradicionales o usuales con que el funcio-

(365) Código Penal peruano de 1924

Artículo 361-A.- “El funcionario o servidor público que por razón de su cargo o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menos de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrá utilizarse para ningún otro efecto”.

(366) CARO CORIA, Dino Carlos y otros. Ob. cit., p. 106.

(367) MUÑOZ, Luis. *La Constitución Política del Perú comentada*. Ediciones Juris, Lima, 1956, pp. 55-56.

nario o empleado público se enriquecía indebidamente; de allí que la norma constitucional obedecía más al criterio de transparentar el ejercicio de la función pública, que sugerir la creación de un tipo penal especial como el injusto tan cuestionado.

Esta interpretación es más ajustada a la realidad de esa época confirmada por Muñoz quien al comentar el artículo 20 de la Constitución de 1933 refería lo siguiente: “La obligación impuesta al Ministerio fiscal en el artículo 20, asegura que los encargados de la Administración Pública no queden impunes, ya que aquel podrá actuar de oficio o a instancia de quienes tuvieren conocimiento de la conducta responsable de funcionarios y empleados”⁽³⁶⁸⁾.

En esa época cuando se hablaba de enriquecimiento ilícito se refería a las formas más usuales de enriquecerse como el peculado, cohecho, etc. El vocablo “enriquecimiento ilícito” se entendía como un vocablo conglobante de todo el injusto antes mencionado. Un claro ejemplo de lo dicho lo constituye la sentencia condenatoria por enriquecimiento ilícito emitida por el Tribunal de Sanción Nacional contra Augusto B. Leguía y tres de sus hijos según las reglas del Decreto Ley del 28 de octubre de 1931.

Los considerando y el fallo en sí en este proceso está en la misma línea de pensamiento del jurista español Muñoz en cuanto al comentario del artículo 22 de la Constitución de 1933. Cabe precisar que cuando se llevó a cabo el juicio a Augusto B. Leguía estaba en vigencia la Constitución Política de 1919 y el Código Penal derogado de 1924 que no contemplaba como delito el enriquecimiento ilícito.

En esta misma línea de pensamiento, el Constituyente de 1979 al establecer y aprobar el artículo 62 de la Constitución Política del Estado consideró al enriquecimiento ilícito como conglobante que comprende a toda forma de enriquecimiento ilícito, sea peculado, cohechando, etc., pero no estaba referido como carácter imperativo tendiente a sustentar la creación de un tipo especial de enriquecimiento ilícito como el que hoy se conoce. En esta misma línea de acción se estableció en el artículo 66.6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052, del 8 de marzo de 1981).

Ahora bien, la dación del Decreto Legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981, que tipifica como delito de enriquecimiento ilícito o indebido,

(368) Ibídem, p. 55. Tanto el artículo 20 como el artículo 22 de la Constitución Política del Estado de 1933 están íntimamente relacionadas que no pueden interpretarse aisladamente; en efecto, el artículo 20 expresaba literalmente lo siguiente: “El que desempeña un cargo público es directa o inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La ley determina la forma de hacer efectiva esta responsabilidad.
El Ministerio fiscal está obligado a exigir el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

incorporándolo en el artículo 361-A del Código Penal derogado de 1924, no se hizo en función o por mandato constitucional, como lo descrito en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado de 1979, sino por razones estrictamente de política-criminal, por cierto, muy cuestionables. De manera que resulta muy discutible histórica y de técnica legislativa sostener que el nuevo tipo legal: enriquecimiento ilícito se incorporó a nuestro ordenamiento penal por mandato imperativo del artículo 62 de la Carta Magna. En todo caso, es cuestionable constitucionalmente este injusto penal por atentar contra una serie de derechos sustanciales del individuo contemplado en la propia Carta Fundamental de la República, como son el de presunción de inocencia, la carga de la prueba, etc. Con lo que podemos concluir que tanto en la forma o como la técnica legislativa empleada en la configuración del tipo no se haya sustentada en lo dispuesto por el artículo 52 de la actual Constitución que es conglobante de muchas formas de enriquecerse en el ejercicio de la función pública.

El injusto no fue contemplado como hecho punible en el viejo Código Penal peruano de 1863, tampoco primigeniamente en el Código Penal derogado de 1924; fue *a posteriori*; es decir, incorporado al artículo 361-A por el Decreto Legislativo N° 121, del 30 de octubre de 1981, cuya redacción primigenia fue literalmente como sigue:

“El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, se enriquece indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de diez años ni menor de cuatro años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1 y 2, 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto”.

Nótese cómo primigeniamente, de manera expresa, se establecía que las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial son reservadas, es decir, que correspondían al procesado probar su enriquecimiento lícito, de lo contrario se presumía el origen ilícito.

El artículo 381 del Proyecto de Código Penal de 1984 contempló como un hecho punible el enriquecimiento ilícito cuya redacción fue como sigue:

“El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1,2 y 3 del artículo 26 por doble tiempo de la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto”.

Posteriormente, en el Proyecto de Código Penal de 1986 es que se tipificó como delito el enriquecimiento ilícito en el artículo 383 como sigue:

“El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, multa de la renta de trescientos sesenta a setecientos veinte días e inhabilitación conforme al artículo 56 incisos 1, 2 y 3.

Existe indicios de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, es notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto”.

También el Proyecto del Código Penal de 1991 tipificó como delito el enriquecimiento ilícito en su artículo 394:

“El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

Al promulgarse el Código Penal de 1991, el injusto penal: enriquecimiento ilícito fue tipificado como hecho punible en el artículo 401 cuya redacción literal primigenia fue similar al artículo 394 del Proyecto de Código Penal de 1991, como sigue:

“El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

En la línea general del legislador peruano de incrementar las penas y en virtud por lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley N° 27482 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de junio de 2001, se incorpora al artículo 401 del Código Penal peruano el párrafo siguiente:

“Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y 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”.

Más allá de los cuestionamientos y de lo discutible que resulta esta figura penal, el Pleno del Congreso de la República en su sesión ordinaria del jueves 16 de septiembre de 2004 con la asistencia de 97 congresistas aprobaron con 92 votos a favor y 5 abstenciones un proyecto sustitutorio de ley que con un solo artículo modifica varios artículos del Código Penal; entre ellos, el artículo 317, 393, 394-A, 395, 396, 397, 398, 399, 400 (tráfico de influencias) y el artículo 401 (enriquecimiento ilícito) del Código Penal, lo que en términos generales se traduce en mayor incremento de las penas, como solución a los graves hechos que se siguen registrándose de corrupción de funcionarios públicos.

El nuevo texto del artículo 401 del Código Penal es como sigue:

“El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de

dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

La exposición de motivos del mencionado proyecto de ley, materia de análisis, justifica la modificación propuesta del artículo 401 del Código Penal que consiste en “suprimir (la frase) por razón de su cargo” por la expresión “durante el ejercicio de sus funciones” a fin de ampliar los alcances de tipicidad del tipo penal; asimismo, consideraron incorporar una serie de circunstancias agravantes en los alcances normativos del tipo.

El legislador peruano se ha ubicado en una postura, francamente de clara negación del principio de mínima intervención del derecho garantista al suprimir la frase “por razón del cargo”. Forzando artificialmente la tipicidad. Entendemos que el propósito del legislador nacional fue adecuar la norma penal en los términos establecidos por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Pero esta adecuación no es absoluta, ya que la Convención es flexible en cuanto que la misma debe estar acorde al ordenamiento constitucional de cada país.

En efecto, el artículo IX de la Convención prevé la figura del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: “El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos **durante el ejercicio de sus funciones** y que no puedan ser razonablemente justificado por él”.

XII. LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL TIPO PENAL

Es un delito de connotación genérica y subsidiaria de acción dolosa que consiste en aprovecharse o hacer uso indebido del ejercicio de la función pública para ilícitamente, mediante cualquier conducta que no esté tipificado como figura propia, incrementar su patrimonio notoriamente respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por el agente.

El tipo no tiene la característica de tener una tipicidad de función garantista porque no expresan de manera expresa e inequívoca los supuestos que han sido considerados como infracción punible. Solo describe un estado económico de resultado.

El injusto enriquecimiento ilícito corresponde a un tipo penal subsidiario; su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación así lo determina y es la razón de ser de este injusto; no es el reconocimiento expreso o tácito que pueda o no establecer la norma penal lo que, en definitiva, determina su naturaleza subsidiaria. Por ejemplo, el artículo 412 del Código Penal colombiano⁽³⁶⁹⁾ y el artículo 447 (Decreto 270 del 13 de febrero de 1973) del Código Penal portorriqueño⁽³⁷⁰⁾ prescriben de manera expresa la naturaleza subsidiaria del injusto; a diferencia del caso peruano, mexicano, cubano, etc., que normativamente no expresan tal condición, pero no por ello dejan de reconocer la subsidiaridad del tipo. Esta es la razón de ser para la creación de esta figura penal como hecho punible. Una misma razón de política criminal para su creación, diferenciándose solo en cuanto a su redacción.

En suma, los penalistas peruanos, argentinos y colombianos que reconocen la subsidiaridad del tipo no lo hacen porque una disposición normativa así lo establezca, sino porque tienen en cuenta que esta figura penal fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales que resulta complicada demostrar el hecho punible que generó el enriquecimiento ilícito. Es el mismo fundamento de política criminal que dio el sustento para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito del funcionario o servidor público en nuestro ordenamiento penal.

Ahora bien, las consecuencias que pueden derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son las siguientes:

1. La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales (cohecho y enriquecimiento ilícito, peculado y enriquecimiento ilícito, etc.) dado que el carácter subsidiario del tipo (enriquecimiento ilícito) es excluido por el tipo principal (cohecho, peculado, etc.).

(369) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 412.- Enriquecimiento ilícito

“El servidor público que, durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que dicha conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta”.

(370) Código Penal puertorriqueño

Artículo 447.- (Decreto N° 270, del 13 de febrero de 1973)

“El funcionario público que sin incurrir en algunos de los delitos de este capítulo se enriqueciere sin justa causa, a costa de la hacienda pública o municipal, será sancionado con prisión de 6 meses a 6 años. Se presume enriquecimiento ilícito el aumento de capital del funcionario o empleados, desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, y fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y, de los incrementos de su capital, o de sus ingresos, por cualquier otra causa”.

2. Que el injusto penal enriquecimiento ilícito no es un delito que posee autonomía; es decir, carece de supuestos típicos propio, por ser consecuencia o efecto de supuestos que sí tienen contenido propio.
3. La subsidiaridad del tipo implica reconocer que de darse el concurso aparente de leyes este se resuelve por la regla de subsidiaridad de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que el incremento de su patrimonio ha sido como consecuencia de una acción peculante o cohechante, el juzgador deberá condenar y sancionar al agente por el delito de peculado o de cohecho y no por enriquecimiento ilícito porque, precisamente, el enriquecimiento ilícito por ser un tipo amorfo, genérico y subsidiario se excluye frente al tipo principal.
4. La subsidiaridad del tipo opera, precisamente, para que, por falta de pruebas o demostración de los hechos, no quede impune una conducta que no se sabe qué es, pero que conlleva como expresión práctica un aumento de patrimonial del agente durante el ejercicio de sus funciones y que razonablemente no lo justifique.

En nuestro medio mayoritariamente la doctrina admite esta naturaleza jurídica que caracteriza al tipo. Como bien refiere Juan Portocarrero: “Los incrementos lícitos como el sueldo, compatible con el cargo, honorarios profesionales, transacciones comerciales, donación, herencia, entre otros, durante el ejercicio del cargo no forman parte del tipo, se incluyen dentro de él, los incrementos procedentes de operaciones ilícitas, siempre que no constituyan delitos independientes, como peculado, cohecho pasivo, colusión, concusión, etc.; pues a este delito mayoritariamente se le considera en la doctrina como subsidiario, porque enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo”⁽³⁷¹⁾.

Rojas Vargas, por su lado, parece admitir tímidamente el carácter subsidiario del tipo. “El criterio de subsidiaridad admitida preliminarmente para el delito de enriquecimiento ilícito ofrece la ventaja que no descarta la posibilidad de reorientar la calificación legal, sí de los medios probatorios actuales resulta aplicable al supuesto de hecho un tipo funcional especial y no el artículo 401. Efecto remisivo que racionalizará la labor persecutoria del delito por parte del Ministerio Público”⁽³⁷²⁾.

Abanto Vásquez, en una curiosa reinterpretación del tipo en comentario, sostiene: “De esa manera el tipo penal de enriquecimiento ilícito, sí operaría con carácter subsidiario, como un tipo residual que abarcaría conductas

(371) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 230.

(372) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 627.

que no han podido ser abarcadas por otros tipos penales. O también permite el inicio de un proceso penal para una vez obtenidas las pruebas suficientes, reorientar el proceso hacia la investigación de los delitos de fondo, aquellos que han permitido el enriquecimiento del funcionario”⁽³⁷³⁾.

Un particular punto de vista tiene Prado Saldarriaga, quien llega a sostener que “El enriquecimiento ilícito no debe, sin embargo, provenir de otros delitos funcionales, como actos de corrupción pasiva, actos de peculado o actos de concusión. En buena cuenta estamos ante un delito de carácter subsidiario. Solo en la medida en que el enriquecimiento ilícito no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401”⁽³⁷⁴⁾. Desde luego que tanto Raúl Peña Cabrera y Luis Francia Arias también reconocen el carácter subsidiario del tipo penal al determinar la imposibilidad que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos: “En vista que es un delito subsidiario en los que vulneran los deberes profesionales no es posible que concurra con algunos hechos punibles afines”⁽³⁷⁵⁾. Dícese lo propio Caro Coria, quien también establece la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito a partir de la consideración que se trata de un injusto penal de peligro abstracto y por tanto aplicable solo a falta de otro tipo principal de delito contra la Administración Pública⁽³⁷⁶⁾. Lo curioso resulta la tesis sostenida por Gálvez Villegas quien niega el carácter subsidiario del tipo penal en comentario, partiendo de reconocer que solamente tienen tal condición aquellos tipos penales que presenten penas menos graves, situación que no sucede en el caso del artículo 401 respecto del resto de tipos penales de corrupción de funcionarios, agregando que el error de la posición dominante en la doctrina nacional tiene como causa la influencia que sobre la misma ejerce el Derecho Penal colombiano, en el que sí se justifica la subsidiaridad del enriquecimiento ilícito al existir norma expresa en ese sentido.

Gálvez Villegas, literalmente, sostiene: “Claro que una interpretación en este sentido podrá resultar cuestionable, habida cuenta que la doctrina nacional mayoritariamente ha considerado que el enriquecimiento ilícito es un tipo subsidiario, que solo puede configurarse cuando el hecho no constituya otro delito, descartándose los casos de concurso, sea ideal o real. Sin embargo, creemos que, en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener, en general, que el enriquecimiento ilícito sea un tipo subsidiario, como

(373) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 484-485.

(374) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 291.

(375) PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1993, p. 64.

(376) Ver: CORIA CARO, Dino Carlos y otros. Ob. cit., p. 382.

sí lo es para la legislación colombiana, por ejemplo; y consideramos que las interpretaciones en este sentido se deberían a que nuestros autores en este caso, estarían asumiendo las opiniones de los autores colombianos, las mismas que no necesariamente se ajustan a nuestro tipo penal, dada su diferente estructura. Pues como se sabe la subsidiaridad en el concurso de normas penales, funcionan únicamente para los casos en que la conducta no se puede encuadrar en un tipo principal (que establece una pena mayor), y para evitar la impunidad se recurre al tipo subsidiario, el que siempre debe imponer una pena menor (como se verá en el caso que el artículo 401 del Código Penal, que establece una pena mucho más grave que la mayoría de los otros delitos contra la Administración Pública”⁽³⁷⁷⁾.

Una opinión errada pues al pretender desconocer la naturaleza subsidiaria del tipo no ha considerado su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación; la dificultad o imposibilidad de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, etc. Precisamente esta figura penal fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales, delitos de función pública, no pueda probarse existiendo determinada evidencia de desproporción patrimonial. Como bien refiere Villada: “El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra los funcionarios públicos contenidos en el Código Penal. Partía de la idea de que el enriquecimiento de un funcionario que no fuese probado que se realizó con corrección, se presumía ilícito”⁽³⁷⁸⁾. Desde luego que sin recurrir a los autores colombianos, hallaremos la explicación de su naturaleza subsidiaria en lo expresado por Bramont Arias, quien sostenía al comentar el artículo 361-A incorporado al artículo 361 del Código Penal derogado de 1924 por el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 121: “Es presupuesto de este delito el que el hecho no esté específicamente previsto por otra disposición legal, como delito o como agravante de un delito. En este sentido, el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario”⁽³⁷⁹⁾, para luego agregar: “La inversión de la carga de la prueba es indispensable, pues de otro modo no sería eficaz la responsabilidad penal. La índole moralizadora de la ley la exige”⁽³⁸⁰⁾.

Pues bien, sostener que lo que caracteriza la condición de la subsidiaridad lo determina la pena que en el tipo subsidiario es menor en relación

(377) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 146.

(378) VILLADA, Jorge Luis. Ob. cit., p. 383.

(379) BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 78.

(380) Ibídem, p. 79.

al tipo penal principal es una verdad que, en términos generales, no ha sido respetado por el legislador; toda vez que primigeniamente el enriquecimiento ilícito fue incorporado en el artículo 361 Código Penal derogado de 1924 contemplaba una pena mínima de dos (2) años y una máxima de cinco (5) que en relación del injusto penal peculado, tipificado como tal en el artículo 346 del Código derogado sancionaba este hecho punible con una pena de penitenciaría no mayor de veinte (20) años. Sin embargo, frente al cohecho descrito en el artículo 349 contemplaba una pena no mayor de cuatro (4) años; de manera que en este último caso, la pena es menor al de enriquecimiento ilícito, no siendo, por tanto, suficiente este referente para establecer la subsidiariedad del tipo. De tal suerte que, en estas condiciones, sostener que el enriquecimiento ilícito no puede ser subsidiario por la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos de corrupción de funcionarios sin tener en cuenta o tratar la cuestión de inconstitucionalidad que precisamente dicha situación provoca al colisionar con el principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto.

La jurisprudencia nacional se ha orientado en reconocer tal característica, tal como se desprende de una ejecutoria suprema que resulta bastante ilustrativa:

“(...) el delito de enriquecimiento ilícito se consuma en el momento en que el sujeto activo (funcionario o servidor público) realiza el acto ajeno a su cargo en el que incrementa su patrimonio, siempre que ese hecho no constituya otro delito, por tratarse de un delito subsidiario (...)” (Exp. N° 1611-97-C, Lima, 10 de noviembre de 1997).

La protección subsidiaria del artículo 401 del Código Penal obedece a la intención “puritana” del legislador de cubrir algunas lagunas que pudieran presentarse en la protección del normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza ciudadana en el correcto ejercicio de la función pública, pero al mismo tiempo, busca cubrir la ineficiencia de los órganos de control administrativo, y de las medidas que impidan estas conductas, de los sistemas de declaración de ingresos, de las publicaciones, de los sistemas para la elección, designación y contratación de funcionarios públicos, y de los particulares que denuncien de buena fe los actos de corrupción, de la falta de promoción de la cultura de la anticorrupción, hasta la desconfianza en la “ciencia y experiencia” de nuestros magistrados; cuando no un arma política de persecución a los opositores del Régimen de Turno.

¿Cuáles son esas conductas indebidas que persiguen el acrecentar o incrementar el patrimonio del agente ilícitamente? Tarea titánica al precisarlo y cuya respuesta sería muy discutible.

En principio, porque no es la conducta del agente que solicita y acepta dádiva, promesas o cualquier otra ventaja (cohecho), tampoco del que abusando del cargo obliga o induce a una persona a dar o prometer, para sí o para otro un bien o cualquier beneficio patrimonial (concusión); tampoco exige o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos ni en cantidad que exceda la tarifa legal (concusión); tampoco es la conducta que defrauda al Estado en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquiera otra operación semejante en que interviene por razón de su cargo, o la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, etc. Es lícito preguntarse entonces, ¿qué o cuál es esta conducta a que hace referencia a la norma en comentario?

El texto anterior a la reforma del artículo 401 del Código Penal hace mención o referencia a una forma determinada de enriquecimiento ilícito, tanto en relación al sujeto activo (funcionario o servidor público) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio. La última reforma del artículo acotado al suprimir la frase “por razón del cargo” no hizo sino ampliar los alcances de tipicidad del injusto penal.

Indudablemente, los términos de tipicidad establecidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) no guardan concordancia con lo establecido por la reforma del artículo 401 del Código Penal toda vez que los alcances de la Convención son de un carácter más restrictivo del injusto penal. En efecto, la Convención en su artículo IX prevé la figura penal del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: “El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. En consecuencia, en todo caso, la reforma de la legislación interna debió adecuarse a la Convención”.

Las decisiones tanto de la Fiscalía de la Nación como de nuestra jurisprudencia nacional en materia de este injusto son bastante discutibles, de manera que la comprobación de que un acto se adecúa o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley, o a no perseguir penalmente al autor de un acto, en realidad típico. Esto es lo que hace el juez instructor, aunque sea de manera provisional, al momento de decidir si procede abrir instrucción. Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el principio de la legalidad.

Un claro ejemplo de lo expuesto se advierte en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 792-2005-MP-FN de fecha 13 de abril de 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 16 de abril de 2005, que

declara fundada una denuncia formulada contra el ex fiscal adjunto provincial de Lima por el delito de enriquecimiento ilícito, que es bastante elocuente en cuanto al tratamiento de este injusto penal.

XIII. LOS SUPUESTOS QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO PENAL

Una de las cuestiones más discutible es establecer los supuestos que contiene el tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal porque, precisamente, no se sanciona penalmente una acción, sino las consecuencias o resultado de un hecho punible que se desconoce o conociéndolo corresponde a un tipo penal distinto pero que por falta de prueba no se le puede sancionar como tal. Por tanto, es consecuencia o resultado de un hecho punible anterior. No tiene la característica de tener una tipicidad de función garantista, por no expresar de manera expresa e inequívoca los supuestos que han sido considerados como infracción punible y solo describe un estado económico de resultado.

La última reforma llevada a cabo por el legislador nacional en la configuración del tipo acentúa dicha anomalía por el empleo de una irregular técnica legislativa. Lo es tanto así que las dificultades en la aplicación práctica del enriquecimiento ilícito se refleja en las decisiones jurisprudenciales que son pocas, discutibles y contradictorias. No existiendo, por tanto, criterios uniformes entre el Ministerio Público y el Poder Judicial respecto del tratamiento para este injusto penal.

Ahora bien, si como refieren algunos autores, la acción típica está determinada por el verbo rector “incrementar”; en sí misma no es un hecho reprochable, sino todo lo contrario, es un hecho esperado. El incremento a que hace referencia la norma penal es a lo ilegal y lo ilegal es lo prohibido que se expresa en el principio constitucional prescrita en el artículo de la Constitución Política del Estado: “Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer aquello que no prohíbe”.

En materia penal todo lo prohibido es típico y tiene un contenido de supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca. De manera que todo lo que no está penalmente prohibido está penalmente permitido. Por ejemplo, está prohibido matar y el que lo intenta o lo hace es sancionado penalmente como autor del delito de homicidio. Se sanciona la acción de matar y el resultado de esta acción es el cadáver.

Cuando se habla de la acción ilegal de incrementar su patrimonio en realidad no es propiamente una acción en sí misma sino de un resultado o consecuencia de otro hecho punible. Resulta tautológico insistir a partir del

razonamiento establecido que por el verbo rector del tipo (“incrementar ilegalmente su patrimonio”) se determina la acción dolosa en sí misma. Porque se puede incrementar ilegalmente su patrimonio de muchas maneras. Por ejemplo, a través del robo, hurto, estafa, peculado, conducta cohechante, colusión, etc.; todos estos hechos punibles pueden cometerse durante el ejercicio de sus funciones públicas, pero tienen una configuración propia y excluyente; de manera que no resulta, por tanto, suficiente el incremento ilegal de su patrimonio para determinar un hecho punible distinto a lo indicado; por ser resultado de una situación estado económico que no describe un acción propia con supuestos reprochables claro e inequívocos como manda el artículo 2 inciso 24) literal d) de la Constitución Política del Estado. En este caso hablamos de un efecto y no de una acción típica propia.

El tipo penal debería tener una función garantista en describir en forma objetiva la ejecución de una acción típica prohibida, solo de esta manera se daría cumplimiento a la exigencia del principio *nulla poena sine lege*. Esta es la función garantista del tipo que recoge el artículo 2, inciso 24), literal d), de la Carta Fundamental de la República: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Al establecer una infracción punible nos estamos refiriendo al tipo legal de garantía, que consiste en la descripción esquemática que el legislador debe hacer de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales. Un conjunto de elementos que debe reunir una conducta o supuestos de manera expresa e inequívoca para que su autor sea punible (adecuación a la descripción formal, el desvalor jurídico, antijuridicidad, la reprochabilidad a su autor, culpabilidad) y también las condiciones procesales necesarias.

Garantías constitucionales consideradas como principios generales en el Código Penal, básicamente, en los artículos II (Principio de legalidad) y IV (Principio de protección de bienes jurídicos o de lesividad)⁽³⁸¹⁾.

El enriquecimiento ilícito tipificado como tal en el artículo 401 del Código Penal, incluyendo su última reforma por Ley N° 28355, de octubre de 2004, constituye un hecho punible calificado por un resultado: el incremento

(381) Código Penal

Artículo II.- Principio de legalidad

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Artículo IV.- Principio de protección de bienes jurídicos o de lesividad

“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley”.

patrimonial ilegal. De manera que el juzgador termina sancionando como si fuera el mismo delito distintas clases de acciones dolosas que se excluyen.

En un ordenamiento penal como el peruano en que el Código Penal recoge, implícitamente, el principio de culpabilidad (“No hay pena sin culpabilidad”), el legislador se encuentra impedido de establecer penas por la mera producción de un resultado. El incremento ilegal de su patrimonio no es, en sí mismo, una acción dolosa propia, sino consecuencia de un estado anterior típicamente doloso que por razones sustanciales de prueba se recurre a su inversión en cuanto a un estado de consecuencia.

XIV. RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL

No cabe duda de que en América Latina un fantasma recorre la región socavando la legitimidad de las precarias democracias: la corrupción. Naturalmente que este fenómeno no es nuevo, pero trae, como es usual, la reacción, en ocasiones hepáticas, de muchos sectores de la sociedad civil. Puede resultar caricaturesco, pero muchos de aquellos personajes autoproclamados como abanderados de la lucha contra la corrupción se ven envueltos por sus propias prédicas, decisiones políticas y legislativas en hechos punibles que escandalizan y remueven la conciencia colectiva que exigen más represión como solución única y final a este álgido problema social.

La cuestión fundamental, desde luego, no se reduce o se resuelve con más represión sino en acciones preventivas como políticas de Estado que tiendan a evitar estos hechos punibles.

Un elemento común distingue a América Latina: la ineficiencia o inoperatividad de los órganos jurisdiccionales y de la Fiscalía de la Nación a extremos de crear un ilícito penal cuestionable bajo todo punto de vista como la apropiación ilícita. Curiosamente en sociedades respetuosas del Estado de derecho y donde el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, la Policía, etc., son más eficientes y operativas no existe esta figura penal. No la necesitan; es el caso de la Unión Europea. Recurrir al expediente facilista no es lo más adecuado ni moderno.

Chile no tiene tipificado como delito el enriquecimiento ilícito, pero ya existen algunos proyectos de ley para modificar el Código Penal tipificando el delito de enriquecimiento ilícito de los empleados públicos, y sancionar al funcionario que, durante el desempeño de su cargo, o dentro del año siguiente a su cesación, se enriqueciere sin una causa lícita.

El texto chileno define como enriquecimiento ilícito a “la diferencia positiva que resulte entre el patrimonio inicial, oportunamente declarado, y el

patrimonio final, en cuanto exceda de uno que no pueda justificar, fehacientemente, por los medios de prueba legal”.

En suma, la moción parlamentaria propone sanciones al enriquecimiento ilícito indebido de quienes desempeñan cargos de confianza en la Administración Pública u ocupan altos puestos en los poderes Judicial y Legislativo. Para ello, establece la obligatoriedad de hacer una declaración patrimonial al asumir y terminar su función.

Los llamados casos coimas, Gate y, especialmente, Confor-Inverlink, fueron algunos de los hechos que escandalizaron a Chile.

El Código Penal panameño de 1982 lo tipifica en el artículo 335, inciso 4 (enriquecimiento ilícito), el Código Penal salvadoreño de 1973 lo configura en el artículo 447, etc.

Hay países como Colombia que fueron más lejos y ha tipificado el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el artículo 412 y de particulares en el artículo 327 del Código Penal.

XV. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

Usualmente se da un concurso aparente de leyes entre los tipos penales de cohecho pasivo propio y el enriquecimiento ilícito que se resuelve aplicando la regla de la subsidiaridad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que el incremento de su patrimonio ha sido como consecuencia de una acción peculante o cohechante, el juzgador deberá condenar y sancionar al agente por el delito de peculado o de cohecho y no por enriquecimiento ilícito porque, precisamente, el enriquecimiento ilícito por ser un tipo amorfo, genérico y subsidiario se excluye frente al tipo principal.

Como no podría ser de otra manera, quien incrementa su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas por acción u omisión cohechante como una forma de incrementar ilícitamente su patrimonio es eso **cohecho** y solo puede sancionárselo como tal. Solo por defecto de prueba en relación al cohecho y existiendo el aumento del patrimonio y del gasto económico personal del funcionario o servidor público no justificado por el agente, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas donde 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; entonces, se la sancionará por el hecho punible: enriquecimiento ilícito. Lo que no podría hacerse es condenar al agente como si fueran tipos independientes tanto por el delito de cohecho

como por el de enriquecimiento ilícito, ya que ello significaría violar el principio *ne bis in idem*.

Tanto en la doctrina nacional como en la legislación contemporánea no existe duda respecto a la configuración de un concurso aparente de leyes entre el injusto penal enriquecimiento ilícito y cualquier otro tipo penal de función pública, básicamente con el cohecho pasivo, que lo genera, sino tan solo en cuanto a la regla que debe emplearse para su solución.

Recordemos que tanto el principio de la legalidad y el principio *ne bis in idem* son los dos límites a la función punitiva del Estado que fundamentan la solución del concurso aparente de leyes que presentan los casos expuestos.

El principio de la legalidad exige que se aplique al concurso aparente de leyes que se presenta la imputación de la regla de la subsidiaridad que supone la exclusión del cargo de enriquecimiento ilícito al haberse ya determinado el cargo de corrupción de funcionario en la modalidad de cohecho pasivo propio.

El principio *ne bis in idem* material genera la prohibición de sancionar doblemente a la persona por un solo hecho que sea objeto de concurso aparente de leyes, motivo por el cual se tiene que aplicar al caso indicado la regla de subsidiaridad y solucionar el concurso de normas penales.

XVI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Contra el abuso y el sistema arbitrario represivo de las monarquías absolutas a mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, etc., alzaron su voz de protesta y exigieron su modificación. Desde luego que su objetivo era someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y poner un límite al poder punitivo del Estado. Para lograrlo propusieron, entre otras medidas, que las disposiciones legales fueran más precisas. Los delitos deberían ser escritos y las penas deberían ser fijadas con mayor precisión de manera expresa e inequívoca.

El principio de la legalidad cubre todo el ámbito del Código Penal. Las normas de la parte general del Código Penal (donde se regulan los presupuestos) solo están separadas por las normas de la parte especial por razones de técnica legislativa. Atenta contra este principio el juez que condena por el simple resultado, el legislador que dicte una norma penal estableciendo un delito de función pública, especial, subsidiario calificado por el simple resultado; es decir, imponiendo una pena por lo que ocurre y no por lo que se hace u omite.

El principio de legalidad implica exigencias en relación con la manera como deben ser redactados los tipos que señalan supuestos de manera expresa e inequívoca que considera punible. Lo que implica la exigencia de una total claridad y certeza de la norma penal en la medida de la exigencia posible. En ella, radica la función garantista del tipo. Dicho reconocimiento no implica desconocer que el lenguaje sea un instrumento del todo exacto que permita reproducir, con fidelidad, la realidad muy rica y variable de las acciones humanas que el legislador considera reprochable penalmente; pero sí debe ser la expresión de la máxima exigencia en cuanto a claridad de su redacción que dejen mínimas posibilidades de duda sobre los elementos o supuestos que integran el tipo penal; de forma tal que la expresión utilizada por la Constitución Política del Estado: “de manera expresa e inequívoca” debe entenderse en este contexto.

Cuando el legislador emplea en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminadas, inexpressivas, extensivas, etc., da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal. No puede abusarse del empleo de elementos normativos en la formulación de los tipos legales atentando contra el principio de la legalidad. Por ejemplo, el legislador ha utilizado en la configuración del tipo: enriquecimiento ilícito, descrito en el artículo 401 del Código Penal la expresión genérica, vaga, indeterminada “el funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio” como un elemento normativo del tipo que no hace sino complicar su interpretación porque requiere ser interpretada restrictiva y no extensivamente como algunos autores nacionales sugieren. ¿Qué entendemos por el término “ilícitamente” en materia penal? Naturalmente que todo lo ilícito es lo prohibido típicamente en una norma con contenido de supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca. De manera que todo lo que no está penalmente prohibido está penalmente permitido.

Se trata de determinar ¿cuál es la mejor técnica legislativa que debe emplear el legislador para determinar los supuestos o conductas prohibidas e impedir, de esta manera, que se persiga o sancione arbitrariamente comportamientos que no están prevista en la ley o estándola como figura propia pero que por falta de pruebas o la incapacidad estatal de conseguirlas y por no absolverlas se recurra a figuras penales indeterminadas para sancionar al agente violando el principio *ne bis in idem*?

A pesar de tales exigencias cobra fuerza la dictadura legislativa que no ha podido respetar los límites señalados a la actividad legislativa en materia penal. Así ocurre cuando no se precisa los supuestos o elementos del hecho punible, limitándose a nombrarla, por ejemplo, “incremento ilegal de su

patrimonio” (artículo 401 del Código Penal). Es decir, el empleo de términos o expresiones de resultados o consecuencias de un estado anterior típicamente doloso, demasiado genéricos y sin precisar el contenido de los supuestos, generan una grave incertidumbre en cuanto al campo de aplicación de la norma. “A la descripción legal pormenorizada y unívoca de la conducta injusta, se le llama regularmente tipo, tipo legal o tipo penal. Y a la acción que se corresponde con esa descripción se la califica como típica o adecuada la modelo o figura de la incriminación”⁽³⁸²⁾. Desde luego, las deficiencias de comprensión de los textos legales están muchas veces relacionados con el empleo de una técnica legislativa insuficiente.

En la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez penal. Es preciso poner límite a la dictadura legislativa en beneficio de la libertad individual y evitar que el poder punitivo del Estado encuentre una excusa perfecta facilista a sus propias deficiencias en los ilimitados y abusos de poder del legislativo.

Ahora bien, la sumisión del Derecho Penal a la ley, como única fuente creadora de delitos y penas, se le conoce con el nombre universalmente aceptado de “principio de legalidad”. Este principio fundamental se halla consagrada en el artículo 2, inciso 20, literal d) de la Constitución Política del Estado que literalmente prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado en la ley, **de manera expresa e inequívoca, como infracción punible**, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Este principio constitucional se complementa con lo dispuesto por el artículo 2, inciso 20, literal a) de la Carta Fundamental de la República en cuanto establece que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. De allí que la determinación taxativa de los supuestos constituye una esencia garantía objetiva de justicia. Es el contenido de la tipicidad garantista. Para que el autor de un hecho punible sea reprimido con una pena previamente establecida, se requiere que ese hecho sea no solamente antijurídico y culpable en un sentido general, sino, también, que representen en su materialidad, una de las acciones o supuestos de manera expresa e inequívoca.

El principio de legalidad persigue como una meta política concreta: garantizar la libertad individual contra los actos de la autoridad que importe que importen un abuso o un arbitrio discrecionalismo del poder político. Políticamente, el principio de legalidad constituye un límite a la capacidad sancionatoria del Estado como una forma de garantizar la libertad de los

(382) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental*. 2ª edición. Vol. II. Temis, Bogotá, 1989, p. 112.

individuos que encuentra su efectividad en la teoría de la división de los poderes del Estado.

El estado actual del problema no conlleva a sostener que no puede rechazarse el principio de la legalidad penal, tan arraigado en la doctrina científica y proclamada expresamente en la mayoría de las legislaciones del mundo. Sin embargo, pese a lo valioso de este principio fundamental no resuelve sino en parte el problema de las garantías de la libertad individual. Porque libera al individuo de la tiranía de los jueces, que ya no pueden aplicar sanciones sino por la comisión de aquellos actos que previamente hayan sido incriminados por una ley pero, dejándolos expuestos a la nueva tiranía del legislador que, por reacción hepática, presión de la colectividad o de la prensa crean delitos sin contenido o supuestos de manera expresa e inequívocas o sencillamente crear un delito que en otras legislaciones son faltas o no se hallan tipificadas como hecho punible. ¿Cuál es el límite que se impone al legislador?; sin duda alguna debería ser la propia Constitución y los órganos de control constitucional.

Una de las exigencias que se desprende del principio de la legalidad, sin duda alguna, lo constituye el principio de determinación que tiene su sustento constitucional en lo prescrito por el artículo 2, inciso 24, literal d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Hecho que implica que la ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran como contenido de la tipicidad garantista.

Esta exigencia, consecuencia del postulado de legalidad, reviste una connotación de vital importancia que sin ella no es posible establecer las implicancias que se derivan del mismo; nos referimos a la prohibición de la analogía *in malam partem*, la aplicación retroactiva de la ley penal en desfavor del reo, etc., pero verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no solo lo constituye la analogía, sino también las normas penales indeterminadas.

A este principio se le conoce, también, como de certeza, de taxatividad o de tipicidad inequívoca. Sin embargo, consideramos que con mayor propiedad podría hablarse del principio de determinación de la norma penal.

La efectiva vigencia del postulado de determinación así concebido es una verdadera exigencia ética como lo ha planteado con suficiencia Rodríguez Mourullo: “Piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de derecho no es ya, según esto el formal

reconocimiento y consagración –incluso a nivel constitucional– del principio de legalidad, sino el de si las concretas disposiciones legales responden, al enunciar tanto el presupuesto como la consecuencia penal, al postulado de una precisa determinación, que constituya la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona cuyo logro representa para el Estado de derecho una exigencia ética.

Siguiendo con la estructura lógica de la norma penal, encontramos que se pueden presentar diversas hipótesis de indeterminación sea que atendamos al supuesto de hecho o a las consecuencias jurídicas, al precepto o a la sanción.

En cuanto al supuesto de hecho, se presenta indeterminación bien cuando no existe tipo penal que delimite claramente la “prohibición o el mandato, bien cuando el tipo penal emplea en exceso elementos normativos del tipo.

La primera hipótesis se presenta, básicamente, en los llamados tipos abiertos o aquellos en los que falta una guía objetiva para complementar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal. Un ejemplo sería el siguiente: “El que infrinja las disposiciones del Gobierno revolucionario del Perú, será sancionado con pena de la libertad de hasta diez años y multa de renta de hasta setecientos veinte días”. Allí no existe tipo penal, se trata de una cláusula general en la cual cabe cualquier contenido.

También estamos en presencia de indeterminación del supuesto de hecho en las llamadas leyes penales en blanco o, mejor dicho, tipos penales en blanco, que son aquellos, como muy bien se ha precisado, en los cuales está determinada la sanción, pero el precepto al que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica que deberá ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, e incluso por una orden de autoridad. Un buen ejemplo de tipo penal en blanco es el artículo 259 del Proyecto: “El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para impedir la introducción o propagación de una enfermedad o epidemia”.

La segunda hipótesis de indeterminación del supuesto de hecho se presenta cuando solo en apariencia se consagra el supuesto de hecho de la norma, dejando en realidad al juez la determinación del mismo. Un caso de notable indeterminación por el excesivo empleo de elementos normativos, es el artículo 276 del Proyecto: “El que con el fin de crear o mantener un estado de alarma o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes medios de destrucción colectiva, será reprimido”.

En torno a las consecuencias jurídicas, se presenta también la indeterminación cuando no se precisa su duración, la clase, o se omite consagrar la

consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) dejándola librada a la voluntad del juzgador.

En lo relativo a la duración, se presenta cuando el legislador no señala el límite temporal que debe cobijar la imposición de la sanción como sucedería si en el caso del artículo 117 del Proyecto, se dijese: “la mujer que causa su aborto sufrirá pena privativa de libertad”; otro caso de violación, este si real es el del artículo 79 del Proyecto: “la duración de las medidas de seguridad es indeterminada”.

XVII. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

El principio *ne bis in idem* implica la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho; principio constitucional previsto en el artículo 139, inciso 13, de la Constitución Política del Estado⁽³⁸³⁾ que se expresa en dos exigencias fundamentales: la primera consiste en establecer que no es posible aplicar una doble sanción siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Esto es, cuando existe un mismo hecho punible. El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del *non bis in idem* al establecer que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Del análisis de la letra del mencionado artículo surge que los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son los siguientes:

- i. El imputado debe haber sido absuelto;
- ii. La absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y,
- iii. El nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

La Convención Americana al establecer “imputado absuelto” implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.

La Comisión considera que la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8, inciso 4, no debe interpretarse restrictivamente, es decir,

(383) Constitución Política del Estado

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

Inc. 13.- “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.

A diferencia de otros supuestos de desistimiento de la denuncia –por razones de carácter procesal, por ejemplo–, cuando la declaración de no apertura de la instrucción se funde en la inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, la resolución que así lo establezca adquirirá el carácter de inmutable. En efecto, para el caso que un tribunal declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, no será posible que luego otro tribunal, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de delito. Esta decisión, agotados los recursos previstos por la ley, adquirirá además carácter de inimpugnable, es decir, que no podrá ser sujeta a modificación ya sea en el mismo procedimiento o en otro posterior.

Es el caso de Alan García Pérez cuando el vocal supremo instructor –cumpliendo el rol de un juez instructor– declaró la no apertura de la instrucción y ordenó el archivo definitivo de la causa fundado en la falta de tipificación penal de los hechos denunciados; es decir, por supuesto delito de enriquecimiento ilícito. Contra dicha decisión fueron interpuestos los recursos previstos por la ley. Una vez denegados por improcedentes, el mencionado auto procesal adquirió el carácter de definitivo por efecto del principio de cosa juzgada. Este caso, bastante ilustrativo, por cuanto establece el principio de *ne bis in idem* en la causa seguida contra el procesado por supuesto enriquecimiento ilícito, se puede consultar en el Informe N° 1/95, caso N° 11.006-Alan García Pérez, Perú, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 7 de febrero de 1995.

En este caso, desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho punible y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. La prohibición de la doble incriminación está garantizada en la Constitución Política del Estado y en los convenios y tratados internacionales de derechos civiles y políticos.

Recordemos que el Derecho Penal peruano en cuanto a su aplicación como la última ratio está limitado por ciertas garantías e instituciones creadas a favor del individuo para que se haga efectiva cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto todas las libertades civiles y políticas que, por tener sustento constitucional, no pueden ser violadas o desconocidas por los poderes constituidos del Estado.

¿Qué factores contribuyen a que se viole el principio *ne bis in idem*? Sin duda alguna muchas; pero lo cierto es que, cuando el legislador emplea en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminadas, inexpressivas, extensivas, etc. da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal. No puede abusarse del empleo de elementos normativos en la formulación de los tipos legales atentando contra el principio de la legalidad. Por ejemplo, el legislador ha utilizado en la configuración del tipo: enriquecimiento ilícito, descrito en el artículo 401 del Código Penal la expresión genérica, vaga, indeterminada: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio...”, como un elemento normativo del tipo no hace sino complicar su interpretación porque requiere ser interpretada restrictivamente y no extensivamente como algunos autores nacionales sugieren. ¿Qué entendemos por el término ilícitamente en materia penal? Naturalmente que todo lo ilícito es lo prohibido típicamente en una norma con contenido de supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca. De manera que todo lo que no está penalmente prohibido está penalmente permitido.

Se trata de determinar cuál es la mejor técnica legislativa que debe emplear el legislador para determinar los supuestos o conductas prohibidas e impedir, de esta manera que se persiga o sancione arbitrariamente comportamientos que no están prevista en la ley o estándola como figura propia pero que por falta de pruebas o la incapacidad estatal de conseguir las y por no absolverlas se recurra a figuras penales indeterminadas para sancionar al agente violando el principio *ne bis in idem*.

En la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez penal. Es preciso, poner límite a la dictadura legislativa en beneficio de la libertad individual y evitar que el poder punitivo del Estado encuentre una excusa perfecta facilista a sus propias deficiencias en los ilimitados y abusos de poder del legislativo. La doble incriminación se encuentra plenamente consagrada en el ordenamiento constitucional y los tratados internacionales del cual el Perú forma parte como Estado suscriptor.

En nuestro medio en los procesos anticorrupción en curso se ha abierto proceso penal contra la mayoría de exaltos funcionarios del régimen de Alberto Fujimori, incluyendo al propio exmandatario de la Nación por delitos de peculado, cohecho y enriquecimiento ilícitos, entre otros delitos. En algunas ocasiones se ha dado el caso de haber condenado por el delito de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito a partir de los mismos hechos. Hecho que se atenta contra el principio *ne bis in idem* al existir una doble incriminación por los mismos hechos.

En estos casos es posible determinar el por qué no puede por el mismo hecho ser condenado un funcionario o servidor público por los delitos de cohecho y enriquecimiento ilícito; toda vez que existe un concurso aparente de leyes entre los tipos penales antes descritos que bien pueden ser solucionados mediante la regla de la subsidiaridad; en razón a que si las pruebas aportadas en el proceso penal permiten establecer con certeza que el incremento de su patrimonio durante el ejercicio de la función pública que venía ejerciendo el agente, permiten establecer con certeza que el incremento patrimonial ha sido fruto del peculado, del cohecho, etc., al funcionario se le condenará por estos delitos y no por enriquecimiento ilícito o los dos delitos al mismo tiempo; precisamente porque al corresponder este a un tipo subsidiario queda excluido por el tipo principal.

No cabe duda de que en estos casos se da un concurso aparente de leyes entre el tipo penal enriquecimiento ilícito y el supuesto delito de función pública que lo genera, existiendo discrepancia en la doctrina en cuanto a la regla que debe aplicarse para su solución. Sin embargo, es una de las soluciones que permiten desterrar la doble incriminación por los mismos hechos.

En suma, la aplicación que declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, por falta de pruebas o insuficiencias de la misma, no será posible luego que el mismo juzgador u otro, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de otro delito y por tanto juzgue nuevamente al agente. Ello constituye sencillamente una doble incriminación que viola el principio *ne bis in idem*.

Lamentablemente la técnica legislativa empleada por el legislador nacional en la configuración del tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal posibilita tal violación constitucional al establecer en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminadas, inexpresivas, extensivas, etc. que da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal.

Ahora bien, dejar a la discreción del juzgador el determinar los supuestos permitidos y de lo prohibido es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; toda vez que la creación de los tipos penales es privativa del órgano legislativo a quien le compete crear tipo de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política del Estado dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos y no establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es “crear” supuestos vía interpretación. Ahora bien, la técnica legislativa empleada por el legislador en la configuración del tipo

descrito en el artículo en comentario al no describir de manera expresa e inequívoca cuáles son los supuestos prohibidos por el legislador que se sancionan, pone a merced de la decisión judicial, indebidamente, los límites entre lo lícito y lo punible.

XVIII. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El tipo penal enriquecimiento ilícito opera con carácter subsidiario, como un tipo residual que abarcaría conductas que no han podido ser abarcadas por otros tipos penales especiales (cohecho, peculado, etc.) que contenga supuestos determinados de manera expresa e inequívoca. Desde luego que, al reconocer el carácter subsidiario del tipo penal es posible determinar la posibilidad que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos.

Pero hasta qué punto realmente puede establecerse que esta caracterización es concordante a la naturaleza jurídica que lo fundamenta. Pues, como se sabe la subsidiaridad en el concurso de normas penales, funcionan únicamente para los casos en que la conducta no se puede encuadrar en un tipo principal (que establece una pena mayor), y para evitar la impunidad se recurre al tipo subsidiario, el que siempre debe imponer una pena menor. Situación no se da en el caso del tipo en comentario ya el legislador nacional ha contemplado penal severísimas que supera en exceso a otros tipos penales con contenido propio. Por ejemplo, establece una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal para el tipo básico y para el tipo agravado por la condición elevada del cargo público o esté sometido a las prerrogativas del antejudicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforma al artículo 36 del Código Penal.

Pues bien sostener que lo que caracteriza la condición de la subsidiaridad lo determina la pena que en el tipo subsidiario es menor con relación al tipo penal principal, es una verdad que en términos generales no ha sido respetado por el legislador; toda vez que el delito de enriquecimiento ilícito supera en muchos casos a la pena contemplada para los tipos penales con contenido propio. No siendo, por tanto, suficiente este referente para establecer la subsidiaridad del tipo. De tal suerte que en estas condiciones sostener que el injusto enriquecimiento no puede ser subsidiario por la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos de corrupción de funcionarios sin tener en cuenta o tratar la cuestión de las razones de político-criminales que sustentaron su creación. Recordemos que la subsidiaridad del tipo opera, precisamente, para que no quede impune una conducta que no se sabe que es; pero que conlleva como expresión práctica un incremento

notoriamente superior de su patrimonio no acorde con sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, determinada esta característica del tipo queda pendiente la cuestión por resolver en relación a la pena contemplada; o dicho de otra manera sí las penas contempladas en la norma penal por el legislador nacional son acordes con el principio de proporcionalidad para un tipo genérico, in-nominativo e indeterminado.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal peruano es el gran referente con relación a la proporcionalidad de las penas.

XIX. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DEL INJUSTO PENAL

Para determinar la constitucionalidad del artículo 401 del Código Penal es importante determinar, primero, si esta tipificación está permitida en las normas internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional; y segundo, si esta tipificación cumple con los requisitos formales y sustantivos para que sea del todo adecuada constitucionalmente. Todo parece indicar que en el caso concreto del hecho punible enriquecimiento ilícito no tiene el suficiente sustento constitucional que lo fundamente; esto es así que cuando los congresistas en la Comisión de Constitución se discutía el artículo 57 del Proyecto de Constitución de 1993 (ver tomo V, p. 2856 y ss.) antecedente del artículo 41 de la actual Constitución Política lo que se discutió no fue el tipo penal enriquecimiento ilícito como una figura penal a crear por el legislador sino estuvo referido básicamente sobre la conveniencia o no de hacer las publicaciones de las declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos como una de las formas de transparentar el ejercicio de la función pública y tener un mejor control y participación de la Sociedad Civil en sus funcionarios públicos.

XX. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El artículo IX de la Convención señala lo siguiente:

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueden ser razonablemente justificados por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el Enriquecimiento Ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con este delito en la medida en que sus leyes lo permitan”.

No todos los países que suscribieron dicha Convención han tipificado dicho delito. Algunos como Canadá formularon reserva al artículo IX (Enriquecimiento Ilícito) de la Convención al hacer una declaración interpretativa del artículo acotado. El artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Como el delito contemplado en el artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución del Canadá, el Canadá no aplicará el artículo IX tal como dispone este artículo. Dícese lo propio de los Estados Unidos de Norteamérica formuló reparos y reserva con relación al Enriquecimiento Ilícito:

“Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuentan con leyes penales para impedir castigar tal conducta.

Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales.

También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que ha evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden.

Por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención”.

Como puede apreciarse, lo que la Convención sanciona es el enriquecimiento ilícito significativamente excesivo para los medios legítimos de un

funcionario público y que no pueda ser razonablemente justificado por este. Tal concepto para que pueda tener aplicación supone dentro del Estado un mecanismo que permita el conocimiento de los bienes que tenía el funcionario público antes de asumir sus funciones, como podría ser la obligación que tenga dicho funcionario de presentar una declaración jurada de sus bienes al momento de asumir sus funciones o que anualmente tenga que efectuar esa declaración de bienes para efectos tributarios. Sin ese conocimiento previo, en la práctica, resultaría muy difícil la prueba de que efectivamente ha habido, un enriquecimiento ilícito.

Buena parte de los países que suscribieron la Convención tienen incorporados en sus legislaciones internas el delito de enriquecimiento ilícito y otros formularon repararos.

La existencia de estas dos situaciones diferentes ha significado que la Convención haya optado por conferirle al enriquecimiento ilícito el mismo tratamiento que al soborno internacional. Esto es, primer lugar, que con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo han hecho deberá adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el delito de enriquecimiento ilícito, y que, entre aquellos Estados que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado, como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención; pero, con respecto a aquellos que no han tipificado ese delito, solo se establece la obligación de brindar la asistencia y cooperación prevista en la Convención en relación con el delito de enriquecimiento ilícito en la medida en que sus leyes lo permitan.

De acuerdo con el artículo II de la Convención, esta tiene dos propósitos fundamentales: el primero de ellos dice relación con las acciones internas que cada Estado puede adoptar para promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Se trata de mecanismos eminentemente facultativos y que no están sujetos en consecuencia, a un control o supervigilancia internacional. El segundo objetivo de la Convención es de naturaleza internacional y se refiere a las acciones tendientes a promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Cada uno de estos dos propósitos es desarrollado posteriormente por diversas disposiciones de la Convención.

XXI. EL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO QUE ABUSA DE SU CARGO

El texto vigente del artículo 401 del Código Penal regula el delito de enriquecimiento ilícito. Este texto legal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito, tanto en función del sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así la figura es atribuible solo al sujeto público (funcionario y servidor) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio a diferencia de la legislación colombiana que ha tipificado también como delito el enriquecimiento ilícito del particular⁽³⁸⁴⁾.

Al respecto, conforme es de verse de la exposición de motivos del proyecto de ley materia de análisis, la modificación que se propuso consistió en “suprimir [la frase] ‘por razón de su cargo’ a fin de ampliar los alcances de tipicidad del tipo penal con la expresión: ‘durante el ejercicio de sus funciones’ para luego insertar la expresión: “abusando de su cargo”. Asimismo, se incorporó una serie de circunstancias agravantes en los alcances normativos del mismo tipo”.

Respecto a tales propuestas, la Comisión de Justicia del Congreso de la República consideró como no conveniente suprimir la frase “por razón de su cargo” por cuanto iría en contra de los términos de tipicidad establecidos por la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC). La tendencia como es natural es adecuar la legislación interna a dicho instrumento internacional.

La expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo (“durante el ejercicio de sus funciones”) está referida a la oportunidad o término en que el agente valiéndose de sus funciones se enriquece ilícitamente. Se enriquece durante el ejercicio, no antes ni después; o, dicho de otra manera, durante el ejercicio de sus funciones públicas. No cabe otra interpretación salvo que se quiere extender la tipicidad arbitrariamente. En consecuencia, no pueden ser sujetos activos del tipo los funcionarios electos (congresistas,

(384) Código Penal colombiano del 2000

Artículo 412.- Enriquecimiento ilícito. “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a 50 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 a 10 años”.

Artículo 327.- Enriquecimiento ilícito de particulares. “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de 6 a 10 años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a 50 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

alcaldes, presidentes regionales, etc.) tampoco los que ya fueron cesados y en esa condición se enriquecen ilícitamente.

Todo agente que con ocasión del ejercicio de sus funciones ilícitamente incrementa su patrimonio será reprimido como autor del delito de enriquecimiento ilícito si este no puede justificar razonablemente dicho incremento. La ocasionalidad se identifica así con cualquier concepto por el que el agente haya llegado a incrementar su patrimonio. Lo que equivale a decir, todas las actuaciones formalmente que impliquen aprovechamiento para incrementar su patrimonio quedan subsumidos en el tipo. La simple ocasión de las funciones que pueden ser a partir de la competencia del cargo hasta el consentimiento de situaciones administrativas irregulares (parcialmente viciados), delegación de funciones sin facultades para ello o la simple asunción voluntarias de ellas sin delegación expresa, pasando por la costumbre del sector del que se trata. No se requiere de una competencia específica para operar en cuanto al incremento de su patrimonio de manera ilegal.

El verbo rector en el tipo está expresado en el vocablo “incrementar” que denota acción de aumento patrimonial del funcionario o servidor público; pero esa acción de incrementar en sí no es un hecho punible porque el funcionario o servidor público puede incrementar su patrimonio y enriquecerse de manera legítima. El concepto es muy amplio que comprende multiplicidad de formas o manera de incrementar su patrimonio, lícita e ilícitamente. Lo que importa es aquella última forma de enriquecimiento que tiene relevancia penal, de manera que el vocablo “incrementar” debe entenderse o interpretarse asociado a la expresión “ilícitamente”, como un elemento normativo del tipo. Lo ilícito expresa lo prohibido por ley y en ella hallamos supuestos tipificados como hecho punible. Es decir, supuestos tipificados como hechos punibles; por ejemplo, es ilícito el peculado, el cohecho, etc.

¿Cuáles son los supuestos que contienen el tipo descrito en el artículo 401 del Código Penal? La norma penal no hace la descripción, sencillamente, señala una situación fáctica. Es decir, la desproporción o desbalance entre lo declarado en su declaración jurada y sus ingresos por diversos conceptos. El tipo, en consecuencia, no guarda relación con los principios de legalidad. Todo tipo penal debe describir de manera expresa, sencilla, clara los supuestos que considera reprochables penalmente.

El tipo adolece de acción adecuadamente definida. Hecho que genera una cuestión fundamental por resolver ¿cuál es el límite formal de la función punitiva del Estado con el principio de la legalidad? Desde luego que la técnica legislativa empleada por el legislador peruano no es lo más adecuada.

Pero más allá del cuestionamiento dogmático del tipo penal normativamente tiene sustento constitucional estando con lo dispuesto por el artículo 41 de la Carta Fundamental de la República.

Constitución Política de 1993

Artículo 41 (último párrafo): “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el fiscal de la Nación, por denuncia de tercero o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial”.

Esta norma constitucional es concordante con lo dispuesto por el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽³⁸⁵⁾, suscrita, aprobada y ratificada por el Perú y que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución Política del país forma parte de la legislación nacional.

¿Cuál es el supuesto que se sanciona? Para algunos autores lo que se sanciona penalmente es el hecho de enriquecerse ilícitamente y la no justificación es una condición de punibilidad o un supuesto de procedibilidad (ver: Fontán Balestra). Puede apreciarse, no obstante, la técnica legislativa empleada por el legislador argentino en la tipificación del injusto: enriquecimiento ilícito prescrita en el artículo 268, segundo párrafo del Código Penal argentino en cuanto a su redacción, algunos tratadistas sostuvieron la tesis de que en este caso no se invierte la carga de la prueba.

Código Penal argentino

Artículo 268 (2). “Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. **La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá**

(385) Convención Interamericana contra la Corrupción
Artículo IX.-

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueden ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el Enriquecimiento Ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con este delito en la medida en que sus leyes lo permitan”.
Nótese cómo la Convención ha seguido la orientación de la legislación argentina y colombiana en cuanto a establecer la exigencia del agente por justificar o probar que dicho enriquecimiento no ha sido ilícito.

ser invocada contra él para ningún efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años”.

Nótese a pesar del elemento normativo expresado en la frase: “el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo”.

Por ejemplo, en la fórmula del Proyecto de 1941 aparece con toda claridad el principio de la presunción de ilicitud: “Salvo prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable de patrimonio, que no proviene de las siguientes causas”.

De la exposición de motivos pueden transcribirse estos conceptos: la inversión de la prueba es un expediente arbitrado para que la habilidad de los funcionarios no desbarate los propósitos de la ley reclamada por la opinión pública.

De allí que hace decir a Fontán Balestra: “No obstante que la redacción de la figura pueda prestarse a equívocos, lo que la ley castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente, aunque el no justificar ese enriquecimiento sea una condición de punibilidad”. Para luego agregar: “El delito se consuma, pues, con el enriquecimiento. La tentativa, aunque imaginable, no resulta punible, puesto que nada hay que justificar”⁽³⁸⁶⁾.

Para Núñez estamos en presencia de un delito complejo que requiere el acto positivo de haberse enriquecido apreciablemente y el negativo de no justificar la procedencia de ese enriquecimiento.

Para Creus de acuerdo a la estructura típica lo que se sanciona es la no justificación del enriquecimiento. Distinto es el caso de la legislación peruana por cuanto lo que se sanciona no es la omisión o no justificación del enriquecimiento sino la acción dolosa de incrementar ilícitamente su patrimonio durante el ejercicio de la función público.

XXII. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico protegido por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de los cargos públicos. La construcción dogmática de la noción de bien jurídico ha sido ardua, marcada por discusiones intensas y nada pacíficas a lo largo de la historia moderna del Derecho Penal. Precisamente una de las dificultades encontradas fue la de comprender tanto los bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.), como los bienes jurídicos

(386) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 366.

colectivos (Estado, administración de justicia, seguridad pública, medio ambiente, paz pública, derechos humanos, etc.) englobados en una misma noción de bien jurídico.

Usualmente, se ha entendido que el bien jurídico tutelado en estos delitos genéricamente es la Administración Pública, expresada en su normal y correcto desarrollo. Sin embargo, no podemos dejar de considerar que, dentro de la Administración Pública, como marco referencial, también se agrupan distintos bienes jurídicos específicos que son prevalentes en cada caso concreto.

La exigencia de una concreción del bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública es una constante de reflexión penal, sobre todo, de aquella dimensión abstracta de bien jurídico (bien jurídico genérico) a favor de una dimensión en lo posible más específica.

Asumamos la perspectiva de mayor concreción del bien jurídico protegido en algunos tipos penales que tutelan la Administración Pública en búsqueda de connotaciones de efectiva ofensividad que permitan abandonar la cláusula del peligro abstracto; ello implica problemáticas legales en torno al principio de lesividad y de la exigüidad de la conducta. Más allá de aquellos loables propósitos enunciados, interesa en cuanto a la naturaleza jurídica del delito de enriquecimiento ilícito, establecer cuál es el bien jurídico tutelado específico.

Ello importa reconocer que el injusto tiene la naturaleza de ser un delito pluriofensivo, cuya acción dolosa afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, pero el bien jurídico tutelado preponderante es el ejercicio correcto de la función pública (bien jurídico genérico). Esta discusión doctrinaria, de vieja data para nuestra realidad, no ha sido resuelta normativamente. Es muy discutible hallar un bien jurídico específico, pero, partiendo del carácter pluriofensivo del hecho punible, el bien jurídico protegido por la norma no es el perjuicio del patrimonio del Estado, la destinación correcta de los bienes o caudales del Estado, tampoco la moral pública, sino el normal y correcto ejercicio de las funciones públicas por parte de los funcionarios o servidores públicos. La última reforma del artículo 401 del Código Penal, las condiciones de merecimiento y la necesidad de la pena que fundamentaron su tipificación así lo determinan.

Con el hecho punible enriquecimiento ilícito siempre se afecta el patrimonio del Estado de manera considerable, pero, con mayor incidencia, el normal y correcto ejercicio de las funciones públicas; pues el agente incrementa ilícitamente el patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos, durante

el ejercicio de sus funciones, afectando al normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

El perjuicio que genera el enriquecimiento ilícito es inmensamente mayor y trasciende cualquier contenido patrimonial o moral (no podemos confundir el Derecho Penal y la moral pública, que tienen sus propios espacios y tratamientos diferenciados). El reproche penal y el reproche moral no son consustanciales necesariamente, aun cuando puedan coincidir en ocasiones. Con la última reforma del artículo 401 del Código Penal, el incremento patrimonial de manera ilícita lo es por razón o con ocasión de sus funciones y no del cargo. De manera que el legislador nacional siempre en la tendencia de hacer extensivo el “contenido” del tipo, ha recurrido en la configuración de esta figura penal al empleo de la frase: “respetto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente”; a diferencia de los proyectos de códigos penales que sirvieron como antecedentes y de la redacción primigenia del artículo 401 del Código Penal, que emplearon la expresión: “que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente”; no es lo mismo enriquecerse por razón del cargo que incrementar el patrimonio ilícitamente durante el ejercicio de sus funciones; esta última expresión abarca una mayor dimensión de supuestos reprochables o contenido del injusto, pero el legislador nacional no ha precisado en qué consisten estos supuestos, pese a que estableció dicha extensión.

Para algunos autores nacionales como Rojas Vargas: “El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionario o servidores públicos a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la Nación⁽³⁸⁷⁾”.

Abanto Vásquez, por su lado, considera que “Es difícil encontrar aquí un objeto del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso, hay un peligro abstracto en relación con todos los demás objetos protegidos por los demás tipos penales: la imparcialidad del funcionario, el patrimonio de la administración, el carácter público de las funciones públicas, etc.”⁽³⁸⁸⁾. Desde luego que compartimos estas dificultades, pero no podemos desconocer, como parece olvidar Abanto Vásquez, el carácter pluriofensivo del enriquecimiento ilícito; de manera que, a partir de este reconocimiento, se debe hallar el bien jurídico prevalente específico.

(387) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 614.

(388) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., p. 477.

Para Ángeles Gonzáles: “Es el normal desarrollo de la Administración Pública que precisa en sus representantes el cumplimiento fiel y legal de sus obligaciones”⁽³⁸⁹⁾. Como puede apreciarse, no es sencillo determinar el bien jurídico específico que protege la norma penal, dada la característica irregular del tipo. El bien jurídico específico es tan discutible, tanto o más, como las condiciones de merecimiento y la necesidad de la pena que fundamentaron su tipificación que así lo determinaron.

Los hechos punibles caracterizados por afectar el correcto desarrollo de la Administración Pública (bien jurídico tutelado, en términos generales) deben ser sancionados con pena severa, pero no al grado de poner al Derecho Penal como la opción primera o fundamental para proteger el bien jurídico por encima de otras opciones. Recordemos que el Derecho Penal es la última ratio y el bien jurídico tutelado subsidiario. No tener en consideración estos principios elementales que fundamentan a un Estado de derecho ha llevado en el caso peruano a exageradas y desproporcionadas medidas represivas para estas conductas reprochables y a una inusual creación de nuevos tipos penales de manera irregular. Agréguese a ello las medidas limitativas de la libertad fuera de un proceso regular sin sustento constitucional, entonces, tenemos como resultado la modificación sustancial del Código Penal, haciendo de esta un instrumento de represión inmanejable y uno de los códigos penales del mundo más represivo y detallista, si lo comparamos con otras legislaciones.

Como bien refiere Jakobs: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales solo cuando su función no la puede asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado principio de subsidiaridad”⁽³⁹⁰⁾.

Si el Derecho Penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos (por naturaleza constitutiva) resulta poco practicable porque la intervención del Derecho Penal es, siempre, posterior a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, entonces, cómo y de qué manera podemos hablar que protege dichos bienes. Salvo actitud indicativa de prevención especial o general entendida en que la misión del Derecho Penal a través de la aplicación de la pena en hacer desistir al autor de futuros delitos (dirigida al autor individual) o en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las

(389) ÁNGELES GONZALES, Fernando. Ob. cit., p. 3281.

(390) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 60.

prohibiciones legales y apartarla de su violación (prevención general). Esta forma de prevención suele ser discutible en cuanto a su eficacia a través de la amenaza; en todo caso, las medidas preventivas protegen mejor los bienes jurídicos porque previene y se adelanta a los hechos; posibilitando su no ejecución o realización. Prevenir como imposibilidad material para la realización del hecho punible es de mejor eficacia que la amenaza o la intimidación a través de normas penales. Más aún en un medio como el nuestro, donde no existe una reforzada confianza jurídica del pueblo.

XXIII. EL SUJETO ACTIVO

En la mayoría de los tipos penales, son sujetos activos cualquier persona; sin embargo, hay un número determinado de normas penales en las cuales solo pueden ser sujetos activos los funcionarios o servidores públicos. Esta es característica propia de los delitos especiales o de función pública. Es el bien jurídico tutelado, la calidad del agente y la naturaleza de sus funciones la que determina su ubicación y sistematización en el Código Penal. De manera que cabe poca discusión para determinar quién puede ser considerado sujeto activo en este injusto penal.

Solo puede ser agente de este hecho punible el funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de la función pública, abusando del cargo, indebidamente, incrementa su patrimonio. No obstante, presenta algunas dificultades para determinar la coautoría, la complicidad y la instigación, con la participación de terceros particulares.

XXIV. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado; aunque, en determinados casos concretos, el hecho punible puede también afectar a un particular.

Modernamente, en doctrina se discute la conveniencia o no de considerar al particular como sujeto pasivo del tipo o solo al Estado. La posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto pasivo a la Administración Pública en sentido amplio.

Otros consideran que debe extenderse la titularidad del sujeto pasivo también a los particulares agraviados directamente, sean estos de manera individual o colectiva. Es preciso considerar que tanto el Estado como el particular pueden ser agraviados. No debe aceptarse la exclusión del particular como parte civil en los procesos que se le siguen a los funcionarios públicos que cometieron el hecho punible. Ello pese a que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública como tal.

XXV. LA PENA APLICABLE

La norma penal en tipo básico sanciona al sujeto activo quien 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. Para el tipo agravado cuando el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Capítulo XX

Decomiso de donativo

Artículo 401-A.- “En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados”.

Artículo vigente incorporado por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado en el diario oficial El Peruano el 10/05/1992.

Esta disposición, cuya incorporación fue realizada por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10 de mayo de 1992, parece indicar una connotación bastante restringida o limitada. No obstante, admite dos interpretaciones restrictivas: la referida a los tipos penales comprendidos en la Sección V o aquella que comprende al tipo penal descrito en el artículo 401-A (enriquecimiento ilícito).

Ciertamente, en cualquiera de los casos señalados resulta siempre bastante limitativo en la medida en que no comprende a todos los delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, constituye una regulación del decomiso que aparentemente entra en contradicción con el artículo 102 del Código Penal, de manera que no había necesidad de adicionar un nuevo artículo 401-A; salvo que el legislador hubiera querido determinar que solo es aplicable en lo relacionado al delito de enriquecimiento ilícito. Esto parece que técnicamente no es lo más acertado, porque lo reduce a donativos, dádivas o presentes que no es precisamente lo que determina este supuesto prohibido. Estos vocablos indicarían supuestos comprendidos en las diversas modalidades de cohecho y no solo respecto del delito de enriquecimiento ilícito.

En términos generales, el decomiso es una pena o medida ordenada por un juez como consecuencia de una infracción penal, que consiste en la privación permanente de un bien relacionado con el delito. En este caso solo se refiere a donativos, dádivas o presentes, los cuales pueden ser materia de decomisos. La conceptualización del decomiso como pena determina que se requiera necesariamente una sentencia de condena y que su imposición

-dado el carácter personal de la pena- quede limitada exclusivamente al sujeto responsable del delito y, desde el punto de vista objetivo, a los bienes, productos o instrumentos vinculados con el delito por el que el sujeto ha sido condenado.

El decomiso es una pena accesoria y, por ende, asociada a una condena. Es diferente a una incautación. En principio, la medida de incautación tiene la connotación de tipo cautelar, conforme el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, de manera que precede al decomiso. La incautación instrumental tiene un fin probatorio sustancial; en tal sentido, el concepto de decomiso tiene consideraciones que están acorde con la Convención de Viena. En efecto, la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988), luego de definir al decomiso como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad competente”, requiere la adopción por parte de los Estados de medidas que le otorguen un alcance más amplio que el atribuido tradicionalmente, con la única limitación de los derechos de los terceros de buena fe.

Capítulo XXI

Adjudicación al Estado de bienes decomisados

“Artículo 401-B.- Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial 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 vigente incorporado por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado en el diario oficial El Peruano el 10/05/1992.

Tal como señala esta norma, los bienes decomisados e incautados deben ser puestos a disposición del Ministerio de Justicia, con el propósito de que este los asigne para su uso en servicio oficial del Poder Judicial y del Ministerio Público. Tales bienes serán devueltos a sus respectivos propietarios en caso se dicte sentencia judicial absolutoria.

Cabe señalar, a partir de diferenciar conceptualmente el decomiso y la incautación, que no parece adecuada la redacción del artículo 401-B. En efecto, dicho texto no es el más feliz porque confunde decomiso e incautación. Durante la investigación policial pueden incautarse bienes o instrumentos que sirvieron para el hecho punible, pero la policía no puede decomisarlos porque ello es propio, en cuanto facultad, del juez.

Bibliografía

Bibliografía

- AA.VV. *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2011.
- ÁLVAREZ SIMONETTI, Manuel. *Código Penal. Antecedentes, concordancias, notas, jurisprudencias*. Lima, 1997.
- ÁNGELES GONZALES, Fernando y otros. *Código Penal comentado, concordado, anotado, jurisprudencia*. Tomo VII: *Delitos contra la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMÁN, Marlene. *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. “Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 15-04, 2013. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>>.
- BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*. Temis, Bogotá, 1965.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 6ª edición. Buenos Aires, 1964.
- BRAMONT ARIAS, Luis. *Temas de Derecho Penal*. Tomo IV. SP Editores, Lima, 1990.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I. Arayú, Buenos Aires, 1953.

CALLE, Juan. *Código Penal (Ley N° 4868)*. 2ª edición. Librería e Imprenta Gil, Lima.

CARO CORIA, Dino Carlos y otros. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Jurista Editores, Lima, 2002.

CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*. Vol. V. Temis, Bogotá, 1961.

CORNEJO, Ángel Gustavo. *Derecho Penal. Parte especial (II)*. Librería Peruana, Lima, 1938.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo 2. Astrea, Buenos Aires, 1990.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal conforme al Código Penal. Texto refundido de 1944*. Tomo II. Parte especial. Bosch, Barcelona, 1949.

CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución Política al alcance de todos*. 3ª edición. AFA Editores, Lima, 1984.

DOBEL, Patrick. "La corrupción de los Estados". En: *American Political Science Review*, Vol. 72, 1978.

DONNA, Edgardo Alberto. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental*. 2ª edición. Vol. II. Temis, Bogotá, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VIII. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*. Editora Fecat, Lima, 1999.

GACETA JURÍDICA / DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *El Código Penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa, Lima, 2001.

GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Buenos Aires, 1941.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870*. Tomo IV. Est. tip. de los hijos de J. A. García, 1899-1902.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. “El principio de legalidad penal y la exigencia de un metaprincipio”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 18. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. “Comentario al nuevo Código Penal. Título Preliminar, principios generales”. En: *Actualidad Penal*, N° 13, Lima, 2015.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El delito de peculado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. “Teoría para un Derecho Penal constitucionalizado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 83. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

HUNTINGTON, Samuel. “Modernización y corrupción”. En: *Corrupción política*. HIEDENHEIMER, A.; JOHNSTON, M. y LE VINE, V. (compiladores). 3ª edición. A. Handbook Transaction Pub.

HURTADO POZO, José. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. Cedys, Lima, 1979.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. 2ª edición. Eddili, Lima, 1987.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. 2ª edición corregida. Marcial Pons-Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1981.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Ariel, Barcelona, 1972.

LACLAU, Martín. "El problema filosófico de la interpretación en la actualidad". En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 9. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

LALINDE ABADÍA, Jesús. *Derecho histórico español*. Ariel, Barcelona, 1974.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte especial*. Vol. III. Temis, Bogotá, 1955.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 8. Ediar, Buenos Aires, 1961.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro segundo. Parte especial*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*. 2ª edición. Madrid, 1984.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996.

MUÑOZ, Luis. *La Constitución Política del Perú comentada*. Ediciones Juris, Lima, 1956.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VII. Lerner Editora, Córdoba, 2008.

PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 1996.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Ediciones Nauta, 1959.

QUINTANO, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Vol. II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

RAMOS MEJÍA, Enrique. *El delito de concusión*. Depalma, Buenos Aires, 1963.

RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III. Temis, Bogotá, 1975.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Depalma, Buenos Aires, 1979.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública (jurisprudencia penal)*. Jurista Editores, Lima, 2004.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Ediciones Aguilar, Madrid, 1971.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo V. Tipografía Argentina, Buenos Aires, 1978.

TEJERA, Diego Vicente. *El cohecho*. Memoria leída por el fiscal de la audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los tribunales el día 1º de septiembre de 1924. Matanzas, 1925.

URIEL, Franco. *El peculado*. Temis, Bogotá, 1987.

URQUIZO OLAECHEA. *Código Penal práctico*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

URQUIZO OLAECHEA y otros. *Jurisprudencia penal*. Jurista Editores, Lima.

VIADA Y VILASECA, Salvador. *Código Penal reformado de 1870*. 4ª edición. Tomo II. Madrid, 1890.

VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2002.

VITERBO ARIAS, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Serie Biblioteca de El Diario Judicial, Lima, 1896.

VIVES ANTÓN, Tomás y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

Índice general

Índice general

Introducción	7
--------------------	---

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS (LIBRO II, TÍTULO XVIII, CAPÍTULO II DEL CÓDIGO PENAL)

Primera parte

Abuso de autoridad

Capítulo I

Abuso de autoridad

I.	Cuestiones preliminares del tipo penal bajo parámetros de un Derecho Penal constitucionalizado	17
II.	Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual	21
III.	Algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos.....	24
IV.	La naturaleza jurídica del tipo penal.....	31
V.	Las características esenciales del tipo penal.....	36
VI.	Las probables situaciones que pueden presentarse en la aplicación del tipo penal	39
VII.	El concepto de acto arbitrario	41

VIII.	El bien jurídico tutelado.....	42
IX.	El sujeto activo.....	44
X.	El sujeto pasivo	47
XI.	El supuesto agravado por las circunstancias especiales.....	48
XII.	La pena aplicable.....	49

Capítulo II

Abuso de autoridad en la modalidad de condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios

I.	Consideraciones generales.....	51
II.	El verbo rector y los supuestos típicos del injusto penal.....	56
III.	La naturaleza jurídica del tipo penal.....	57
IV.	La complicidad.....	59
V.	La coautoría.....	61
VI.	La instigación.....	62
VII.	El bien jurídico tutelado	64
VIII.	El sujeto activo.....	65
IX.	El sujeto pasivo	65
X.	La pena aplicable.....	65
XI.	El tratamiento jurisprudencial	65

Capítulo III

Otorgamiento ilegal de derechos sobre inmuebles

I.	Consideraciones generales.....	67
II.	La naturaleza jurídica del tipo penal.....	70
III.	Los supuestos prohibidos en el tipo penal básico y agravado	76
IV.	El bien jurídico tutelado.....	78
V.	El sujeto activo.....	78
VI.	El sujeto pasivo	78
VII.	La pena aplicable.....	78

Capítulo IV

Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función pública

I.	Consideraciones generales.....	79
II.	Las características y la descripción del tipo básico	83
III.	Las características y la descripción del tipo agravado.....	89
IV.	Alcances de los conceptos “omitir”, “rehusar” o “retardar”	90
V.	Autoría y participación.....	93
VI.	El bien jurídico tutelado.....	94
VII.	El sujeto activo.....	94
VIII.	El sujeto pasivo	95
IX.	La pena aplicable.....	95

Capítulo V

Omisión injustificada de auxilio policial

I.	Consideraciones generales.....	97
II.	La naturaleza jurídica del tipo penal y de los verbos rectores.....	101
III.	El elemento normativo “sin causa justificada”	104
IV.	El requerimiento de auxilio.....	105
V.	La forma agravada del tipo básico	106
VI.	El bien jurídico tutelado.....	107
VII.	El sujeto activo.....	107
VIII.	El sujeto pasivo	107
IX.	La pena aplicable.....	107
X.	El injusto penal en la legislación comparada.....	108

Capítulo VI

Requerimiento indebido de la fuerza pública

I.	Fuentes y consideraciones generales	109
II.	Las características del hecho ilícito	110

III.	El requerimiento de asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de mandato legal o judicial	112
IV.	El bien jurídico tutelado	114
V.	El sujeto activo.....	115
VI.	El sujeto pasivo	115
VII.	La pena aplicable.....	115

Capítulo VII

Abandono del cargo por funcionario público

I.	Fuentes y consideraciones generales	117
II.	Las características del tipo penal.....	122
III.	Del elemento normativo “abandono del cargo sin haber cesado legalmente”	124
IV.	El daño al servicio público	125
V.	El sujeto activo.....	127
VI.	El sujeto pasivo	127
VII.	La pena aplicable.....	127
VIII.	Las características de la figura típica “incitación al abandono colectivo”	127
IX.	El injusto penal en la legislación comparada	129

Capítulo VIII

Nombramiento o aceptación ilegal del cargo público

I.	Fuentes y consideraciones generales	131
II.	Las características del tipo penal (primer párrafo)	134
1.	El tipo penal	134
2.	La expresión normativa del término “requisitos legales”	136
3.	El bien jurídico tutelado.....	137
4.	El sujeto activo	138
5.	El sujeto pasivo.....	138
6.	La pena aplicable	138

III.	El tipo penal de “aceptación ilegal del cargo” (segundo párrafo)	138
1.	El tipo penal	138
2.	El bien jurídico tutelado.....	140
3.	El sujeto activo	140
4.	El sujeto pasivo.....	140
5.	La pena aplicable	140
IV.	El injusto penal en la legislación comparada.....	140

Segunda parte

Concusión

Capítulo I

Concusión

I.	Consideraciones generales.....	145
II.	La naturaleza jurídica del ilícito penal	148
III.	La expresión “abuso del cargo”	150
IV.	La diferencia entre los supuestos prohibidos contenidos en los artículos 382 y 383 del Código Penal	151
V.	Las características del tipo penal: concusión explícita e implícita agravada	152
VI.	Los conceptos de “abuso del cargo”, “dar” o “prometer” en la configuración del tipo penal.....	154
VII.	El elemento normativo del tipo penal.....	155
VIII.	El bien jurídico tutelado	155
IX.	El sujeto activo.....	156
X.	El sujeto pasivo	156
XI.	La pena aplicable.....	156
XII.	El tipo penal en la legislación comparada	156

Capítulo II
Cobro indebido

I.	Consideraciones generales.....	159
II.	Las características del tipo penal.....	162
III.	El bien jurídico tutelado.....	164
IV.	El sujeto activo.....	164
V.	El sujeto pasivo	165
VI.	La pena aplicable.....	165
VII.	El tipo penal en la legislación comparada.....	166

Capítulo III
Colusión simple y agravada

I.	Fuentes y consideraciones generales	169
II.	La descripción típica	172
III.	Las cuestiones de orden administrativo y conceptos vinculados al tipo penal.....	176
IV.	La coautoría.....	183
V.	La instigación.....	183
VI.	La complicidad.....	184
VII.	Las causas de justificación	185
VIII.	El bien jurídico tutelado.....	186
IX.	El sujeto activo.....	186
X.	El sujeto pasivo	187
XI.	La pena aplicable.....	187

Capítulo IV
Patrocinio ilegal

I.	Fuentes y consideraciones generales	189
II.	Las características del tipo penal.....	194
III.	El bien jurídico tutelado.....	195

IV.	El sujeto activo.....	195
V.	El sujeto pasivo	196
VI.	La pena aplicable.....	196

Capítulo V

Responsabilidad de peritos, árbitros, contadores particulares y otros por extensión

I.	Consideraciones generales.....	197
II.	Las características del tipo penal.....	200
III.	Los sujetos activos en la norma penal extensiva.....	200
IV.	El sujeto pasivo	200
V.	La norma penal en la legislación comparada.....	200

Tercera parte

Peculado

Capítulo I

Peculado

I.	Consideraciones generales.....	204
II.	La naturaleza jurídica del delito de peculado y su connotación patrimonial	207
III.	La estructura del tipo penal.....	212
IV.	La reforma del artículo 387 del Código Penal y su contenido patrimonial	214
V.	El tratamiento del delito de peculado en la jurisprudencia y las decisiones del tribunal constitucional	222
VI.	Las razones que fundamentan la punibilidad del delito de peculado.....	226
VII.	La intervención del particular en el delito de peculado por apropiación, utilización y culposos	228

VIII.	Algunos otros conceptos utilizados en la Administración Pública vinculados a los diversos tipos de peculado	230
1.	El patrimonio en la Administración Pública	230
2.	El concepto de servicio público	231
IX.	El tratamiento del particular en los delitos especiales cualificados por el sujeto activo según el Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116	232

Capítulo II

Peculado por apropiación

I.	Consideraciones generales.....	237
II.	Algunas cuestiones en relación con el delito de peculado por apropiación.....	240
III.	Los supuestos prohibidos contenidos en el peculado por apropiación.....	243
IV.	La expresión “en cualquier forma”.....	245
V.	Formas más usuales de apropiación.....	246
VI.	Las circunstancias que agravan el tipo penal.....	248
VII.	Las agravantes.....	248

Capítulo III

Peculado por utilización

I.	Consideraciones generales.....	251
II.	Del verbo rector.....	252
III.	La diferencia entre el peculado por utilización (art. 387) y el peculado de uso (art. 388).....	254
1.	Por el sujeto activo.....	254
2.	Por el comportamiento típico	255
3.	Por la calidad de los bienes	255
4.	Por la aplicación de las penas.....	256
IV.	Las formas más usuales de utilización.....	256
V.	Algunas apreciaciones críticas al tipo penal	257
VI.	Las conductas que admite el tipo penal	257

Capítulo IV

Peculado por culpa

I.	Algunas cuestiones críticas.....	259
II.	Algunas características del peculado de uso	262
III.	Sobre la tentativa	265
IV.	La pena aplicable.....	265

Capítulo V

Peculado de uso

I.	Consideraciones generales.....	267
II.	Las características del tipo penal.....	269
III.	Alcances de la expresión “para fines ajenos al servicio”	270
IV.	Del comportamiento que admite el tipo penal.....	270
V.	El sujeto activo.....	271
VI.	El sujeto pasivo	271
VII.	El bien jurídico tutelado.....	271
VIII.	La aplicación extensiva del peculado de uso	271
IX.	El sujeto activo en el peculado de uso por extensión	272
X.	La excepción al tipo penal.....	273

Capítulo VI

Malversación de fondos

I.	Consideraciones generales.....	277
II.	Las características del tipo penal.....	279
III.	El carácter público del dinero y de los bienes	282
IV.	La administración del dinero o de los bienes	283
V.	El sentido racional de la expresión “aplicación definitiva” del tipo penal	284
VI.	El sujeto activo.....	284
VII.	El sujeto pasivo	285

VIII. El bien jurídico tutelado 285

IX. De la malversación agravada 285

X. La pena aplicable..... 287

Capítulo VII
Retardo injustificado de pago

I. Consideraciones generales..... 289

II. Las características del tipo penal..... 291

III. El sujeto activo..... 292

IV. El sujeto pasivo 292

V. La pena aplicable..... 292

Capítulo VIII
Peculado por retención de bienes

I. Consideraciones generales..... 293

II. Las características del tipo penal..... 294

III. Los conceptos de dinero, cosas o efectos 295

IV. El requerimiento previo de la autoridad competente 296

V. El sujeto activo..... 296

VI. El sujeto pasivo 297

VII. El bien jurídico tutelado 297

VIII. La pena aplicable..... 297

Capítulo IX
Peculado por extensión

I. Consideraciones generales..... 299

II. Las características del tipo penal..... 301

III. La administración o custodia del dinero 301

IV.	Los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados	303
V.	Las personas o representantes legales de personas jurídicas	304
VI.	El sujeto activo.....	304
VII.	El sujeto pasivo	305
VIII.	El bien jurídico tutelado	305
IX.	La pena aplicable.....	305

Cuarta parte

Corrupción de funcionarios

*

Capítulo I

Cohecho pasivo propio

I.	Consideraciones históricas del cohecho.....	309
II.	Los criterios de diferenciación en el cohecho.....	311
III.	La naturaleza jurídica del cohecho como delito especial	312

Capítulo II

El cohecho por acción u omisión

I.	La descripción del tipo penal.....	317
II.	Los verbos rectores contenidos en el tipo penal.....	318
III.	La caracterización del medio empleado	319
IV.	El sujeto activo.....	320
V.	El sujeto pasivo	320
VI.	El bien jurídico tutelado	320
VII.	La pena aplicable.....	321

Capítulo III

Cohecho activo cometido directa o indirectamente

I.	Consideraciones generales.....	323
II.	La naturaleza jurídica del tipo penal.....	327
III.	La complicidad en el cohecho de acción dolosa unilateral	327
IV.	La coautoría en el delito de cohecho de acción dolosa unilateral.....	330
V.	La instigación en el injusto penal.....	331
VI.	El bien jurídico tutelado.....	332
VII.	El sujeto activo.....	332
VIII.	El sujeto pasivo	332
IX.	La pena aplicable.....*	332

Capítulo IV

El cohecho cometido por condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo

I.	Consideraciones generales.....	333
II.	La naturaleza jurídica del tipo penal.....	334
III.	El bien jurídico tutelado.....	335
IV.	El sujeto activo.....	336
V.	El sujeto pasivo	336
VI.	La pena aplicable	336

Capítulo V

Soborno internacional pasivo

I.	Consideraciones generales.....	337
II.	La naturaleza jurídica	340
III.	¿A quiénes se consideran funcionarios o servidores públicos de otro estado o de organismos públicos internacionales?.....	343
IV.	La descripción típica del soborno internacional.....	344

V.	Los verbos rectores comprendidos en el tipo penal.....	345
VI.	Las características de los medios empleados por el agente internacional	346
VII.	El sujeto activo.....	348
VIII.	El sujeto pasivo	348
IX.	El bien jurídico.....	348
X.	La pena aplicable.....	349
XI.	Otros aspectos vinculados al tipo penal	349

Capítulo VI Cohecho pasivo impropio

I.	Consideraciones generales	351
II.	Los verbos rectores	354
III.	El significado de los vocablos “donativo”, “promesa” o “cualquier otra ventaja o beneficio indebido”	355
IV.	Las conductas típicas.....	355
V.	Los alcances de la expresión “realizar un acto propio del cargo o empleo”	357
VI.	El bien jurídico tutelado.....	357
VII.	El sujeto activo.....	357
VIII.	El sujeto pasivo	357
IX.	La pena aplicable.....	358

Capítulo VII Cohecho pasivo

Cohecho pasivo.....	359
---------------------	-----

Capítulo VIII Cohecho pasivo específico

I.	Consideraciones generales.....	361
II.	La naturaleza constitutiva del tipo penal	365

III.	Los fundamentos en la penalización del tipo penal.....	367
IV.	Las características de la acción dolosa descrita.....	368
V.	Las conductas asumidas por los agentes comprendidos en el tipo penal	369
VI.	El bien jurídico tutelado	370
VII.	El sujeto activo.....	370
VIII.	El sujeto pasivo	370
IX.	La pena aplicable.....	371

Capítulo IX

Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

I.	Consideraciones generales.....	373
II.	La descripción típica del supuesto básico (primer párrafo).....	376
III.	Los verbos rectores configurados en el tipo básico	377
IV.	La caracterización del medio empleado	378
V.	El supuesto agravado (segundo párrafo)	378
VI.	Los supuestos contemplados en el tercer párrafo que agravan el hecho delictivo.....	381
VII.	Los conceptos usuales para los efectos penales	382
VIII.	El sujeto activo.....	382
IX.	El sujeto pasivo	382
X.	El bien jurídico tutelado	383
XI.	La pena aplicable.....	383

Capítulo X

Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

I.	Consideraciones generales.....	385
II.	De la descripción típica del supuesto básico (primer párrafo)	387
III.	Los verbos rectores en el supuesto básico	387

IV.	La caracterización del medio empleado	388
V.	Los supuestos agravados (segundo párrafo)	388
VI.	El bien jurídico tutelado	390
VII.	El sujeto activo	390
VIII.	El sujeto pasivo	390
IX.	La pena aplicable	390

Capítulo XI

Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

I.	Consideraciones generales	391
II.	Los verbos rectores del tipo penal	393
III.	El bien jurídico tutelado	394
IV.	El sujeto activo	394
V.	El sujeto pasivo	394
VI.	La pena aplicable	394

Capítulo XII

Cohecho activo genérico

I.	Fuentes y consideraciones generales	397
II.	Los supuestos contemplados en el tipo penal	399
III.	Las formas de participación	400
IV.	El bien jurídico tutelado	401
V.	El sujeto activo	402
VI.	El sujeto pasivo	402
VII.	La pena aplicable	402

Capítulo XIII

Cohecho activo transnacional

I.	Consideraciones generales	403
II.	La naturaleza jurídica de la figura penal	406

III.	Los supuestos que contempla el tipo penal	407
IV.	Las formas de participación.....	408
V.	La descripción típica del soborno internacional.....	409
VI.	Algunos conceptos comprendidos en el tipo penal.....	409
VII.	Las características de los medios empleados por el agente internacional	410
VIII.	El sujeto activo.....	412
IX.	El sujeto pasivo	412
X.	El bien jurídico tutelado.....	412
XI.	La pena aplicable.....	412

Capítulo XIV
Cuhecho activo específico

I.	Fuentes y consideraciones generales	414
II.	Las características del injusto penal y los supuestos que contempla	416
III.	Algunos conceptos a tomar en consideración.....	418
IV.	El bien jurídico tutelado	419
V.	El sujeto activo.....	419
VI.	El sujeto pasivo	419
VII.	La pena aplicable.....	419

Capítulo XV
Cuhecho activo en el ámbito de la función policial

I.	Consideraciones generales.....	421
II.	Los supuestos contemplados en el artículo 398-B	422
III.	Las formas de participación.....	423
IV.	Los conceptos usuales para los efectos penales	425
V.	El bien jurídico tutelado.....	425
VI.	El sujeto activo.....	426

VII. El sujeto pasivo	426
VIII. La pena aplicable.....	426

Capítulo XVI

Inhabilitación

I. Consideraciones generales.....	427
II. La aplicación de la pena de inhabilitación	428

Capítulo XVII

Negociación incompatible y aprovechamiento indebido de cargo

I. Fuentes y consideraciones generales	431
II. Las características del hecho ilícito	434
III. El interés del agente en contratos u operaciones que por razón de su cargo interviene	437
IV. Las formas de participación.....	438
V. El bien jurídico tutelado.....	439
VI. El sujeto activo.....	439
VII. El sujeto pasivo	440
VIII. La pena aplicable.....	440

Capítulo XVIII

Tráfico de influencias

I. Cuestiones generales sobre la reforma del nuevo constructo del tipo penal.....	441
II. Fuentes y consideraciones generales del injusto penal.....	444
III. Las características del hecho ilícito	447
IV. Los elementos del tipo penal	452
V. Los vocablos “recibe”, “hacer dar” o “prometer” en la configu- ración del tipo penal	453

VI.	El bien jurídico tutelado	455
VII.	El sujeto activo.....	455
VIII.	El sujeto pasivo	456
IX.	La pena aplicable.....	456

Capítulo XIX

Enriquecimiento ilícito

I.	Consideraciones generales.....	457
II.	El referente patrimonial	472
III.	Las circunstancias que agravan el tipo penal por la calidad del sujeto activo	474
IV.	Propuesta para establecer un referente patrimonial	479
V.	La complicidad.....	479
VI.	La naturaleza residual del tipo penal	482
VII.	La instigación	485
VIII.	La tentativa	488
IX.	La inversión de la carga de la prueba.....	493
X.	Las probables causas de exclusión del injusto penal	500
XI.	Evolución histórica del enriquecimiento ilícito en el Perú.....	502
XII.	La naturaleza subsidiaria del tipo penal	508
XIII.	Los supuestos que contiene el artículo 401 del Código Penal....	515
XIV.	Razones de política criminal.....	517
XV.	El concurso aparente de leyes.....	518
XVI.	El principio de legalidad.....	519
XVII.	El enriquecimiento ilícito y el principio <i>ne bis in idem</i>	524
XVIII.	El principio de proporcionalidad.....	528
XIX.	El sustento constitucional del injusto penal	529
XX.	El enriquecimiento ilícito en la Convención Interamericana contra la Corrupción	529
XXI.	El funcionario o servidor público que abusa de su cargo.....	532
XXII.	El bien jurídico tutelado.....	535

XXIII. El sujeto activo.....	539
XXIV. El sujeto pasivo	539
XXV. La pena aplicable.....	540

Capítulo XX
Decomiso de donativo

Decomiso de donativo.....	541
---------------------------	-----

Capítulo XXI
Adjudicación al Estado de bienes decomisados

Adjudicación al Estado de bienes decomisados.....	543
---	-----

Bibliografía.....	547
-------------------	-----

Índice general.....	555
---------------------	-----

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2018 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

