Fidel Rojas Vargas

Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública

cometidos por funcionarios públicos

3.ª edición
actualizada y aumentada

GRIJLEY

Primera edición: enero de 2016
[...]
Tercera edición: noviembre de 2020

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2020-07099
ISBN: 978-9972-04-686-5
Registro del Proyecto Editorial: 31501012000477

© 2020, **Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos**
© 2020, **Fidel Rojas Vargas**
© 2020, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.**
Jr. Azángaro 868, Lima
Tlfs.: 01-7768008 • 923054974
ventas@libreriasgrijley.com

Diseño y diagramación
Libia Huamalí Sánchez

Composición e impresión
Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la editorial.

ÍNDICE

Presentación 21

Presentación a la segunda edición 25

Capítulo Uno

DOGMÁTICA PENAL APLICADA

a los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública

1. Introducción: la naturaleza y funciones de la dogmática-jurídico penal 29
2. La política penal peruana y los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública 31
3. Imperfecciones en la normativa legal vigente 40
4. El principio de legalidad penal y tipos penales funcionariales 42
5. El principio de lesividad y tipos penales funcionariales 45
6. Delitos funcionariales en los cuales el *extraneus* no puede consumar el delito 48
7. Delitos en los que el *extraneus* ocupa roles secundarios de cómplice o instigador, nunca de autor o coautor 48
8. El control penal, administrativo y disciplinario de las infracciones en el ámbito de los delitos funcionariales 50

9. El derecho disciplinario 52

10. El dolo penal en los delitos funcionariales: líneas de demarcación de la relevancia administrativa y penal de las infracciones funcionales 54

11. Los informes de control de las entidades públicas 56

12. Una mirada a los delitos de funcionarios desde los principios del proceso penal acusatorio 64

13. Ámbitos de responsabilidad política, penal y administrativa del funcionario y servidor público 65

13.1. Responsabilidad política 65

13.2. Responsabilidad penal 67

13.3. Responsabilidad administrativa 68

13.4. Concurrencia de responsabilidades 69

14. Criterios para diferenciar entre comportamiento doloso a título delictivo e infracciones de relevancia administrativa 76

15. Prescripción en los delitos contra la administración pública 80

16. Proceso penal y prueba de cara a los delitos de infracción de deber (delitos funcionariales) 84

17. Bibliografía 93

Capítulo dos

LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Definición 109

2. Clasificación 114

2.1. Los delitos de infracción de deber propios o especiales propios 114

2.2. Los delitos especiales impropios 116

3. Delitos de infracción de deber y delitos contra la administración pública 117

3.1. Diferencias entre los delitos especiales propios e impropios 122

4. Bibliografía 123

Capítulo tres

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

1. Notas introductorias 129

2. El bien jurídico administración pública 130

3. La función pública 132

4. Los conceptos de funcionario y servidor público 134

4.1. Concepto administrativo 134

4.2. Concepto penal 136

4.3. El concepto penal internacional anticipado 137

4.4. El concepto de funcionario internacional 140

5. Autoría y participación en los delitos de infracción de deber ... 142

5.1. Reglas generales para los delitos funcionariales 143

5.2. Las tesis de la unidad de la imputación y de la autonomía de la imputación 146

5.3. Complicidad primaria y secundaria 153

6. Clasificación de los delitos contra la administración pública.... 155

7. Bibliografía 158

8. Bibliografía específica: delitos contra la Administración Pública .. 162

Capítulo cuatro

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

(Artículos 376 al 381)

1. Introducción y aspectos generales 169
2. Tendencias actuales en la legislación comparada 173
3. El delito de abuso genérico de autoridad 174
   3.1. Características 174
   3.2. Bien jurídico protegido 178
   3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 179
      a. El funcionario público 180
      b. El abuso de atribuciones 181
      c. Cometer u ordenar un acto arbitrario 184
      d. El perjuicio de alguien 187
   3.4. Consumación y tentativa 189
   3.5. Penalidad 189
4. Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios 190
   4.1. Características 190
   4.2. Bien jurídico protegido 191
   4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 191
   4.4. Penalidad 197
5. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles 197
   5.1. Características 198
   5.2. Bien jurídico protegido 198
   5.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 199

5.4. Penalidad 202
6. Los delitos específicos o nominados de abuso de autoridad 203
7. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales 203
8. Incumplimiento de apoyo policial requerido por la autoridad civil o un particular 212
9. Requerimiento ilegal de la fuerza pública 215
10. Abandono de cargo 217
11. Nombramiento y aceptación ilegal de cargo público 220
12. Bibliografía 225

Capítulo cinco
DELITOS DE CONCUSIÓN
(Artículos 382 al 386)

1. Introducción 229
2. Delito de concusión básica 232
2.1. Características generales 232
2.2. Bien jurídico protegido 233
2.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 234
a. Abuso del cargo 235
b. Comportamientos típicos 239
c. Bien o beneficio patrimonial 240
d. Carácter indebido de las prestaciones 241
e. El destinatario 241
2.4. Consumación y tentativa 243
2.5. Penalidad 243

3. Delito de exacción ilegal 244
3.1. Consideraciones generales 244
3.2. Bien jurídico protegido 245
3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 245
a. Comportamientos típicos 246
b. Contribuciones o emolumentos 251
c. El carácter no debido o la cantidad excesiva de dichas contribuciones o emolumentos 253
d. El tipo penal es doloso 254
3.4. Consumación y tentativa 256
3.5. Penalidad 257
4. Colusión simple y agravada 257
4.1. Consideraciones generales 258
4.2. Concepto de colusión desleal 263
4.3. Evolución legislativa del tipo 267
4.4. Colusión y contratación estatal 269
4.5. Bien jurídico protegido 271
4.6. Tipicidad objetiva y subjetiva 275
4.7. Dos tipos de colusión de peligro y de resultado 280
4.8. Colusión de peligro (primer párrafo del artículo 384) 284
a. Comportamiento típico 284
b. Los negocios jurídicos y las operaciones que admiten la concertación ilegal 290
c. Consumación 299
d. Determinación indiciaria de la concertación 302
e. Penalidad 304

4.9. Colusión de resultado (segundo párrafo del artículo 384) 304

a. Comportamiento típico 304

b. Los negocios jurídicos que admiten la concertación ilegal 308

c. Consumación y tentativa 310

d. Penalidad 312

4.10. Otras figuras de concusión 312

5. El delito de patrocinio ilegal 313

6. Extensión normativa de los delitos de colusión y patrocinio ilegal a peritos, árbitros, contadores y a tutores, curadores y albaceas 318

6.1. Generalidades 318

6.2. Los sujetos activos del delito 319

6.3. El objeto del delito 322

6.4. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal 323

6.5. Elemento subjetivo 324

6.6. Consumación y tentativa 325

6.7. Penalidad 325

7. Bibliografía 325

Capítulo seis

DELITOS DE PECULADO

(Artículos 387 al 392)

1. Introducción 331

2. El bien jurídico protegido 333

3. El delito de peculado doloso propio simple y agravado 338

3.1. Características generales 340
3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva 340
a. Comportamiento típico 344
b. El objeto material del delito: los caudales o efectos 351
c. El destinatario: para sí o para otro 356
3.3. Aumento de la cuantía para diferenciar la cantidad del injusto 359
3.4. La relación funcional del autor con el objeto material normativo del delito 360
3.5. Un caso particular: los viáticos 364
3.6. Cómo probar el peculado 369
3.7. El peculado culposo 373
3.8. El peculado agravado 378
3.9. Consumación 378
3.10. Penalidad 382
4. El delito de malversación de fondos impropio 384
4.1. Características generales 384
4.2. Bien jurídico protegido 387
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 388
4.4. Consumación y tentativa 395
4.5. Penalidad 399
5. Los delitos de peculado y malversación impropios (por extensión) 399
5.1. Aspectos generales 400
5.2. Penalidad 409
6. Otras modalidades de peculado 409

6.1. Peculado específico de uso 409

6.2. Peculado por demora injustificada de pagos y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad 418

7. Bibliografía 424

Capítulo siete

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

(Los delitos de cohecho: artículos 393 al 398)

1. Generalidades 431

1.1. Introducción 431

1.2. Corrupción, cohecho y soborno 437

1.3. Definición de cohecho 438

1.4. El bien jurídico protegido 439

1.5. Los medios de corrupción 440

a. El donativo 441

b. La promesa 443

c. La ventaja (cualquier) 444

d. El beneficio 444

1.6. Clasificación de los delitos de cohecho 445

2. El delito de cohecho pasivo propio 447

2.1. Características generales 448

2.2. Tipicidad objetiva y subjetiva 450

2.3. Consumación y tentativa 464

2.4. Penalidad 466

3. El delito de corrupción internacional pasiva 467

4. El delito de cohecho pasivo impropio 470
4.1. Características generales 471
4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva 473
4.3. Penalidad 475
5. El delito de cohecho pasivo específico 476
5.1. La figura penal 477
5.2. Alta penalización y magistratura 477
5.3. Bien jurídico específico tutelado 477
5.4. Sujeto activo 478
a. El magistrado 479
b. El árbitro 479
c. El fiscal 480
d. El perito 481
e. Miembro del tribunal administrativo 482
f. Cualquier otro análogo a los anteriores 482
5.5. Sujeto pasivo 482
5.6. Comportamientos típicos 483
5.7. Elemento subjetivo 487
5.8. Consumación del delito y tentativa 488
5.9. Penalidad 488
6. El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales 490
6.1. La figura penal 490
6.2. Sujetos activo y pasivo 491
a. Secretario judicial 491
b. El relator 492

c. El especialista 493
d. Auxiliar jurisdiccional 493
e. Cualquier otro análogo a los anteriores 494
6.3. Comportamiento típico 494
6.4. Elemento subjetivo 495
6.5. Consumación y tentativa 495
6.6. Penalidad 495
7. El delito de corrupción activa 496
7.1. Características generales 496
7.2. Bien jurídico protegido 498
7.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 499
7.4. Consumación y tentativa 503
7.5. Penalidad 504
8. El delito de soborno transnacional pasivo 504
9. El delito de cohecho activo específico y sobre auxiliares jurisdiccionales 506
9.1. La figura penal 507
9.2. Bien jurídico específico protegido 508
9.3. Sujeto activo: autoría 508
9.4. Sujeto pasivo 508
9.5. Comportamiento típico 509
a. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo 509
b. El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia 511

9.6. Elemento subjetivo 513
9.7. Consumación y tentativa 513
9.8. Corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (párrafo segundo del artículo 398) 514
9.9. Penalidad 516
10. El delito de cohecho policial 517
10.1. Cohecho policial pasivo propio (artículo 395-A) 518
10.2. Cohecho policial pasivo impropio (artículo 395-B) 520
10.3. Cohecho activo propio e impropio en el ámbito de la función policial (artículos 398-A y 398-B) 522
11. Bibliografía: delitos de corrupción y cohecho pasivo-activo .. 523

Capítulo ocho

FORMAS ESPECIALES DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

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

1. Introducción 537
2. Aprovechamiento ilegal de cargo o Interés indebido en contrato u operación 538
2.1. Bien jurídico protegido y cuestiones varias 539
2.2. Aspectos de tipicidad objetiva y subjetiva 544
2.3. Penalidad 559
Bibliografía 560
3. El delito de enriquecimiento ilícito 562

3.1. Características generales 563
3.2. Bien jurídico 566
3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 567
3.3. Consumación y tentativa 585
3.4. Penalidad 587
Bibliografía 588
4. Delito de tráfico de influencias 591
4.1. Características generales 592
4.2. Bien jurídico protegido 594
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva 597
4.4. Consumación y tentativa 608
5. Penalidad 608
Bibliografía 609

Glosario

Glosario Jurisprudencial en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios 613
Glosario de términos jurídicos básicos en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios 645
Índice analítico 681

PRESENTACIÓN

En el país, el derecho penal, en particular, el escenario de los delitos de corrupción de funcionarios —en sentido amplio— continúa teniendo un protagonismo tal que prolonga ya por dos décadas su rol hegemónico, desde la caída del expresidente Alberto Fujimori, arrastrando tras sí una abundante miscelánea de casos que ha involucrado, a lo largo de dicho periodo de tiempo, a cuatro presidentes y cinco periodos de gobierno con su red de funcionarios, sobre muchos de los cuales la fiscalía ha formulado cargos, realizado investigaciones, practicado allanamientos y llevado a prisión a varios exmandatarios y funcionarios. Pesado legado de la política nacional que en nada privilegia al Perú, mostrando la calidad de la Administración pública peruana y los fundamentos mismos de la frágil democracia peruana, que levanta la pesada y larga alfombra —en su núcleo máximo de toma de decisiones—, donde ya parece que no es posible imaginar nada más cualitativo en el mundo de las imputaciones por delitos funcionales contra la Administración pública.

El Perú en el liderazgo del ejercicio mundial y continuo de las prácticas de corrupción al mayor nivel posible. Tal es la lectura de infraccionalidad total en este ámbito que muestra y deja entrever el discurso fiscal.

La edición de este libro se produce teniendo como corolario evolutivo el descubrimiento de las clandestinas y abigarradas relaciones de corrupción entre la gran empresa y el poder político, que luego

de los destapes ocurridos a partir de las incursiones de la empresa Odebrecht y una selecta red de empresarios nacionales para hacerse consigo de las obras de gran envergadura muestra una realidad de cómo se desarrollaba la gran actividad empresarial en el Perú. Lava Jato, extendido en el Perú y otros países de América, parece ser el espejo de como los conglomerados corporativos aseguran sus ilícitos intereses y el modo como los funcionarios públicos del más alto nivel desatan sus protervas finalidades crematísticas, convirtiendo —estos últimos— el servicio a la nación y la ética pública en moneda de intercambio para favorecer intereses personales, al igual que reproducen una extensa red creada y mantenida de favores y beneficios recíprocos entre funcionarios y empresarios como modo de asegurar el poder político. ¿Acaso solo la muestra de una más amplia y extendida manera de hacer empresa en el país, en el espacio de las contrataciones y concesiones públicas? Interrogante que deja abiertas insondables, aunque previsibles, rutas de la corrupción en circunstancias de opacidad y monopolio, teniendo como antecedentes una historia complaciente y nada contestataria al respecto.

Dicha situación, como es evidente, actúa como desencadenante de un vórtice, nunca visto en la historia republicana, de investigaciones, procesos penales y acciones de asistencia y colaboración internacional, que tensan al máximo las capacidades de infraestructura, logística y funcionalidad de la defensa jurídica del Estado, Ministerio Público, los juzgados y la actividad forense, bajo los procedimientos y la lógica de funcionamiento del Código Procesal Penal.

De otro lado, los imputados y procesados tienen derecho a defenderse —argumentativa y jurídicamente— de las imputaciones fiscales, acudiendo a derechos, principios y garantías que la Constitución, el ordenamiento jurídico (Código Penal, procesal penal, leyes especiales), la jurisprudencia y la doctrina —nacional y extranjera— han establecido al respecto, pues en la vorágine de las denuncias, acusaciones y sentencias es normal que no todos sean

responsables penalmente o no lo sean en la magnitud y alcances que los requerimientos acusatorios lo hacen entrever, y quienes sí lo son igualmente necesitan de defensa legal para esclarecer sus niveles de culpabilidad o precisar las diversas respuestas que adoptaran frente al sistema penal.

La acusación y la defensa, en estos ilícitos que afectan la Administración pública, parten del presupuesto de que la gran mayoría de delitos funcionales son delitos de infracción de deber, en los que, además de los funcionarios y servidores públicos, están o podrían estar involucrados particulares que no mantienen vínculos por deberes administrativos o de sujeción. Ello implica un ineludible manejo conceptual de rigor para el análisis, interpretación y toma de decisión más acertada. Precisamente, a todo ello contribuye y constituye la materia del presente libro, «un *précis* jurídico» que tiene la finalidad de ayudar mediante comentarios rápidos —no por ello superficiales— al estudio de las interioridades significativas de las normas penales de los delitos de infracción de deber a través de lecturas interpretativas de tipicidad objetiva-subjetiva, sabiduría doctrinaria y pautas jurisprudenciales, enriquecidas ahora, en esta edición, con indicaciones procesales y probatorias.

Para el presente libro se ha revisado en su integridad el texto, mejorado los comentarios e ingresado jurisprudencia reciente. Se ha profundizado el estudio de todos los delitos comprendidos entre los artículos 376 al 401 del Código Penal, dándose especial énfasis a los tipos penales de colusión, cohecho pasivo específico, tráfico de influencias, interés ilícito en contrato u operación y enriquecimiento ilícito. Se ha incorporado en el Capítulo I el punto temático referido al «proceso penal y prueba de cara a los delitos de infracción de deber». Cada delito estudiado ofrece ahora una optimizada lectura doctrinaria, de análisis normativo y jurisprudencial actual, de gran interés para la práctica de los operadores del sistema penal. Al final de cada uno de los ocho capítulos de los que se compone la obra, el

lector podrá encontrar una bibliografía específica y detallada. Asimismo, al culminar el estudio de los delitos funcionariales, podrá encontrar una extensa bibliografía de trabajos referidos a los delitos contra la Administración pública. Finaliza el libro con un selecto glosario de términos relacionados con los delitos funcionales que toma su contenido de la jurisprudencia nacional como de la doctrina.

Fidel Rojas Vargas

Lima, septiembre de 2020

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

La delincuencia funcional se ha convertido en uno de los más nutridos y variados renglones de la criminalidad en el Perú.

Constituye punto de partida para la Administración pública que los funcionarios y servidores públicos, con prescindencia del nivel del cargo y la naturaleza de sus funciones o del servicio desempeñado, mantengan relaciones generales y especiales de sujeción con los enunciados de la Constitución, los valores y los cometidos de la función pública, teniendo el deber de garantizarlos y fomentarlos en el ámbito de sus atribuciones. El quebrantamiento de estas relaciones de sujeción y, en particular, la vulneración de las normas que imponen deberes de cumplimiento, aseguramiento y fomento de las funciones y servicios públicos, así como de los roles especiales asignados legalmente, configuran, en su lado más extremo, el mundo de la ilicitud penal. Toda acción ilícita funcional supone así un quebrantamiento de deberes positivos.

Esta segunda edición del presente manual operativo, minuciosamente revisado y actualizado, analiza y explica todos los tipos penales que abarcan los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos. A lo largo de sus ocho capítulos, se ocupa de los distintos ámbitos de la problemática que se derivan de los tipos penales funcionales (no obstante, se incorporan dos capítulos que son

aplicables a todos los delitos contra la Administración pública). Su contenido no se limita, sin embargo, a la exposición teórica de tales institutos jurídicos, sino que se compagina con una visión práctica a través de la lectura jurisprudencial de la Corte Suprema, que de manera abundante forma parte del texto y ejemplos extraídos de la praxis judicial diaria.

Uno de los méritos más importantes de la obra es que aborda todas las últimas reformas introducidas a la legislación en la materia y que han modificado sustancialmente los delitos funcionales (Leyes N.os 28355, 29316, 29703, 29758, 30111, 30327, 30364 y 30506, y Decretos Legislativos N.os 1243 y 1351) durante los últimos años.

Otro aspecto a destacar es la incorporación y el comentario de la más importante jurisprudencia sobre cada uno de estos tipos penales, particularmente, los fallos más recientes, entre los que cabe destacar los acuerdos plenarios y toda la jurisprudencia vinculante emitida hasta el momento en esta materia. Estas se incluyen junto al análisis de cada tipo.

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

Mayo de 2017

Capítulo uno

DOGMÁTICA PENAL APLICADA

a los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública

1. INTRODUCCIÓN: LA NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA-JURÍDICO PENAL

La dogmática jurídico-penal es el espacio de reflexión sobre la materia penal, el lugar común donde el jurista analiza no solo los significados de la norma punitiva, procesal y penitenciaria, sus alcances y limitaciones, sino donde se somete a contrastación epistémica las construcciones normativas generadas por la política criminal y la actividad legislativa, al igual que las elaboraciones doctrinarias y desarrollos jurisprudenciales. La contrastación epistémica es el laboratorio en el cual toda teoría relacionada con la materia penal, principios, construcción normativa o cualquier resultante inherente al sistema penal (por ejemplo, el principio de lesividad o el efecto resocializador) es objeto de estudio para mostrar su capacidad de rendimiento o sus deficiencias comprensivas, explicativas.

Hay que precisar que la función de la dogmática penal no es adherirse a tal o cual teoría, no es expresar fe por tal o cual ideología penal, su rol es aséptico, es ciencia penal pura orientada a mejorar el derecho, la política criminal, a optimizar la justicia penal, a reducir el margen de los errores judiciales, la subjetividad y voluntarismo en la toma de decisiones.

La dogmática penal es crítica, es reflexión, es constante esfuerzo por mejorar el mundo del derecho punitivo, por humanizarlo. La dogmática penal intenta erradicar la arbitrariedad y/o la improvisación en la interpretación, su instrumentalización en función a intereses institucionales, mediáticos o personales. Ofrece herramientas

conceptuales al operador jurídico para una aplicación razonable, racional, segura de las normas penales (en sentido amplio), en la búsqueda de la solución más fiable —correcta y justa— al caso penal, de modo que el error, el abuso de poder, la negligencia deliberada, el prejuicio, el espíritu de cuerpo, el temor, en suma, la injusticia sean males que se hallen erradicados del trabajo del juez penal.

La dogmática penal intenta hacer de la política criminal no tanto una política —siempre enraizada en criterios ideológicos o precisamente políticos—, sino una disciplina técnica informada en criterios criminológicos y jurídicos. Procura hacer del derecho penal una ciencia del poder de definición punitivo, de la argumentación y decisión previsibles fundada en contenidos constitucionales, doctrinarios y jurisprudenciales luego de ser —estos últimos— sometidos al baremo del análisis crítico epistémico.

Le da al penalista y hombre de derecho el sentido pionero de la duda y la solidez de argumentos para superar las inconsistencias, lo forma para estar inconforme con la sabiduría jurídica convencional, para luchar contra los excesos fiscales y los prejuicios judiciales y también, contra las mezquindades forenses. La dogmática penal es la ilustración crítica que quiere y apuesta por un mundo de prácticas penales más racionales y humanamente justas, partiendo de considerar que el gran poder de los jueces penales sirve para generar justicia, pero puede, arbitraria e injustamente, desgraciar vidas, destruir la dignidad de las personas.

Resumiendo, cabe decir, en su núcleo duro, que la dogmática aplicada a la parte especial del Código Penal peruano es utilizada para hacer mención de un conjunto de conceptos fundamentales orientadores de la interpretación de los tipos penales recogidos en cada *nomen iuris* (o ítem clasificatorio) de los delitos que contiene el Código Penal. Así, se puede hablar de dogmática de los delitos contra la vida, dogmática de los delitos contra el patrimonio o de

los delitos societarios o, en nuestro particular caso, de la dogmática de los delitos contra la Administración Pública y, de entre ellos, de los delitos de infracción de deber.

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

2. LA POLÍTICA PENAL PERUANA Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por política criminal se entiende la disciplina científica cuya función es diseñar las respuestas, desde el Estado, contra el delito, para disminuirlo a límites tolerables, ya que extirpar la criminalidad se torna una misión imposible, al formar ella parte del desarrollo de la humanidad (sin delito es inimaginable la vida en sociedad, el ser humano perdería su naturaleza conflictiva, dejaría de ser tal para convertirse en un santo o monje, donde ya el derecho penal dejaría de ser útil).

La política criminal enfrenta el delito, principalmente, afectando la libertad, a través de diseños punitivos, procedimentales y penitenciarios favoreciendo con ello el bien común «seguridad». Esto supone una decidida apuesta por la violencia estatal contra el delito. Del equilibrio de estos dos bienes jurídicos valiosos —libertad vs. seguridad— de su combinación para privilegiar uno y afectar otro se derivan distintas y contrapuestas políticas públicas en el tratamiento del delito o crimen.

Mediante la política criminal se diseñan y aprueban delitos, penas, medidas de seguridad, normas de procedimiento para la investigación y juicio de los procesados, medidas cautelares, así como

mecanismos de cumplimiento efectivo o suspendido de las penas requeridas por los fiscales y aplicadas por los jueces. Operadores oficiales del sistema punitivo; estos últimos que administran la violencia estatal, en su calidad de gestores y aplicadores.

Los órganos encargados de diseñar las estrategias de respuesta frente al delito son principalmente el Congreso, pero también el Poder Ejecutivo, cuando solicita y recibe delegación expresa, siendo este segundo órgano la más activa fuente de producción punitiva y de reformas de la normativa penal en sentido amplio. En condiciones ideales dichas respuestas y diseños deberían tomar en cuenta los resultados de los estudios criminológicos sobre la criminalidad y elaborarse respondiendo a criterios jurídico-dogmáticos y de técnica legislativa coherente, pero en la práctica, dada la formación, por lo general, jurídico penal limitada o precaria de los congresistas en materia penal (razón que precisamente les impide efectuar control de razonabilidad de los productos elaborados por el Poder Ejecutivo) y las características políticas de las decisiones adoptadas por dichos funcionarios, las mismas se retroalimentan de las coyunturas y urgencias, lo que impide armonizar y otorgar rigor a la política del Estado en esta materia, y termina por generar no solo políticas delictivas incoherentes, sino tremendistas y diseños normativos que hacen de la sobrecriminalización y la prevención general intimidante el mecanismo privilegiado de contención de la criminalidad.

Resumiendo, como ocurre en toda sociedad políticamente organizada, el Estado, construcción jurídica que concentra y monopoliza el poder político, elabora diseños de política penal (política criminal) frente a la delincuencia, con la finalidad de reducirla o, más sensatamente, controlarla bajo estándares de mínima lesividad. Estos diseños de política criminal se viabilizan a través del derecho penal, del derecho procesal penal y del ámbito penitenciario, sin que ello signifique en exclusividad que el interés del Estado, en la lucha contra la delincuencia, se reduzca a estos tres órdenes formales normativizados puesto que

es deber del Estado mediante políticas de otra naturaleza producir transformaciones positivas en las bases económicas, sociales, culturales y administrativas (incluidas aquí las relaciones e interacciones políticas-administrativas de los políticos y funcionarios públicos), que directa o indirectamente propician o fomentan el delito.

Estos tres sectores del derecho penal se interrelacionan y optimizan para que el Estado cumpla con los fines de perseguir la delincuencia, brindar seguridad a la colectividad y permitir también la «rehabilitación» y reintegración del condenando al entramado social, en el marco general de la defensa del individuo y la sociedad, como bien enfatiza el artículo I del Título Preliminar del Código Penal(1), línea programática y directriz que define las características y finalidades del ordenamiento punitivo, en conformidad con los enunciados constitucionales y las inserciones respectivas en el orden jurídico internacional occidental.

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

a) Un primer escenario, caracterizado por la vigencia de una política penal serena, fragmentaria, de *ultima ratio* y mínima intervención, que se aprecia al momento de la entrada en vigencia del Código Penal (1991), hasta antes del año 2004. Periodo en el cual se van produciendo reformas paulatinas en la normativa de los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración pública, sin tocar aspectos de criminalización y

(1) Código Penal, artículo I del Título Preliminar: «Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad».

punición, y que llega a incidir incluso en aspectos de mínima intervención (así, los filtros de tipicidad «aplicación definitiva» y «afectación a la función», incorporados en el delito de malversación de fondos, en el año 1999), con la excepción de la incorporación de agravaciones de pena para el peculado artículo (art. 387) y la malversación de fondos (art. 389) por razón del destino de los caudales apropiados o malversados.

b) Un segundo escenario que acentúa la injerencia político-criminalizadora y punitiva, a partir de la reforma producida en el año 2004, al asumir casi integralmente las propuestas del Ministerio Público, y que se expresara con la dación de la Ley N.º 28355 (6 de octubre del 2004), que sobrecriminalizó el cohecho pasivo y activo, el tráfico de influencias y modificó significativamente las fórmulas legales del enriquecimiento ilícito y del delito de negociación incompatible, además de incrementar penas. Este escenario, también supuso extraer y erradicar del Código Penal un tipo penal técnicamente insostenible y jurídicamente desproporcionado, que a través del artículo 398-A y sus efectos 398-B, criminalizaba al abogado que ejecutaba actos de soborno sobre funcionarios del sistema de justicia penal y lo inhabilitaba de por vida (cancelación del título tanto en el distrito judicial donde registró su título, en el Colegio de Abogados y en la universidad que le expidió el título de abogado, bajo términos perentorios y rápidos).

c) Un tercer escenario es el propiciado por las **Leyes N.os 29703** (10 de junio del 2011) y **29758** (21 de julio del 2011). La primera afectó principalmente los marcos de pena privativa de libertad, incrementándolos aunque no muy significativamente, en los delitos de abuso de autoridad (art. 376), colusión (art. 384) y peculado doloso y culposo (art. 387). En el caso del peculado doloso crea una tercera modalidad mediante la frase «o consiente que

un tercero se apropie o utilice». En el peculado de uso (art. 388), la ley hace la precisión que el límite mínimo de la pena privativa de libertad es de dos años. De otro lado, introdujo una agravante en el peculado en función del monto afectado, indicando que si el valor del patrimonio afectado supera las 10 UIT, la pena será entre 8 y 12 años. Asimismo, incorpora una modalidad de soborno internacional no tipificada anteriormente (art. 393-A).

Varias de las reformas, de los tipos penales especiales, producidas por la Ley N.º 29703 —que fuera intensamente criticada— , fueron reformuladas o en otros casos sustituidas mediante Ley N.º 29758. Así, esta ley dio una nueva fórmula legal al delito de colusión (simple y agravada), derogó la modalidad «consiente que otro» del delito de peculado, retornando a la formula dual «apropiación o utilización»; restituyó la modalidad «teniendo influencias reales o simuladas» del delito de tráfico de influencias (art. 400); modificó la fórmula legal del delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) sustituyendo la frase «durante el ejercicio de sus funciones» por «abusando del cargo», al igual que disminuyó el extremo máximo de pena de 18 a 15 años para la circunstancia agravante por la calidad del alto funcionario que se enriquece ilícitamente. También, la Ley N.º 29758 modificó el artículo 426 del Código Penal (inhabilitación accesoria para los delitos comprendidos en el capítulo II del Título XVIII del Código Penal e inhabilitación de 1 a 3 años para los delitos previstos en el capítulo III del mismo Título).

d) Un cuarto escenario es el que se produce con la **Ley N.º 30111** (26 de noviembre del 2013). Esta norma recoge la propuesta de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción de la Presidencia del Consejo de Ministros, incorporando la

pena de multa para los delitos de corrupción que revisten mayor gravedad e incidencia como son concusión, peculado (en sus modalidades dolosas), colusión desleal, malversación de fondos, cohecho en sus distintas formas —incluida la de carácter internacional—, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. En este escenario se efectúa, mediante Ley N.º 30304 (25 de febrero de 2015) una intensa modificación en el artículo 57 del Código Penal que regula los requisitos de la suspensión de la pena privativa de libertad, para hacerla inaplicable en los delitos de colusión (art. 384) y peculado (art. 387). Ulteriormente el Decreto Legislativo N.º 1351 (7 de enero de 2017) ampliará la inaplicación para los delitos 389, 395, 399 y 401 del Código Penal.

e) Un quinto escenario se da en el marco de la **Ley N.º 30506** (octubre del 2016), Ley que Delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de Legislar en Materia de Reactivación Económica y Formalización, Seguridad Ciudadana, Lucha contra la Corrupción, Agua y Saneamiento y Reorganización de Petroperú S. A. Dicha delegación dio como resultado el **Decreto Legislativo N.º 1243** (22 de octubre de 2017) el cual modificó el Código Penal y el Código de Ejecución Penal incrementando el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal (art. 38) de cinco a veinte años, e incorporando la inhabilitación perpetua (de darse determinados supuestos: actuar en calidad de integrante de organización criminal, la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo, desarrollo o inclusión social, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere las 14 unidades impositivas tributarias) para un amplio elenco de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración pública: dichos delitos son concusión (art. 382), cobro indebido (art. 383), colusión simple y agravada (art. 384), pecu-

lado doloso y culposo (art. 387), peculado de uso (art. 388), malversación (art. 389), cohecho internacional pasivo (art. 393-A), cohecho activo genérico (art. 397), soborno activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401). Este Decreto crea además el Registro Único de Condenados Inhabilitados por Delitos contra la Administración Pública; de igual forma modifica el artículo 426 del Código Penal para reformar su contenido indicando: 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. Finalmente, el Decreto Legislativo N.º 1351 (7 de enero de 2017) incorpora en el Código Penal los delitos de cohecho pasivo propio (art. 395-A) e impropio (art. 395-B) cometidos por miembros de la Policía Nacional, así como el cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A) y la imposición adicional de la pena de inhabilitación (art. 398-B).

Cuadro N.º 1

Delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra la administración pública

Cuadro de caracterizaciones de diseño y técnica de redacción legislativa

A. Tipos penales (delitos) funcionales que conservan únicamente tipo básico	1. Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (art. 376-A). 2. Requerimiento indebido de la fuerza pública (art. 379). 3. Nombramiento y aceptación ilegal del cargo público (art. 381). 4. Concusión (art. 382). 5. Exacción ilegal (art. 383). 6. Patrocinio ilegal (art. 385). 7. Retardo injustificado de pago (art. 390).

	8. Rehusamiento a la entrega de bienes (artículo 391). 9. Soborno internacional pasivo (art. 393-A). 10. Cohecho activo transnacional o internacional (art. 397-A). 11. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (art. 399).
B. Tipos penales (delitos) funcionales que han sido diseñados como figuras delictivas atenuadas	1. Peculado de uso (art. 388). 2. Peculado culposo (art. 387, cuarto párrafo).
C. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con una o más agravante/atenuante	1. Abuso genérico de autoridad (art. 376). 2. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (art. 376-B). 3. Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (art. 377). 4. Delito de denegación o deficiente apoyo policial (art. 378). 5. Abandono de cargo (art. 380). 6. Colusión simple y agravada (art. 384). 7. Malversación de fondos (art. 389). 8. Cohecho pasivo impropio (art. 394). 9. Cohecho pasivo específico (art. 395). 10. Cohecho pasivo propio policial (art. 395-A). 11. Cohecho pasivo impropio policial (art. 395-B). 12. Cohecho activo genérico (art. 397). Tipo básico y modalidad atenuada. 13. Cohecho activo policial impropio (art. 398-A, segundo párrafo). Tipo básico y atenuado. 14. Tráfico de influencias (art. 400). 15. Enriquecimiento ilícito (art. 401).
D. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con agravantes	1. Cohecho pasivo propio (art. 393). 2. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A). 3. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B).
E. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con circunstancias agravadas y atenuadas	1. Peculado (art. 387), que integra en un mismo tipo penal las modalidades dolosa y culposa, así como agravantes de peculado doloso y peculado culposo.

	2. Cohecho activo específico (art. 398), que integra en un mismo tipo penal un tipo básico, una modalidad atenuada y una modalidad calificada. 3. Cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A).
F. Tipos penales funcionales que han sido construidos con base en la técnica de extensión de tipicidad	1. Colusión y patrocinio ilegales extensivos o impropios (art. 386). 2. Peculados y malversación de fondos extensivos o impropios (art. 392). 3. Cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales (art. 396).
G. Normas penales complementarias de contenido procesal	1. Decomiso de los donativos, dádivas o presentes (art. 401-A). 2. Destino de los bienes decomisados o incautados (art. 401-B).
H. Tipos penales que incorporan sanciones de multa	1. Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (art. 377). 2. Nombramiento o aceptación ilegal (art. 381). 3. Concusión (art. 382). 4. Colusión (art. 384). 5. Peculado doloso y culposo (art. 387). 6. Peculado de uso (art. 388). 7. Malversación (art. 389). 8. Cohecho pasivo propio (art. 393). 9. Soborno internacional pasivo (art. 393-A). 10. Cohecho pasivo impropio (art. 394). 11. Cohecho pasivo específico (art. 395). 12. Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396). 13. Cohecho activo genérico (art. 397). 14. Cohecho activo transnacional (art. 397-A). 15. Cohecho activo específico (art. 398). 16. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399). 17. Tráfico de influencias (art. 400). 18. Enriquecimiento ilícito (art. 401).

3. IMPERFECCIONES EN LA NORMATIVA LEGAL VIGENTE

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

a) Sigue constituyendo el delito de abuso genérico de autoridad (art. 376) un tipo penal que no guarda proporcionalidad punitiva con la cantidad y calidad de injusto penal de su comportamiento típico. Al consistir la producción dolosa de actos arbitrarios una afectación a los derechos fundamentales y legales de los individuos y colectivos sociales, resulta adecuado incrementar el mínimo y máximo de la pena conminada, máxime si se toma en cuenta que en un Estado constitucional de derecho resulta inadmisible el ejercicio de poder abusivo por parte de los funcionarios y servidores públicos. Resulta igualmente necesario matizar el destino del abuso mediante acto arbitrario, de forma que haya que distinguir, en el mismo tipo penal, abusos dirigidos contra los derechos fundamentales del ciudadano como contra los derechos en general, que incluya también como sujetos pasivos individualizados a los funcionarios o servidores públicos que resulten afectados. Asimismo, debería ampliarse el sujeto activo de modo que abarque también a los servidores públicos, modificando los verbos rectores.

b) Sigue llamando la atención que aún se mantenga en los tipos penales especiales de infracción de deber terminología desusada, tales como «emolumentos» (artículo 383, delito de cobro indebido; artículo 401, enriquecimiento ilícito), «caudales o efectos» (artículo 387, delito de peculado). Términos sustantivos que resultan de importancia decisiva,

pues definen el objeto material sobre el que recae la acción ilícita del agente infractor.

c) Es notoria la anomalía de redacción del artículo 386, en el extremo de la referencia a los tutores, curadores y albaceas, al no poseer coherencia narrativa.

d) El artículo 392, en su redacción actual, ofrece problemas a la interpretación, en varios de sus extremos. Así, cuando hace referencia a los administradores o custodios de dinero de entidades de beneficencia o similares; igualmente, cuando alude a los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente aunque pertenezcan a particulares. En el primer caso dicha redacción necesita de precisiones, en tanto la naturaleza privada del bien. El segundo caso, en el punto de los depositarios de dinero, al abarcar implícitamente bienes públicos (no se entiende la necesidad de este extremo en el tipo equiparado) y en la alusión «aunque pertenezcan a particulares» (tampoco se entiende su necesidad al existir similar modalidad en el segundo párrafo del artículo 190 del Código Penal).

e) Es notoria la imperfección de la conducta típica atribuida en la norma al traficante de influencias (artículo 400: «El que, invocando o teniendo influencias»), lo que contrasta con la realidad de dicho delito, en el cual, por lo general, se acude al agente del delito para convencerle o pedirle, mediante acto corruptor, que haga uso de sus influencias, es decir, que se convierta en traficante de influencias.

f) Es innecesaria la existencia de los tipos penales 395-A, 395-B (por lo demás ubicados incorrectamente en el artículo 395, cuando debieron estar en el 393-394, respectivamente) y 398-A, que aluden a los cohechos policiales. Rompe la

coherencia —por cierto, quebrantada ya en otros artículos del Capítulo II del Título XVIII— en el tratamiento de la inhabilitación la existencia del artículo 398-A.

g) La necesidad que el tipo penal 401 de enriquecimiento ilícito tenga referentes cuantitativos de incremento patrimonial —penalmente relevantes— tanto en el tipo básico como en la modalidad agravada se deja sentir como una urgencia en su reformulación legal.

h) Igualmente se nota la ausencia de alusiones normativas al particular que tiene o ejerce control de facto sobre el patrimonio público, que ya se observa en otras legislaciones penales comparadas (España, Italia).

i) Finalmente, parece ser tiempo ya de ir esbozando circunstancias agravantes que contemplen la actividad del funcionario o servidor mediante organizaciones o redes criminales y/o en su vinculación con entidades corporativas empresariales delictivas.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y TIPOS PENALES FUNCIONARIALES

Tal como sucede con la totalidad de delitos recogidos en el Código Penal, la vigencia del principio de legalidad, en sus expresiones *lex certa* y *lex stricta*, resulta invocable en toda su expresión. Por un lado, solo los comportamientos que se hallen expresa y previamente establecidos en los tipos legales (*lex praevia*) serán objeto de persecución penal y, por otro, no es posible romper los contenidos y diques de significación literal —o en su extremo teleológica— que brindan los tipos legales efectuando interpretaciones voluntaristas (subjetivizadas) y antojadizas que se salen del ámbito del sentido literal posible de la norma en la determinación jurídico-cognoscitiva de los comportamientos penalmente relevantes, es decir, que cuando los tipos penales

describen acciones u omisiones mediante el uso del lenguaje, bajo rangos de una aceptable determinación jurídico conceptual o de una relativa y razonable indeterminación racional de los alcances de su significado penal. Es deber del operador jurídico ajustar sus valoraciones de tipicidad al principio de legalidad y no extraviar los usos y las prácticas de la interpretación para forzar subsunciones típicas que satisfagan intereses políticos, mediáticos, institucionales, de interés o conveniencias extrajurídicas o personales. Se trata de recordar siempre que la decisión judicial, en materia punitiva, constituye una consecuencia procesal que puede llegar a concentrar extremos máximos de violencia estatal, de efectos irremediables, cuando se subjetiviza en extremo la labor de interpretación para forzar subsunciones o lecturas de tipicidad-culpabilidad. El juez tiene un compromiso no solo de labor técnica, sino de naturaleza moral y responsabilidad profesional con la justicia y el derecho.

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

EJEMPLO

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

En la segunda línea de interpretación, es erróneo considerar como autor de delito de peculado al particular que tiene poder de hecho sobre un ámbito o sector de la administración pública (piénsese en la esposa de un alto funcionario que fundado en ese poder se «apodera» de bienes públicos o adopta decisiones —que son aceptadas con base al temor reverencial— sustituyendo la voluntad del funcionario). Asimismo, es erróneo, por forzado, considerar que cualquier funcionario o servidor público puede ser autor de este delito, obviando tomar en cuenta que en él no se da la vinculación jurídica con el caudal, por razón del cargo, privilegiando equivocadamente en el análisis un poder de facto sobre el caudal, carente de justificación normativa y, por lo mismo, inexistente a la lógica de los delitos de infracción de deber.

Es importante señalar también que los tipos funcionales constituyen un espacio de construcción legislativa en el cual se ha llegado a abusar del empleo de tipos indeterminados.

EJEMPLO

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

La Constitución Política, en el artículo 2, numeral 24, literal «d», señala que los comportamientos tienen que hallarse expresa e inequívocamente descritos en el tipo legal. No obstante, en la práctica, este mensaje de taxatividad que plantea la Constitución es de imposible cumplimiento porque, si queremos construir tipos penales taxativos, específicos, que no se presten a duda, lo único que

podríamos lograr es redactar casuísticamente comportamiento tras comportamiento, con lo cual generaríamos códigos inmanejables y fácilmente evadibles por el infractor, dada la compleja gama de comportamientos cruzados que pueden producirse y la irrupción de nuevas modalidades de delincuencia.

Cuando la Constitución precisa que las conductas tienen que estar expresa e inequívocamente descritas en la norma penal, está exigiendo un alto contenido de determinación que en la práctica no siempre es frecuente de obtener cuando se redactan los tipos penales. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en este punto que es razonable que los tipos penales especiales posean cierto margen flexible y razonado de indeterminación, con el objetivo de que puedan ingresar en él comportamientos que de otra forma saldrían de los alcances de la descripción típica. En suma, si bien el criterio de taxatividad, de acuerdo con la exigencia constitucional, es deseable, se acepta una razonada flexibilidad en la redacción de la norma penal especial.

5. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y TIPOS PENALES FUNCIONARIALES

El principio de lesividad (regulado en el artículo IV, del Título Preliminar, del Código Penal), en tanto uno de los límites al *ius punendi* estatal, presupone que todos los comportamientos que están recogidos, a título de delitos, en el Código Penal o en leyes especiales tienen que vulnerar intereses protegidos (sintetizados en los «bienes jurídico penales») por el derecho penal o, en su defecto, ponerlos en peligro para activar la injerencia del derecho penal. El principio de la lesividad del derecho penal pone de manifiesto que solo los comportamientos que trascienden la esfera de la simple afectación formal, es decir, comportamientos que producen lesión material o potencial en el bien jurídico «Administración pública», merecen estar incorporados en el Código Penal y leyes penales especiales.

Los comportamientos que tienen escasa dañosidad social (delitos de bagatela) o no llegan a poner en peligro los intereses específicos tutelados en la tesitura amplia del bien jurídico «Administración pública», pertenecen a otros ámbitos de tratamiento jurídico o resultan irrelevantes. El principio de lesividad permite así darle contenido tanto a la fragmentariedad del derecho penal como al principio de subsidiaridad que guían la lógica de la injerencia punitiva, a la par que actúa como un freno y límite a la injerencia punitiva indiscriminada y político-criminalmente innecesaria.

Por lesividad, en el presente caso, se entiende la afectación o vulneración de los intereses valiosos protegidos (correcto ejercicio del poder, imparcialidad, buena administración del patrimonio público, prestigio de la administración de justicia, entre otros) en el bien jurídico penal «Administración pública», como consecuencia del comportamiento activo u omisivo del funcionario o servidor público. Esta vulneración tiene que consistir en una afectación considerable que permita diferenciarla cuantitativa y cualitativamente de las infracciones administrativas. Vulneración que no en todos los casos significará afectación material al bien jurídico, pues en varios supuestos delictivos llega a satisfacerse con su sola puesta en peligro, en tanto se penaliza ya el nivel de tentativa del delito y se criminalizan y sancionan tipos delictivos de peligro.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Principio de lesividad y sanción administrativa. Cuarto. El procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración pública; las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas

disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros, y el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y, generalmente, opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, del 07-06-2006, FFJJ 4 y 5 constituidos precedentes vinculantes conforme al FJ 10 del Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16-11-07, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, FJ 4.

JURISPRUDENCIA

Poder punitivo del Estado solo interviene cuando medie la afectación al bien jurídico: concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material del delito. 37. Como la facultad punitiva del Estado solo puede operar en tanto medie la afectación de un bien jurídico tutelado en el ordenamiento penal, ya sea por lesión o puesta en peligro, es pertinente entonces recordar que el concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material del delito. En efecto, a pesar de que se han propuesto varias definiciones acerca de lo que constituye un bien jurídico, hay una mayoritaria posición en el sentido de que el resultado consiste en la lesión de un determinado objeto, el cual se denomina «objeto de la acción» y no debe confundirse con el «objeto de protección o bien jurídico», como se puede apreciar con facilidad en el delito de homicidio, en el que el bien jurídico es la vida y el objeto material es el sujeto pasivo de la agresión. Lo anterior, sin embargo, no implica que apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta.

R. N. N.º A. V. 23-01-09 [Caso Alberto Fujimori], del 18-07-11, FJ 37. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

6. DELITOS FUNCIONARIALES EN LOS CUALES EL *EXTRANEUS* NO PUEDE CONSUMAR EL DELITO

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

EJEMPLO

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

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

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

7. DELITOS EN LOS QUE EL *EXTRANEUS* OCUPA ROLES SECUNDARIOS DE CÓMPLICE O INSTIGADOR, NUNCA DE AUTOR O COAUTOR

En concordancia con el ítem anterior, la calificación de los aportes desarrollados por el *extraneus* en el curso de un delito funcionarial, cometido por funcionario o servidor público, solo será a título de partícipe instigador o partícipe cómplice, dependiendo de si su

aporte en el delito es anterior a su ejecución (instigador) o durante la preparación —ejecución— consumación del mismo (cómplice) y cuál sea la naturaleza de su contribución en el delito. La valoración de los aportes de los partícipes se hará conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal, que los diferencia de la autoría-coautoría fijando criterios legales de pena bajo principios de responsabilidad por el aporte y proporcionalidad de la respuesta punitiva:

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

JURISPRUDENCIAS

Participación del *extraneus* o del tercero que se presente con posterioridad (realizando actos de ocultación) no constituyen actos de complicidad o colaboración. Tercero. [...] E. La participación del *extraneus* o del tercero que se presente con posterioridad a los hechos descritos y que constituyan concretamente actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial —cuando se coloquen como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario o servidor público— no constituyen actos de complicidad o colaboración

para la ejecución del delito examinado, pues este ya se consumó y, en todo caso, la aportación posterior entrará como delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso.

R. N. N.º 1051-2011-Lima, del 07-12-11, FJ 3, voto de los vocales Lecaros y Barrios, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El *extraneus* es aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público, pero interviene en las tratativas. En el presente caso solo participó en los trámites administrativos. Sexto. [...] La figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial —de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado—; empero, interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso sublitis, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere.

R. N. N.º 702-2009-Lima, del 12-05-10, FJ 6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

8. EL CONTROL PENAL, ADMINISTRATIVO Y DISCIPLINARIO DE LAS INFRACCIONES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES

El mundo de la «Administración pública» define un complejo entramado de interacciones que toma «el servicio a la nación» como su finalidad fundamental, conforme lo tiene estipulado así el artículo 39 de la Constitución Política, objetivo trascendente o destino final que da razón de la existencia del Estado, legitimando su condición jurídica a la par que se proyecta como programa ético y funcional de las entidades y sujetos de la Administración pública.

Los delitos de infracción de deber en el sector de la Administración pública configuran ámbitos de ilicitud penal que llegan a concitar confluencias en una línea de continuidad, no siempre optimizada entre los roles del Sistema Nacional de Control y el sistema de justicia penal, confluencia que, presentándose extraproceso, pierden relativamente su protagonismo una vez iniciado la investigación

fiscal o judicial. Es decir, también le corresponde al control interno, de cada repartición pública, esbozar y tender líneas de prevención de comportamientos antifuncionales.

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

El control penal de las infracciones funcionales al interior de la Administración pública abarca así un delimitado bloque de comportamientos que han rebasado los filtros de la relevancia administrativa, ya sea por haber superado el baremo de la negligencia, por definición no dolosa ni intencional, como por haber roto los diques de la *ultima ratio* y la fragmentariedad penal. Precisamente, en el marco de la fragmentariedad y la *ultima ratio* el control penal actúa como la medida extrema y necesaria para recomponer el tejido normativo social quebrantado por el comportamiento infractor del agente, permitiendo la actuación del control administrativo-disciplinario que se actúa antes (control previo) o inmediatamente de suceder ilícitos que toman su base en quebrantamientos de normas jurídicas (de diversa gama) por parte del sujeto público para cubrir ilícitos de estricta base disciplinaria como también para dar cuenta de delitos funcionales de bagatela o de mínima entidad, que no requieren ser ingresados en el ámbito de la injerencia punitiva penal y que pueden ser reconducidos y resueltos por fuera de dicho ámbito.

EJEMPLO

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

9. EL DERECHO DISCIPLINARIO

La importancia que va tomando el **derecho disciplinario**, en tanto una de las variedades o expresiones del derecho sancionador del Estado (o *ius puniendi* estatal) al interior de las entidades públicas, amerita que sobre él efectuemos algunas precisiones. El derecho administrativo sancionador, en general, y el derecho disciplinario, en particular, se han mantenido en tiempo reciente al margen de las garantías del derecho punitivo. No existía derecho a la defensa, la persona o el funcionario que era llamado a declarar por lo general lo hacía sin abogado, la documentación interna no estaba firmada o suscrita por funcionario público, el principio de tipicidad no se cumplía a cabalidad, el marco de las imputaciones eran impreciso, así como no había respuesta de la entidad a las absoluciones que planteaban los investigados; por lo demás, se carecía de una instancia de contradicción y de vigencia del principio de igualdad de armas.

En la actualidad, no obstante, el procedimiento disciplinario se va acercando cada vez más —pese a las resistencias internas— a las garantías del debido proceso que se aplican en el ámbito penal. Esto se aprecia en el elenco de principios entronizados en los nuevos reglamentos disciplinarios vigentes de control interno del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura, el Proyecto de Reglamento de la OCMA y la normativa disciplinaria que rigen las conductas infuncionales en las diversas instancias de la Administración pública (Policía Nacional, órganos del ejecutivo, etc.). La Ley

N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General, al cubrir en líneas generales la materia del proceso administrativo, ya adelanta la vigencia de importantes principios del debido proceso. La importancia de los principios que trae consigo dicha ley, en su título preliminar, radica en que deben ser tomados en cuenta para aplicarlos al trabajo de control interno. Incluso la Ley de Control Nacional de la Contraloría se guía ya por principios en su Ley General.

Son características del derecho disciplinario:

a) **Ser sancionador y correctivo**, es decir, tiene por finalidad sancionar, corregir para optimizar el ejercicio de la administración pública.

b) **Ser por naturaleza reglado**, es decir, las infracciones y sanciones tienen que hallarse preestablecidas. No pueden estar sometidas a la discrecionalidad del analista o del funcionario contralor. El problema, sin embargo, es que las infracciones disciplinarias son, por lo general, de carácter indeterminado. Así, cuando se dice que el comportamiento del funcionario ha puesto en tela de juicio «la confianza pública en el cargo»; esta afirmación caracterizada por su imprecisión constituye una frase normativa abierta e imprecisa, que violenta el mandato de determinación. Por lo general, casi todos los estatutos de las diferentes reparticiones públicas mantienen similar indeterminación, siendo ello una deficiencia de regulación que hay que superar.

c) El proceso disciplinario **es de naturaleza interna**, es decir, no está sometido al principio de publicidad ni se desarrolla en audiencia pública, al cautelarse intereses inherentes de la Administración pública.

El derecho disciplinario es un derecho abierto a las nuevas formulaciones, no es un derecho terminado. Ello explica la descripción,

por lo general, genérica de ciertas infracciones. Los principios y normas de interpretación del derecho constitucional y del derecho penal paulatinamente son más utilizadas en la interpretación de los del ámbito disciplinario.

10. EL DOLO PENAL EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES: LÍNEAS DE DEMARCACIÓN DE LA RELEVANCIA ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LAS INFRACCIONES FUNCIONALES

El dolo no es un elemento del delito que deba ser analizado, en exclusividad, por el juez a los efectos de establecer juicios de valor de inocencia o culpabilidad. También es responsabilidad del fiscal postularlo como acreditarlo y de la defensa controvertirlo. Dichos operadores trabajan con el referente subjetivo «dolo» ya en forma positiva para afirmarlo o, negativa, para contradecirlo, pero forma parte también del trabajo del órgano contralor discriminar el contenido subjetivo de las irregularidades administrativas que su trabajo de búsqueda de hallazgos le permite.

El dolo sin duda es un componente esencial que integra el comportamiento delictivo llevado a cabo, en grado de consumación o tentativa, por el funcionario involucrado en un delito funcional. Tal reconocimiento se deriva de lo indicado por el ordenamiento jurídico en el artículo 12 del Código Penal, que señala que son «delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». De ello se colige que la presencia de dolo en el comportamiento imputado de delictivo conlleva una operación de análisis ineludible por parte del fiscal penal y antes de él por el funcionario contralor, a efectos de emitir juicios de valor acerca de su presencia en tal o cual actividad o comportamiento administrativo anómalo llevado a cabo por el funcionario o servidor público, que posibilite superar la naturaleza meramente de ilicitud administrativa de la anomalía en la que está incurso el sujeto público.

Analizar el dolo supone ya advertirlo desde el inicio de la infracción cuando se detectan hallazgos que quiebran la normativa administrativa y la rebasan. Este primer nivel de análisis, por lo general, corresponde a los órganos de control administrativo, pero también al fiscal penal cuando, formulada la denuncia, esta no ha ido acompañada de acción de control institucional. Estándar de análisis que no se aprecia, con la frecuencia que debería, en el trabajo de los contralores.

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

La tendencia casi absoluta que se aprecia en la inmensa mayoría de los informes especiales de no someter a análisis inicial el aspecto subjetivo del delito, dándolo por implícito o considerando que forma parte natural del comportamiento material, trae como consecuencia el no destacar ni determinar elementos indiciarios que orienten sobre la presencia de dolo en el comportamiento del agente. Esto aporta indeseables cuadros de falta de seriedad en el análisis, pues se presentan datos o hallazgos en tanto resultados objetivos, a título de delito, lo cual constituye un error de apreciación que confunde la

infracción administrativa con la de contenido penal, en donde si no hay dolo penal en el agente, no hay nada de interés para el derecho penal, salvo los contados casos de comportamiento culposo.

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

En conclusión, el dolo concebido como voluntad y conocimiento que impulsa y dirige el acontecer material durante todo el proceso ejecutivo del delito nos permite distinguir entre comportamientos desviados imprudentes de los dolosos que pueden manifestarse estos en forma directa o de propósito, de modo eventual o de aceptación y complacencia. El dolo tiene que ser evaluado y expuesto argumentativamente ante el fiscal, por el procurador público, en su denuncia con base en el análisis de la información suministrada en los informes de control.

11. LOS INFORMES DE CONTROL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

El control administrativo que ejercen los órganos del Estado, centralizados a través de la Contraloría General de la República (CGR), cuando se trata de analizar y evaluar el manejo y ejecución del presupuesto y los recursos públicos, y por los órganos de control

específicos de las distintas entidades públicas, se constituyen en la *prima ratio* de la injerencia de naturaleza administrativa, disciplinaria, y potencialmente punitiva. Los órganos de control centralizados de la CGR (incluyendo los entes específicos dependientes de la CGR), efectúan labor de control aleatorio, focalizado o selectivo; *interno y externo,* el primero previo, simultaneo o concurrente y posterior a cargo de las autoridades y funcionarios superiores de la entidad administrativa o los órganos de control institucional (OCI) de las propias entidades públicas evaluadas; el segundo, que igualmente puede ser previo, simultáneo o posterior, es efectuado por acciones de control a cargo de la entidad central de la CGR, pero igualmente por entidades especializadas que forman parte del sistema de control: las denominadas Sociedades de Auditoría (SOA).

Los resultados de los diferentes controles que efectúan las entidades del sistema nacional de control (CGR, OCI, SOA) se concretan en informes de distinta naturaleza y finalidad. En el caso del control posterior mediante auditorías de cumplimiento, financieras y de desempeño. En el caso del control interno, mediante informes de control, que se encargan de evaluar los procesos de gestión de los recursos públicos y cumplimiento de normas y metas correspondientes en determinada entidad pública, que funcionan con la lógica: solicitud de acción de control, aprobación y programación de dicha acción, evaluación de irregularidades, comunicación de hallazgos, absoluciones, determinación de responsabilidades administrativas, comunicación de presuntas responsabilidades penales a la procuradoría y denuncia penal). La Contraloría emite también informes de verificación de denuncias e informes especiales orientados específicamente a presentar hallazgos de presunta naturaleza penal y civil. La Contraloría puede darle a sus informes, o parte de la información en ellos contenidos, la característica de secreta, reservada o confidencial. La Contraloría, de conformidad a la normativa administrativa, considera que sus informes son inimpugnables al constituir actos de administración interna.

Como es fácil inferir las acciones de control interno y externo constituyen instrumentos importantes tanto para prevenir comportamientos administrativos irregulares que van a incidir en la base de los delitos de infracción de deber como para generar información de gran valor para el sistema de justicia penal, que ayude a esclarecer la trama administrativa anómala de dichos comportamientos y su vinculación con la temática penal. De su contenido valorativo sobre los hallazgos obtenidos y la información precisa que se brinde al fiscal investigador dependerá, en gran medida, el éxito o fracaso de la causa en el terreno del juicio penal.

Para ello, resulta de rigor que el trabajo de los funcionarios de control, conformados no solo por contadores o técnicos, sino igualmente por abogados penalistas especializados en delitos de infracción de deber y con criterio profesional, se sujete a criterios de objetividad (uno de los cuales implica valorar e integrar los esclarecimientos de los funcionarios), profesionalismo y exclusión de voluntarismo o sometimientos a espíritus de cuerpo institucional. La presencia de penalistas serios y especializados que coadyuven en el trabajo contralor y den lo mejor de sí en el análisis de resultados en la perspectiva jurídico penal permitirá igualmente superar precariedades conceptuales y posibilitará calificaciones previas de calidad que repercutirán en una más eficaz lucha contra la delincuencia funcional o delitos cometidos por funcionarios públicos.

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

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

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

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

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

En suma, constituyendo los informes de Contraloría que llegan al sistema penal herramientas informativas y preprobatorias valiosas, dicha institución pública necesita optimizar su trabajo, en lo cualitativo y en lo profesional, bajo parámetros de seriedad, imparcialidad técnica y profesionalismo —de modo que sus productos estén al margen de duda sobre los direccionamientos y unilateralidad de

enfoque—, incrementando su trabajo en el control previo y concurrente. En esta línea de política penal, el Estado está en la obligación de incrementar presupuesto, infraestructura y personal capacitado e idóneo para dichos fines.

JURISPRUDENCIA

Informe emitido por la oficina de auditoría interna no constituye prueba preconstituida ni es una prueba que acredite plenamente la comisión del delito. Cuarto. [...] 4.4. El informe [...] emitido por la Oficina de auditoría interna de FONCODES no constituyen prueba preconstituida, en sentido estricto; sino y como la ley misma lo refiere tiene valor determinante para el inicio de las acciones legales, pero no es una prueba que acredite plenamente la comisión del hecho incriminado [delito de peculado], dicho informe, una vez ingresado al proceso penal debe ser sometido a contradicción para que el juez le otorgue valor probatorio correspondiente [...].

R. N. N.º 1896-2013-Madre de Dios, del 25-02-14, FJ 4.4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La Corte Suprema ha establecido que el informe especial de control, por ser emitido por una institución oficial e independiente, goza de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia por lo cual solamente puede ser afectado o desvirtuado por prueba que tenga el valor de prueba suficiente y que posea eficacia jurídica categórica. Por cierto, esta conclusión es claramente subjetiva al estar fundada en la falacia de principio de autoridad y afectar principios que rigen la prueba y su valoración en juicio.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Caracteres de los denominados Informes Especiales. 7. La prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la

Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados Informes Especiales—, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

Acuerdo Plenario N.º 2-2007/CJ-116, del 16-11-2007, FJ 7. III Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la Corte Suprema 2007.

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

JURISPRUDENCIA

Informe de Contraloría es propiamente una pericia institucional. Tercero. Que en autos existe no solo el Informe de Verificación de la Contraloría —que propiamente es una pericia institucional—, sino también tres pericias contables: la primera es de carácter pre procesal y se hizo a instancia de la policía [...], la segunda es una pericia de parte del encausado VVV [...], y la tercera es oficial decidida por el juez penal [...]. Estas últimas solo se pronuncian acerca de los montos cuestionados como consecuencia de lo efectivamente realizado y, luego, paralizado, pero no se refieren a las razones que motivaron la paralización de las obras y el costo que ello implicó a la entidad agraviada[...].

R. N. N.º 3108-2013-Junín, de 02-04-14, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Una prueba preconstituida no es suficiente para derrumbar la presunción de inocencia. Sumilla. La prueba preconstituida tiene un poder probatorio disminuido. **1.** La recurrente, con acierto, señala que el Informe Especial N.º 065-2006 es una prueba preconstituida. Eso implica que se le reconozca un poder probatorio disminuido frente a otros tipos de prueba. La razón consiste en que una prueba preconstituida importa una fuente de prueba en la cual el hecho está impregnado de modo artificial, generalmente mediante la escritura y que se genera sin contradicción, principio esencial de la prueba. Ello significa que el juzgador conoce el hecho contenido en esa prueba fiándose en quien lo ha redactado, tal como es el caso del Informe Especial N.º 065-2006. **2.** Que el conocimiento del hecho que se pretende probar no esté directamente impregnado en la fuente de prueba que se ofrece como medio probatorio, importa que la inmediación que tiene el juzgador realmente esté más alejada del hecho de lo que suele ocurrir con otros medios de prueba como lo son las pruebas testificales o documentales que emanan directamente del hecho delictivo. **3.** Más aún, la contradicción de este medio probatorio es casi nula, pues cuando sea sometida a debate en el juicio oral, poco se podrá hacer para cuestionar la información consignada en el documento que es prueba preconstituida. A lo mucho se podrá intentar cuestionar su validez, lo cual casi nunca tiene éxito porque es normal que quienes redactan este tipo de pruebas tengan experiencia en ello por razón de su ocupación y domine sus formalidades. **4.** En este orden de ideas, se puede concluir que la el Informe Especial N.º 065-2006, en su condición de prueba preconstituida, es incapaz de por sí sola acreditar por inferencia identificativa la imputación fáctica en lo referido a la sustracción de patrimonio del Estado. Para lograr esa conclusión es necesaria actuar otras pruebas en el proceso que puedan sumar fuerza a este tipo de prueba. **5.** Entender lo contrario, que una prueba preconstituida es suficiente para derrumbar la presunción de inocencia, sería un grave error. Si el juicio previo en el que se debe probar la responsabilidad penal —inc. 10 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado— es una garantía de toda persona imputada, y que además la prueba se produce en ese momento con el control de las partes mediante el contradictorio, entender que una prueba documental que no emana naturalmente del hecho que se pretende probar acredita la responsabilidad penal del procesado, vaciaría de contenido el derecho de defensa que se debe ejercer en el juicio.

R. N. N.º 1584-2014-Lambayeque, de 04-11-15. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

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

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

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

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

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

12. UNA MIRADA A LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS DESDE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

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

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

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

Esta serie de cambios, focalizados en la labor de investigación del delito y sus circunstancias, ha permitido hacer del fiscal un investigador social, guiado (tal es la exigencia legal y profesional) por el principio de objetividad en el recojo de evidencias y en su relación con los elementos probatorios de las otras partes, los que

deben ser objeto de valoración por el representante del Ministerio Público para definir sus requerimientos. Ha conjugado también un sistema de justicia penal con poderes estratificados que ha roto el monopolio del juez.

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

Resulta obvio que la apuesta de la política procesal penal peruana por el sistema acusatorio profesional y modernizado y los mecanismos alternativos que trae consigo dicho sistema constituye todo un reto y esperanza para cambiar las estructuras, la lógica y la dinámica de la justicia penal y, quizás lo más importante, la mentalidad de los operadores del sistema, sin cuyo cambio, el nuevo modelo seguirá administrado por mentes inquisidoras.

13. ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA, PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

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

13.1. Responsabilidad política

Por responsabilidad política se conoce históricamente al llamado —mediante diversos procedimientos— a responder, que desde determinados órganos del Estado (por lo general el Parlamento o un Tribunal Ad Hoc), se hace a los funcionarios por el ejercicio de poder durante un determinado periodo de tiempo o por específicos actos políticos o funcionales que han supuesto violación

a sus deberes, de cara a los principios y normas constitucionales infringidas. Responsabilidad política que tiene dos objetivos principales: (i) proteger los intereses públicos, valiosos de por sí en una sociedad democrática; (ii) remover la confianza ciudadana puesta, en el alto funcionario, estableciendo sanciones igualmente políticas: principalmente, su remoción e inhabilitaciones, como forma de restablecer un idóneo y buen funcionamiento de la investidura pública de las instituciones públicas afectadas (Congreso, Corte Suprema, Fiscalía de la Nación, etc).

La responsabilidad política no atiende a comportamientos delictivos, sino a infracciones constitucionales o políticas derivadas del ejercicio de poder o con ocasión de dicho ejercicio del alto funcionario público. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad penal, en el ámbito de la responsabilidad política, esta puede sustentarse incluso por responsabilidad objetiva, esto es, por actos de terceros, desvinculados intencionalmente con el alto funcionario, pero que dependen de este. Prima aquí una presunción de culpabilidad y, por lo general, se observa una ausencia de garantías procesal constitucionales contra el alto funcionario sometido a este tipo de responsabilidad, por lo menos, en comparación con las garantías inherentes al proceso penal.

La responsabilidad política, en tanto proceso constitucional, alcanza a los funcionarios de alto nivel que, por lo general, están señalados en el artículo 99º de la Constitución Política: presidente de la República, congresistas, ministros, jueces supremos, miembros del Tribunal Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, defensor del Pueblo y contralor general de la República. La responsabilidad política que cubre todo el ejercicio funcional del sujeto público, incluso hasta por cinco años de haber cesado en el cargo, es una responsabilidad que alcanza a los altos funcionarios que conducen instituciones y que se articula no por la comisión de delitos, sino por la vulneración a las normas constitucionales (infrac-

ción constitucional). Esta responsabilidad política se sustancia, por lo general, en la vía del juicio político que se sucede al interior del Congreso y supone la imposición de medidas político-administrativas: suspensión, inhabilitaciones y destitución.

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

13.2. Responsabilidad penal

Además de la responsabilidad política, un alto funcionario puede incurrir en responsabilidad penal cuando estas vulneraciones a la Constitución también han supuesto comisión de hechos delictivos que se hallan recogidos en el Código Penal o cuando la infraccionalidad solo tiene lectura penal. La vía para acreditar la responsabilidad penal es por definición el proceso penal, en el caso de los altos funcionarios, señalados en el artículo 99 de la Constitución. Llevarlos a juicio pasa primero por la vía del levantamiento de su fuero parlamentario o de su fuero institucional (en el caso de los miembros del Tribunal Constitucional). La vía del antejuicio que debe declarar la formación de causa para denunciar penalmente al alto funcionario ante el sistema penal está precedida de un conjunto de actos previos que pueden encontrar no siempre razones jurídicas para habilitar el proceso o, en su defecto, para denegarlo. Este último supuesto puede generar ámbitos de impunidad que favorecen la prescripción de los delitos.

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

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

La responsabilidad penal, a diferencia de la responsabilidad política, tiene asignada una diversa línea de sanciones de orden material: pena privativa de libertad, multa, inhabilitaciones. La finalidad no es remover del cargo, sino castigar y donde la inhabilitación es en el fondo una consecuencia necesaria.

13.3. Responsabilidad administrativa

En tercer lugar, se encuentra la responsabilidad administrativa. Se incurre en esta cuando el funcionario o servidor quebranta con su comportamiento alguno de los supuestos del catálogo de infracciones administrativas. A nivel nacional, existe un régimen general de infracciones a la administración pública (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Ley del Servicio Civil), pero también existen regímenes específicos de vulneración a los intereses a la Administración pública en particular, ya sea del Poder Judicial, del Ministerio Público, del profesorado, de las municipalidades, etc. Este régimen administrativo sancionador, en sentido amplio y en sentido específico, da cuenta del derecho administrativo disciplinario (véase supra ítem 9) del cual hablaremos en los subsiguientes items.

13.4. Concurrencia de responsabilidades

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

Por el contrario, no siempre concurren el derecho administrativo sancionador y el derecho penal porque en determinados supuestos puede confluir el mismo bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, cuando en la vía administrativa se protege el patrimonio público y se denuncia también en la vía penal por violación al bien jurídico patrimonio público; en ese momento, colisionan dos bienes jurídicos de igual significado y se produce el *bis in idem*, generándose la prohibición de procesar o sancionar dos veces a una misma persona en procesos administrativo y penal.

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

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Funcionarios públicos pueden ser sancionados penal y administrativamente por el mismo hecho. Cuarto. El procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Admi-

nistración pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. **Quinto.** El principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada «prohibición de exceso», esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido [de] injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido [a] que solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. **Sexto.** El principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de

intereses o bienes jurídicos diferentes —posibilidad que admite el artículo 243 de la Ley N.º 27444—; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los Expedientes N.ºs 2050-2002-AA/TC, 2868-2004-AA/TC, 2322-2004-AA/TC, 3194-2004-HC/TC, respectivamente.

R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, del 07-06-06, FFJJ 4 al 6 FFJJ 4 y 5 constituidos precedentes vinculantes conforme al FJ 10 del Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16-11-2007]. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

JURISPRUDENCIAS

Tratamiento paralelo de la sanción administrativa y la sanción penal. *Ne bis in ídem*. 10. Este Tribunal señaló que el contenido esencial constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su formulación material el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado

dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. **11.** En su vertiente procesal, [el] principio [del *ne bis in idem*] significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesivamente, por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisible es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución. [...] **12.** Hechas estas precisiones, es del caso preguntarse si, en el caso concreto, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, dentro del proceso constitucional de hábeas corpus, sobre la «vulneración» del principio constitucional *ne bis in ídem*. En ese sentido, resulta obvio que este Colegiado tiene razones suficientes para emitir pronunciamiento —independientemente del sentido de su fallo—, toda vez que a propósito de las supuestas violaciones alegadas por el demandante, se pone en juego su libertad individual. **13.** Consecuentemente, en el caso de autos debe señalarse, atendiendo a la doble dimensión del contenido constitucionalmente protegido por el *ne bis in idem* recogida en el fundamento 10 *supra* de esta sentencia, que **no estamos frente a dos procedimientos distintos, sino que existe una sanción en sede administrativa con decisión definitiva y firme**, y un proceso penal cuya última resolución expedida se pretende

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

Exp. N.º 10192-2006-PHC/TC [caso *Luis Alfonso Rivera Gomero*], del 07-07-06, FFJJ 10-14. Tribunal Constitucional.

Doble configuración del *ne bis in ídem* material y procesal. 19. El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: **a.** En su **formulación material**, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho» expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, fund. jur. N.º 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría

inútil si ese mismo hecho y, por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. **b.** En su **vertiente procesal**, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), «[...] El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado con lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado. **20.** En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro afecta el principio del *ne bis in idem* material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

Exp. N.º 2050-2002-AA/TC [caso *Carlos Israel Ramos Colque*], del 16-03-03, FJ19. Tribunal Constitucional.

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

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

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

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

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

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

14. CRITERIOS PARA DIFERENCIAR ENTRE COMPORTAMIENTO DOLOSO A TÍTULO DELICTIVO E INFRACCIONES DE RELEVANCIA ADMINISTRATIVA

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

Hay que señalar, como punto de partida, que el ilícito disciplinario supone necesariamente la ausencia de conductas intencionales —en una lectura penal de la intencionalidad o dolo directo—, lo cual no es obstáculo para pensar que determinadas infracciones administrativas que afectan o desconocen la norma administrativa sean intencionales de modo administrativo, esto es, que solo abarcan el desconocimiento de dicha normativa sin vinculación con los tipos penales. Expliquemos esto del modo siguiente:

i) El **dolo penal** es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en el conocimiento que tiene el agente de los elementos que componen el tipo penal (en un caso de colusión: el conocimiento de la calidad funcional vinculada con las contrataciones; el conocimiento de estar incurso en concertaciones ilegales con el interesado o representante de la empresa contratista o concesionaria; el conocimiento y voluntad que se está afectando, potencialmente o realmente, con dicho comportamiento los intereses económicos de la entidad pública). Representación mental y voluntad de

realización que integran el tipo penal subjetivo del delito y que están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.

ii) En cambio, en los **ilícitos administrativos**, el componente subjetivo del agente supone, igualmente y sobre todo, conocimiento de infracción de la norma administrativa sin que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales. En el ilícito administrativo-disciplinario se violan normas administrativas vinculadas con deberes administrativos de base ética y funcional. El agente aquí —el funcionario o el servidor público— puede actuar intencionalmente o culposamente, pero en una significación de la intención que no ingresa al marco jurídico conceptual del dolo penal.

En el ilícito penal se violan prohibiciones o mandatos de acción dirigidos a los funcionarios y servidores públicos, construidos por lo general sobre la base de quiebres administrativos, sobre los cuales se agregan plus de tipicidad que contienen los tipos penales de infracción de deber. El dolo penal en el delito funcional supone, así, un doble conocimiento, que no se observa en el de naturaleza disciplinaria: violación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo. En materia penal existe un reforzamiento cognitivo del dolo que define situaciones de mayor peligro para el bien jurídico y configura situaciones de mayor insoportabilidad social.

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

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

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

Cuadro N.º 2

Diferencias entre ilícito administrativo e ilícito penal

Ilícito administrativo	Ilícito penal
Supone necesariamente la ausencia de conductas, dolosas, siendo punto de partida que no deberá estar orientado por el dolo avalorado o de contenido penal.	El dolo penal es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en los elementos que componen el tipo penal.

En los ilícitos administrativos, el aspecto subjetivo —que supone igualmente, y sobre todo, conocimiento, además de voluntad— es de infracción de la norma administrativa sin que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales.	El conocimiento y la voluntad, en tanto componentes que integran la parte subjetiva del tipo penal (también del delito de infracción de deber), están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.
El "dolo" administrativo hace mención a la violación de la buena fe y al deber de servicio a la nación o a la confianza ciudadana puestos en el sujeto público, sin vinculación con el mundo de la relevancia punitiva. Constituye, en su extremo superior, el conocimiento y voluntad de estar infringiendo normas administrativas y, en su extremo inferior, la ligereza, imprudencia o negligencia en el manejo de la cosa pública.	En el ilícito penal se violan prohibiciones o mandatos de acción dirigidos a los funcionarios y servidores públicos, construidos, por lo general, sobre la base de quiebres administrativos. Uniéndose a dicho quiebre el plus de tipicidad que contiene todo tipo penal de infracción de deber (la concertación ilegal en el delito de colusión, por ejemplo).
La culpa disciplinaria se presenta como el estadio más bajo de la ilicitud administrativa, en la cual no existe voluntad de infraccionar la norma administrativa.	El dolo penal en el delito funcional supone, así, un doble conocimiento, que no se observa en el de naturaleza disciplinaria: violación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo.
Siempre que tengamos ante nosotros un caso de relevancia a calificar como penal o administrativa, hay que tener mucho cuidado de encontrarle también la necesaria lesividad a la conducta y de ubicar, a través de los indicios que nos presenta la descripción de los hechos, los componentes voluntarios y cognoscitivos del dolo.	En materia penal existe un reforzamiento cognitivo del dolo que define situaciones de mayor peligro para el bien jurídico y configura situaciones de mayor insoportabilidad social.
Si no encontramos componentes volitivos y cognoscitivos de conducta penalmente dolosa, la idea es derivar la causa al ámbito de la relevancia y sanciones administrativas —en el caso que existan— o disciplinarias.	Se habla de dolo penal cuando el funcionario no solo quebranta las normas administrativas, sino que agrega un plus de su capricho personal cuando dolosamente sustituye el contenido de la norma. El sujeto de forma interna dice: «poco importa lo que la norma diga, yo hago lo que me viene en gana». Ese es un caso de comportamiento doloso intencional.

15. PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Prescripción es un concepto común a todos los ámbitos del derecho: civil administrativo, laboral, penal, etc. Por él se entiende —en materia penal— el fenómeno jurídico por el cual determinados periodos de tiempo hacen terminar el derecho o potestad del Estado para investigar, procesar y castigar el delito (prescripción de la acción penal). Numerosas son las razones que intentan explicar por qué el paso del tiempo genera efectos de finalización para el Estado de su potestad-deber a perseguir el delito o ejecutar la pena, todas sujetas a debate: la tesis del olvido del delito; la tesis de pérdida de interés por el paso del tiempo; la tesis de imposibilidad de realizar el fin de prevención general; la tesis de la necesidad de propiciar la paz social y reconciliación; la tesis de la enmienda presunta del delincuente; la tesis de la expiación indirecta en tanto castigo suficiente; la tesis de la sanción a la negligencia del Ministerio Público, la tesis de las dificultades probatorias, la tesis de la seguridad jurídica, la falta de necesidad de pena, entre otras.

Junto a la prescripción existe igualmente un fenómeno contrario, por el cual se postula la eliminación de la prescripción en determinados delitos de muy elevado injusto penal que se encuentra en determinadas variedades de delitos contra la humanidad, violación sexual, corrupción funcional, etc.

El Código Penal peruano hace uso de un sistema doble de prescripción de la acción penal (o acabamiento para el Estado de su facultad de perseguir el delito). Si la acción penal aún no se ha iniciado, rige la **prescripción ordinaria** (art. 80), es decir, termina el derecho del Estado tomando en cuenta la pena máxima conminada para el delito. En cambio, si existe ya proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementándolo en un 50 %; tal es la llamada **prescripción extraordinaria** (art. 83, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la

prescripción de la pena, contada a partir del día en el que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

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

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

El Código Procesal Penal (art. 339.2), cuya vigencia data del año 2006, indica: «La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal». Esta norma ha alterado significativamente toda la teoría de la prescripción y desnaturalizado los plazos prescriptorios que ahora pueden alargarse sin límites precisos, bajo argumentos sumamente discutibles.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema ha fijado el ámbito de aplicación de la regla especial de la duplicación de la prescripción, establecida en el sexto párrafo del artículo 80 del Código Penal, bajo los siguientes términos:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Nuevos alcances de la prescripción. 16. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición

que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*. **17.** Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función de la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88 del CP que estatuye; «La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible». **18.** En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor —dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP—, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores; pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor. **19.** Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices —sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó—, en tanto no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor. En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-11, que establece como doctrina legal los criterios expuestos en los FFJJ 16-19. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

La dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado. 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 con la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo 41 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 de 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 decisional, 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

funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado. **B.** El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o a custodia sobre bienes públicos. **C.** Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial [sic] una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía. 16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, del 16-11-10, FFJJ 14-16. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

La Corte Suprema, en la práctica, ha circunscrito así la aplicación de la duplicación de la prescripción a los delitos de colusión agravada y peculado doloso, que son los únicos en donde existe esa relación funcionarial directa entre agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado que resulta efectivamente lesionado.

16. PROCESO PENAL Y PRUEBA DE CARA A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (DELITOS FUNCIONARIALES)

El proceso penal moderno, caracterizado por asegurar a las partes derechos y garantías procesales, tiene por una de sus finalidades principales reducir la arbitrariedad que históricamente significó la relación entre procesado y órganos estatales que ejercen y administran el *ius punendi*, de modo de brindarle al imputado y/o acusado (en una delicada labor de equilibrio con la protección de los intereses de la víctima y la sociedad) un conjunto de derechos y garantías, a

través de las cuales —y pese a ellas— demostrar su culpabilidad o, en defecto, preservar la presunción de inocencia, por el delito cometido y que le ha sido atribuido en calidad de autor o partícipe.

El proceso penal, en una sociedad democrática, aspira a que a través de la racionalidad que implica el secuenciamiento de las fases de las cuales está compuesto (preliminar-preparatoria, etapa intermedia, juicio, apelación, cada una de las cuales con objetivos delimitados legalmente) y del respeto y aseguramiento —por parte de los operadores del sistema— de los principios y garantías (de orden constitucional y legal) se articule la lógica de posiciones contrapuestas entre fiscalía y defensa a los efectos de encontrar las verdades que necesita el sistema penal para que el juez se encuentre en las mejores condiciones para dictar derecho y justicia al caso concreto. A partir de aquí la verdad, si es que antes no ha merecido cuotas de consenso entre las partes, que surge del proceso y del debate podrá ser la que ha sido instrumentalizada por el fiscal o la defensa, la requerida por el sistema, o —en condiciones ideales— convertirse en una verdad aproximada a la objetividad de los hechos de relevancia penal.

Pero no es solo la racionalidad del proceso (es decir, su necesaria orientación a cumplir fines u objetivos pre ordenados), lo que caracteriza los nuevos tiempos del proceso penal, sino también su razonabilidad. La razonabilidad del proceso penal concierne estrictamente a los operadores del sistema (fiscales, procuradores, defensores, y jueces), a diferencia de lo que sucede con la racionalidad que está fijada en ley. Ellos son ellos los que le dotan de sentido argumentativo conforme a razones de derecho y principios, o le confieren una impronta abusiva, que la degrada al punto de convertir al proceso penal en una caricatura, en un hacer correr los tiempos estando ya decidido el caso antes del debate, antes de los alegatos. Fenómeno este último cuya presencia aterradora para la justicia penal es recurrente en sede de juzgados y tribunales, sobre todo, en casos difíciles o de implicancias para la estabilidad de fiscales y jueces.

Racionalidad y razonabilidad forman así una relación inescindible en la que la verdad, resultante del proceso, se afirma y construye contra los miedos, los prejuicios o los intereses extrajurídicos que colisionan con el derecho y la justicia.

La naturaleza del proceso tiene también una íntima vinculación con la naturaleza de la sociedad y el régimen político dominante, factores ambos que delimitan las particularidades del proceso penal y la actuación de fiscales y jueces. Mientras más democrática sea la sociedad, en sentido real y formal, el proceso penal se hallará provisto de mayores estándares que si aquella se correspondiera con una sociedad autoritaria, totalitaria —ambas orientadas a controlar la actividad fiscal y judicial— o de frágil perfiles democráticos, cuya inestabilidad y precaria performance hace caldo de cultivo de grupos de interés y presión que desnaturalizan la idea de justicia seria, objetiva y justa. Por cierto, es difícil la existencia de sociedades democráticas puras, sobre todo, en circunstancias políticas coyunturalmente difíciles o de inseguridad apremiantes, en las cuales los rasgos autoritarios y, por lo mismo, contra las garantías del imputado, se dejan sentir con fuerza, con mayor razón si se trata de determinado tipo de procesado o delito. Ello constituye la prueba de fuego de la realidad del sistema procesal de garantías frente al sistema de defensa social o del enemigo. Ello es el referente, por definición, de la calidad de fiscales y jueces con los que cuenta un país.

Proceso penal sin derechos, con derechos y garantías retaceados, violentados o con derechos excluidos para cierta clase de procesados. Proceso penal sin garantías, o con simulación de garantías o que, en la teoría se los asegura, sin embargo, en la práctica diaria son desconocidas o sometidas a condicionamientos, son las enfermedades del sistema procesal penal cuyos vectores de origen van más allá de los fiscales y jueces, y que nos adentra en los entresijos de un perverso regreso a la medievalidad de la justicia penal. Males que son también características de nuestra autoritaria, débil y asustadiza justicia penal nacional.

La prueba es un término cuya delimitación precisa y específica de significado se torna difícil de lograr, ya que es un concepto susceptible de lecturas múltiples y polisémicas. De dicha dificultad da cuenta la abundancia de definiciones que se puede encontrar en las distintas producciones bibliográficas doctrinarias y jurisprudenciales. La única manera de utilizar dicho vocablo, con rigor y utilidad, es delimitando sus usos jurídicos, esto es, en atención a sus funciones y finalidades. Así:

(i) La *prueba como actividad*. En tanto concepto dinámico es la búsqueda, producción, selección, presentación y sustento de elementos de prueba por cada una de las partes involucradas en el proceso penal. Se desarrolla en la etapa de investigación preparatoria y se sustenta en la etapa intermedia, en la que el juez decide cuál de los elementos de prueba introducidos en la acusación y en la contestación a la misma adquieren la calidad de medios de prueba. En dicho momento, el juez cumple la función de reconocer las características formales de prueba a los elementos presentados y seleccionados. Excepcionalmente se produce actividad probatoria antes del proceso en los casos de prueba anticipada. Es actividad probatoria la toma de una declaración de testigo, la confesión, el recojo de evidencias, la presentación de un informe pericial de parte, etc.

También, se puede apreciar esta dimensión minimalista de prueba en las audiencias de prisión preventiva y otras en las que la fiscalía y la defensa, luego de presentar elementos de prueba derivados de una actividad de recojo o producción, se enfrentan en un combate jurídico de posiciones contrapuestas. No estamos aún frente al concepto, en propiedad, de prueba, se trata de elementos de prueba recogidos y presentados los que se van a someter al debate de partes y la evaluación judicial en su naturaleza de «elementos de prueba» nunca como medios de prueba, pues carecen de dicha entidad.

(ii) La *prueba como finalidad*. Hay que entenderla como la pretensión de las partes de acreditar sus dichos, afirmaciones (fiscalía) o negarlas o en parte aceptarlas (defensa) sobre los hechos (concertación ilegal, apropiación de caudal público, acto arbitrario perjudicial, percepción de donativo corruptor, etc.,) y las titularidades imputadas (autor-partícipe), introducidas en la secuencia del proceso. En el proceso penal, la prueba como finalidad se concreta a través de los medios de prueba sometidas, en el juicio, al debate o la aceptación.

(iii) La *prueba como actuación*. Se desarrolla en juicio, sujeto a los principios y garantías que la Constitución y las leyes al respecto ofrecen. El contradictorio, la inmediación, el derecho a la prueba, la interdicción de indefensión e igualdad procesal, al igual que el régimen de audiencia pública y concentrada, son aquí decisivos para obtener resultados fiables y seguros de prueba sobre lo afirmado o negado, sobre la culpabilidad mayor, menor o no culpabilidad de los involucrados por el Ministerio Público en su labor de defensa de la sociedad en juicio contra quien considera razonable y jurídicamente ha cometido delito.

(iv) *Como resultado*. La prueba se entiende aquí como lo que se ha acreditado o no luego de la actividad probatoria de las partes en relación con los hechos delictivos atribuidos, el grado de culpabilidad y la titularidad de la imputación, entre otros temas. El resultado probatorio lo establece el juez, pero lo proponen las partes en sus alegatos finales, donde efectúan la respectiva evaluación, en la que a criterio de cada una de ellas se afirma o niega el delito. El resultado probatorio es siempre una valoración judicial, para lo cual el sistema normativo del Código Procesal Penal le confiere al juez reglas a través del sistema de la sana crítica, que deberán ser empleadas para estimar y graduar: *Principios lógicos* (identidad, no contradicción, razón suficiente, coherencia,

entre otros) para valorar, por ejemplo testimonios en su coherencia y no contradicción, al igual que de los informes periciales o la razón suficiente de la prueba indiciaria, etc.; *máximas de experiencia* (en tanto criterios deductivos de sabiduría adquiridos mediante vía inductiva, diferentes a los hechos que se debaten) que se aplican para estimar y valorar, por ejemplo, la validez y consistencia de las declaraciones de un taxista, de la víctima de violación, y que permiten esclarecer afirmaciones o refutaciones, materias en la que la vía de los principios lógicos o el conocimiento se manifiestan limitados o no adecuados al respecto; *conocimiento científico*. El juez penal imparcial y objetivo no puede desestimar el valor probatorio que reporta la ciencia en sus diferentes manifestaciones (fundamentalmente informes periciales de ingeniería, financieros, contable; en otros campos, informes de criminalística, bromatológicos, médicos, sicológicos, etc); cuando han sido actuados (sustentado y contradicho) en juicio. Si bien ningún informe pericial determina culpabilidad, pues ello constituye núcleo duro de la actividad judicial, su fuerza para acreditar tipicidad objetiva es importante, con la condición de que haya sido debatido, contradicho y evaluado con base en principios lógicos de razón suficiente, coherencia y sustentabilidad. Obviamente, como todo conocimiento científico —en materia penal— es aproximado y sujeto a margen de error, las conclusiones de los informes técnicos y científicos que presentan las partes o toman su fuente en la prueba de oficio deben ser sometidas a estimación y valoración judicial.

(v) La prueba como *producto cognoscitivo del juez*. La actuación de prueba le va a llevar al juez imparcial y objetivo a adquirir convicción razonada de la realidad del delito y la culpabilidad del autor o partícipes. No se trata de un producto cognoscitivo originado en la íntima convicción del juez o en

un cuestionable y subjetivo criterio de conciencia, sino que es producto del debate de prueba y argumentos jurídico-penales ante él producidos. En tanto producto cognoscitivo, la prueba está alejada de la subjetividad y el voluntarismo judicial, afirmándose como un conjunto de razones y argumentos sólidos y sustentables que se van a constituir en el fundamento de la sentencia.

(vi) La prueba como *fundamento de la toma de decisión*. La prueba, en sentido positivo, acredita el delito en sus planos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; en sentido negativo, por su impertinencia, invalidez o inexistencia, reafirma la presunción de inocencia; en su plano de insuficiencia o contradicción, consolida un estado sustancial de duda o *indubio pro reo*.

Como los delitos contra la Administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos son diversos y variados, la actividad probatoria será igualmente distinta, por ejemplo, en un delito de colusión, peculado, cohecho pasivo o enriquecimiento ilícito.

Por ejemplo, en el primer delito, la actividad probatoria del fiscal se orientará a acreditar el concierto colusorio, mediante prueba directa (filmaciones de las tratativas colusorias, testimoniales) o invocando prueba de indicios a través de un conjunto de irregularidades administrativas significativas, entendidas en el contexto de un programa o plan de concertación, donde dichas irregularidades o anomalías del procedimiento adquieren sentido penal —y no solo relevancia administrativa— y donde la sola irregularidad importante o de escasa entidad que se cierra en sí misma, esto es, no trasciende ni tiene conexión con el plan colusorio; será impropia para integrar prueba indiciaria, esto es, penalmente irrelevante. En la colusión agravada, acreditar concertación dolosa e ilegal será insuficiente si ella no es la explicación causal imputable del perjuicio ocasionado al patrimonio público, el cual requiere periciamientos técnicos sólidos y sustentables, no la suma y resta de datos contables.

En todos los delitos de infracción de deber, con mayor fuerza en aquellos en los que la vinculación funcional es más intensa y la autoría más restrictiva (colusión, peculado doloso, malversación, cohechos pasivos, interés indebido en contrataciones) es regla de oro y punto de partida acreditar normativamente la atribución o competencia que, formando parte de sus deberes u obligaciones, ha abusado o infringido el sujeto público, sin lo cual las posibilidades de éxito para la fiscalía son precarias. No se trata de abundar sobre normas éticas, códigos deontológicos, o normas administrativas que confieren deberes generales, sino de precisar cuál es la norma específica que en conexión con el comportamiento del funcionario o servidor explica la infracción de deber, que articuladas con las particularidades normativas de cada delito funcional van a configurar el delito en su plano de injusto penal.

A efectos de no incurrir en arbitrariedades en la delimitación de culpabilidad, resulta de gran interés analizar el hecho imputado desde la perspectiva del **principio de confianza**, instituto enfatizado por la teoría de la imputación objetiva, e introducida en el discurso jurisprudencial de las salas penales de la Corte Suprema, máxime si las decisiones inherentes a la Administración pública se construyen con base en dicho configurador. La fiscalía, en su función persecutoria profesional y objetiva deberá acreditar que en el caso específico y en la cadena de pasos previos y decisiones parciales, entre los funcionarios y servidores públicos no existió una explicación razonable de confianza, o la misma fue desnaturalizada o simulada, más allá de un normal riesgo permitido. Contrariamente, la defensa deberá acreditar que ella si se produjo, en condiciones de regularidad y normalidad en las actuaciones funcionales, ya se trate de un principio de confianza vertical (jefes y subordinados) u horizontal (entre pares: por ejemplo, miembros del comité especial) que elimina el comportamiento doloso de quien adopta decisiones previas, inherentes a cada paso contractual, o toma la decisión final.

JURISPRUDENCIAS

La prueba por indicios en el delito de colusión. Octavo. La concertación, ante la ausencia de prueba directa —testigos presenciales o documentos que consignen la presencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos—, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos más fundamentales o relevantes —verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o subsanaciones o regularizaciones ulteriores en la elaboración de la documentación, etc—; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad —marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores—; y (iii) si los precios ofertados —y aceptados— fueron sobrevalorados o los bienes y servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición; es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio al Estado.

R. N. N.º 1722-2016-Del Santa, de 23-01-17, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

El principio de confianza. Décimo. Los procesados como gerente de Administración y gerente general, respectivamente de la municipalidad agraviada [...] participaron en la operación del pago irregular, en el caso primero con la suscripción de un comprobante de pago, mientras que en el segundo con la firma de un cheque; sin embargo, ambos acusados señalaron que cuando suscribieron los citados documentos no conocían que el material de construcción para la obra [...] no se había entregado en su totalidad; pues se enteraron después de las irregularidades en que incurrieron los otros procesados en concertación con terceros. **Décimo primero**. La presunción de inocencia que gozaban al inicio del proceso, no se ha desvirtuado, porque como órgano de dirección se habrían confiado en que los otros acusados efectuaron el operativo de forma regular; tanto más si las conclusiones del Informe de Verificación del órgano de control interno no les comprendió como partícipes del delito de colusión desleal.

R. N. N.º 236-2012-Lima, de 09 -01-13, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Precisiones acerca del principio de confianza. 16.1. Uno de los elementos definidores de la imputación objetiva es el denominado principio de confianza. Un Estado social de derecho supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia intersocial; con base en tal concepción, los ciudadanos tienen la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas y este es el fundamento de la vigencia fáctica de las misma. Empero, se pude responder únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero. **16.2**. Cada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales depende de la actuación simultánea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, por consiguiente, una prestación deficitaria solo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes. **16.3**. No cabe imputación a la conducta cuando el sujeto activo obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Ejemplo: el cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería. Así las cosas, el ejercicio del rol se identifica con el cumplimiento de la norma; en ese sentido, es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la imputación penal sobre la base de la infracción de una norma jurídica.

Casación N.º 102-2016.Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

17. BIBLIOGRAFÍA

ESPECÍFICA

Sobre política criminal, prevención y justicia penal

AVILA, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BIBAS, Stephanos. *The machinery of criminal justice*. New York: Oxford, 2012.

BINDER, Alberto. *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal, minimalista y democrática*, Buenos Aires. Astrea, 2011.

CASTILLO MORO, Manuel. *Miedo, control social y política criminal: Una visión multidisciplinar de la seguridad, derechos y libertades*. Madrid: Dykinson, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: IB de F, 2007.

FABIAN CAPARRÓS, Eduardo; ONTIVEROS ALONSO, Miguel y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coordinadores). *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. México: Ubijus-Inacipe, 2012.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

JOYCE, Peter. *Criminology and Criminal Justice: A study guide*. William Publishing, Cullompton Devon, 2009.

LUNA SERRANO, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015.

RIBERA BEIRAS, Iñaki, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. 2.ª ed. Anthropos, 2011.

ROXIN, Claus. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ZUÑIGA, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.

TENCA, Mariano; MENDEZ ORTIZ, Mariano. *Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018.

Sobre interpretación de las normas penales conforme a la Constitución

IDES, Allan; MAY, Christopher. N; GROSSI, Simona. *Constitutional Law Individual Rights*, Eighth edition, Wolters Kluwer, 2019.

KUHLEN, Lothard. *La interpretación conforme a la constitución de la leyes penales.* Madrid: Marcial Pons, *2012.*

PULITANO, Domenico. Diritto penale e tecniche interpretative: l´interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo «creativo» del giudice. En PELIZONE, Irene. *Principio di legalitá penale e diritto costituzionale; problematiche attuali*, Giufré Editore, Milano, 2017, pp. 65-82.

Sobre dogmática y principios del derecho penal

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

CARNGELLA, Francesco; Levita, Luigi. *I principi del diritto penale*, II edizione, DIKE Giuridica Editrice, 2018.

DRUFF. R. A. Green, S. *Philosophical foundations of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El derecho penal en el mundo.* Pamplona: Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.

HORDER, Jeremy. *Ashworth´s Principles of Criminal Law*, Eighth edition, Oxford, University Press, 2013.

MANTOVANI, Fernando. Il principio di offensivitá nel Codice penale peruviano. En *Revista Peruana de Ciencias Penales* (Director: José Urquizo Olaechea), año VII-VIII, Número 12. Lima: Idemsa, 2002, pp. 79 a 100.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Fundamentos y dogmática penal.* Traducido por Marcelo Sancinetti, Miguel Polaino-Orts, Ciro Cancho Espinal, Eduardo Saad-Diniz, Patricio Sabadini, Pablo Lucero y Andrés Falcone. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito.* Traducción Victoria de Los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa Editorial, 2011.

Sobre los principios de legalidad y lesividad

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

BAGES SANTACANA, Joaquim. *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

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

CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

CORRECHER MIRA, Jorge. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action*. Valencia: Tirant lo Blanch - Universitat de Valencia, 2018.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (directores). *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*. Madrid: Ediciones jurídicas Castillo de Luna, 2015.

PELLIZONE, Irene (a cura di). *Principio di legalitá penale e diritto costituzionale; problematiche attuali*. Milano: Giufré Editore, 2017.

PÉREZ MANZANO, Mercedes; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan. *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RIBEIRO LOPEZ, Maurício Antonio. *Princípio da legalidad penal: projecoes contemporaneas*. Sao Paolo: Editora Revista Dos Tribunais, 1994.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Horizonte, 2000.

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *La justicia penal: legalidad y oportunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Sobre el control administrativo: informes de control. Derecho administrativo y disciplinario. Principio de confianza, *ne bis in idem*

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. *Manual de Derecho Administrativo sancionador*. Ministerio de Justicia, Pamplona: Thomson-Aranzdi, 1994.

Ballen, RAFAEL. *Derecho Administrativo disciplinario*. Bogotá: Temis, 1998.

Benavente Chorres, Hesbert. El combate contra la corrupción y los informes de la Contraloría General de la República. *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 62, agosto 2014. Lima: Gaceta jurídica, pp. 13 a 24.

CÁCERES JULCA, Roberto. Problemas interpretativos de la Ley N.º 30214 que crea el artículo 201-A del Código Procesal Penal referido a la pericia institucional extraprocesal. *Actualidad Penal*. vol. 7, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Responsabilidad disciplinaria de los jueces*. Lima: Jurista editores, 2012.

DE LEON VILLABA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in ídem*. Barcelona: Bosch, 1998.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DUQUE CORREDOR, Román, El proceso administrativo sancionador en la experiencia comparada, en *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de*

justicia, Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial. Lima, 2007.

García Gómez de Mercado, Francisco. *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable.* Granada: Editorial Comares, 2002.

Gomez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador.* 4.ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Isaz Serrano, Carlos Mario. *Teoría general del derecho disciplinario. Aspectos históricos, sustantivos y procesales.* Bogotá: Temis, 2009.

Lacca Puell, Miguel Ángel. El control preventivo. Su aplicación por los órganos de control institucional. *Jus Gestión Pública*, 2008. Lima: Grijley.

Leon Pastor, Ricardo. Criterios para mejorar la redacción de las resoluciones contraloras, en *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*, Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia. Poder Judicial. Lima, 2007.

Lizarraga Guerra, Víctor. Aplicación del *ne bis in ídem* en la responsabilidad administrativa funcional. Revista Peruana de Ciencias Penales (Director: José Urquizo Olaechea). Tomo 25. Lima: Fondo Editorial, Instituto de Derecho Penal, 2013.

Maraver Gómez, Mario. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de la autoresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva.* Madrid: Civitas, 2009.

Meseguer Yebra, Joaquín. *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo.* Barcelona: Bosch, 1999.

Navas Rondón, Carlos. *Derecho administrativo sancionador en las contrataciones públicas. Responsabilidades y sanciones.* Lima: Gaceta jurídica, 2013.

Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador.* 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

Osa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática.* Bogotá: Legis, 2009.

Planchadell Gargallo, Andrea. El valor probatorio del informe técnico de la Contraloría General de la República. En *Actualidad Penal*, vol. 7. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 32-55.

Prats Catalá, Joan. Régimen disciplinario, laboral, funcionarial en las administraciones públicas. En *Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios públicos.* Madrid, 1994.

Ramírez Pequeño, Teresa. Régimen disciplinario en el Proyecto de ley de carrera judicial. En *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*, Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial. Lima, 2007.

Rory Forero, José. *Las pruebas en materia disciplinaria.* Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.

Rosas Yataco, Jorge. Naturaleza de los informes de control de la Contraloría General de la República. *Actualidad Penal*, vol. 7. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 56-65.

Tasayco Ramírez, Florencio. El control interno y las entidades públicas. *Jus Gestión Pública*, Julio Agosto 4 - 2008, Lima: Grijley.

Toyohama Arakaki, Miguel. Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República. *Actualidad Penal*, vol. 7. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 74-83.

Toyohama Arakaki, Miguel. El informe técnico oficial especializado de la Contraloría General de la República como prueba especial en el proceso penal. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 62, Lima: Gaceta jurídica, 2014, pp. 25 a 42.

Villegas Paiva, Elky Alexander, El principio de confianza en la teoría del delito. Una introducción. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 127. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, pp. 93 a 102.

Sobre los principios del proceso penal acusatorio

Ambos, Kai. Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos. Traductor Ana María Beltrán Montoliu y Guillermo Orce. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Arangüena Fanego, Coral y De Hoyo Sancho, Montserrat (directoras). *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Consejo General del Poder Judicial. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Madrid, 1992.

Cordon Moreno, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2.ª ed. Aranzadi, 2002.

Díez-Picaso, Luis María; Nieto Martín, Adán (directores), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.

Guevara Paricana, Julio Antonio. *Principios constitucionales del proceso penal*, Lima: Grijley, 2007.

Jaen Vallejo, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

Oré Guardia, Arsenio. *Principios del proceso penal*. Editorial Reforma, 2011.

Sobre proceso y prueba

Anderson, Terence, Schum, David; Twining, William. *Análisis de la prueba*. Traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Balagué Doménech, José Carlos. *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, séptima edición. Madrid: Bosch, Wolters Kluwer, 2018.

Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo. *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

CARLIZZI, Gaetano e TUZET, Giovanni (a cura di). *La prova scientifica nel proceso penale*. Torino: Giappichelli, Editore, 2018.

CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley, 2013.

CUSI RIMACHE, Jhon Eber. *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Idemsa, 2016.

DURAN SILVA, Carmen. *La videovigilancia en el proceso penal. Tratamiento procesal y efecicacia probatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ESCALER BASCOMPTE, Ramón. *La carga de la prueba*. Barcelona: Atelier, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, 2005.

GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (cordinadores). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*. Debates sobre abducción. Granada: Editorial Comares, 2014.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Pamplona: Thomsom Reuters Aranzadi, 2018.

GONZÁLEZ, Manuel Richard. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Madrid: La Ley Wolters Kluwers, 2017.

LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, Javier y otros. Pamplona: *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010.

PANSINI, Gustavo. *Le prove deboli nel proceso penale italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 2015.

PICO I JUNOY, Joan (director). *Peritaje y prueba pericial*. Barcelona: Bosch, 2017.

PICO I JUNOY, Joan. El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Bosch Editor, 2007.

PINTO PALACIOS, Fernando y PUJOL CAPILLA, Purificación. *La prueba en la era digital*. La Ley Wolters Kluwer, 2017.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, 2011.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *Actividad probatoria y valoración racional de prueba*, Librería J. Rincón. Venezuela: Barquisimeto, 2010.

RODRÍGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Granada: Editorial Comares, 1998.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, 2009.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: INPECCP-CENALES, 2015.

SILVA PEREIRA, Patricia, *Prova indiciária no ámbito do proceso penal. Admissibilidade e valoracao*. Coimbra Portugal: Almedina, 2017.

STUMER, Andrew. *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos*. Traducción de Walter Reifarth Muñoz, Marcial Pons, 2018.

SUÁREZ RAMÍREZ, José Leonardo. *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*. Bogotá: Ibañez, 2016.

TARUFFO, *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008

VASQUEZ, Carmen (editora). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayo de epistemología jurídica. Madrid, Marcial Pons, 2013.

VERGÉS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Themis Presses Universitaires de France, 2015.

Sobre la responsabilidad política, penal y administrativa de los funcionarios públicos

BOWMAN III, Frank, O. *High crimes and misdemeanors: A history of Impeachment for the age of Trump*. New York: Cambridge University Press, 2019.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, La responsabilidad penal del funcionario público en el área de la administración. Abuso de poder político y económico, en Luis Miguel Reyna Alfaro (director). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

GALLI BASUALDO, Martín. *La responsabilidad política de los funcionarios públicos, jueces, fiscales y legisladores*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Colex, 2011.

OTIZ SOLTERO, Jorge. *Responsabilidades legales de los servidores públicos*. 3.ª ed. México: Editorial Porrúa, 2004.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel. Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública. En Fidel Rojas Vargas. Derecho penal. *Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel. La inhabilitación política y la pena de inhabilitación: el caso de los congresistas inhabilitados y condenados judicialmente, en Fidel Rojas Vargas, Derecho penal. *Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Lima: Gaceta jurídica, 2013.

Segura Valenzuela, Susan Adela, La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública en el sistema jurídico peruano, en *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 122, agosto 2019, Gaceta jurídica, Lima (227 a 237).

Sunstein, Cass R. *Impeachment. A citizen´s guide*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

Sobre dolo y culpa

Castillo González, Francisco. *El dolo su estructura y sus manifestaciones*. San José de Costa Rica: Editorial Juritexto, 1999.

Diaz-Aranda, Enrique, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México*. México: Editorial Porrúa, 2012.

Fakhouri Gómez, Yamila. *El objeto del dolo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2012.

Leite Ferreira Cabral, Rodrigo. *Dolo y lenguaje. Hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.

Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch, Marina. *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Viana, Eduardo. *Dolo como compromiso volitivo*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Sobre prescripción del delito y la pena

BURGOA, Elena. Hacia una nueva regulación de la prescripción en los delitos contra la Administración Pública. Un debate de actualidad. En Luis Miguel Reyna Alfaro (director). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

CERRADA MORENO, Manuel. *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos*. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica, Bosch Editor, Barcelona, 2018.

ORTIZ DE FILIPPI, Hugo. *De la extinción de la responsabilidad penal*, Ediar, Santiago de Chile, 1990.

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

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M. La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

REY GONZÁLEZ, Carlos. *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2.ª ed. Madrid: Universitat Internacional de Catalunya-Marcial Pons, 1999.

ROY FREIRE, Luis E. *Causas de la extinción de la acción penal y de las penas*. 3.ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

Capítulo dos

LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. DEFINICIÓN

Los delitos de infracción de deber —clasificación que los diferencia de los delitos de dominio, llamados también de «organización»—, incorporada a la doctrina penal por Claus ROXIN en 1963 en su vasta y paradigmática monografía *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho) y actualizada en sucesivas ediciones, son llamados así, porque en ellos: **(i)** El sujeto activo es uno cualificado por su vinculación especial con el bien jurídico tutelado, el objeto material de protección penal o el sujeto pasivo o, en otra lectura, en función de instituciones positivas (relaciones paterno filiales, Administración pública y relaciones societarias); **(ii)** Dicha vinculación se produce mediante normas jurídicas extrapenales (aunque no exclusivamente) que son previas al agente y al delito y, en relación con las cuales, el sujeto cualificado se encuentra obligado a preservarlas, cumplir y optimizar; **(iii)** La existencia de normas jurídicas previas, de variada naturaleza: política, administrativa, civil, societaria, orgánica-institucional, etc., fijan y determinan el marco de atribuciones o competencias a las que se halla sujeto dicho sujeto especial cualificado; **(iv)** La vulneración, por violación, incumplimiento o desconocimiento de dichas normas previas (o deberes especiales) generan un estado de infracción de deberes que abre los escenarios de la ilicitud administrativa y/o la ilicitud penal, donde la primera se satisface con el solo incumplimiento o infracción de deberes, mientras la segunda va a requerir la concurrencia de los plus o añadiduras normativas requeridos por los tipos delictivos de infracción de deber. Por cierto, en este punto existe debate en la doctrina entre una posición extrema que considera que el delito de

infracción de deber se perfecciona con la sola infracción de normas jurídicas previas (asumida inicialmente por Roxin), mientras que una segunda posición doctrinaria considera que ello es aún insuficiente si el tipo penal especial contiene precisiones de tipicidad adicionales en su redacción legal y estas no sé cumplen, considerando que además de la infracción de normas jurídicas debe concurrir las exigencias específicas de tipicidad requeridas en el tipo legal.

En el ámbito de los delitos de infracción de deber que se corresponden con la afectación de los intereses de la Administración pública, el sujeto activo cualificado es el funcionario o servidor público que mantiene vinculación jurídica con la Administración pública a través de diversos frentes, ya sea por la normativa interna de incorporación a la entidad pública, por el marco de atribuciones o competencias que delimitan sus funciones o servicios, por un régimen de compatibilidad e incompatibilidades, por el marco de responsabilidades políticas, administrativas, civiles, etc.

El sujeto público está vinculado por **deberes normativos preexistentes de protección, cuidado y fomento de los valores integrantes de la «administración pública»**, frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose entre ambos (funcionario-servidor y la administración) un mundo en común. Siendo aquí, elemento decisivo para activar el mundo de la relevancia punitiva, que dicho sujeto público viole los deberes que forman parte de sus atribuciones regladas y que se hallan delimitadas en el ámbito de sus funciones o competencias. Siendo este violentamiento el aspecto de base (administrativa) más importante para configurar el delito de infracción de deber, cuyo autor (el *intranei*) en exclusividad es el funcionario o servidor público vinculado, a lo que hay que agregar los específicos elementos del tipo penal especial (por ejemplo, la *concertación ilegal* en el delito de colusión; la vinculación funcional en calidad de *administrador, perceptor o custodio* en el delito de peculado, etc.) que integran y dan forma a la tipicidad normativa del delito de

infracción de deber funcional, sin cuya concurrencia en el supuesto denunciado, investigado o acusado, la ilicitud funcional no superaría su dimensión administrativa.

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

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Admisión de la jurisprudencia nacional vinculante de la tesis de los delitos de infracción de deber. 8 [...] Actualmente, tanto en la doctrina y jurisprudencia se reconocen que existen tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que solo incumbe al funcionario, el cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

Acuerdo Plenario N.º 3-2016 de las salas penales de la Corte Suprema.

La participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber. 10 [...] El funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de

cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. **11.** Este tipo de delitos [de infracción de deber] restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del "*extraneus*" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente: **A.** Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. **B.** El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-11, FFJJ 9-11. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de la Corte Suprema.

Las tesis de la ruptura y unidad del título de imputación. 9 (...) En lo que concierne a la participación del *extraneus*, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos. *El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación* que debe alcanzar el partícipe (**teoría de la ruptura del título de imputación**), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *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 (Alonso Raúl Peña Cabrera. La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: la unidad del título de imputación, Gaceta Penal & Procesal penal, Tomo 89, 2016, pp. 104 y ss; María Ángeles Rueda Martín: Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración Pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología* N.º 8, 2 Época, Madrid, 2001). De ello se infiere además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o imputación de un delito

de infracción de deber especial, sino únicamente la participación autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal [...]. 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 especiales 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 participación de los delitos comunes (*Cfr.* Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2628-2006 Ucayali del 25 de abril de 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 18-2008 Huancavelica del 5 de junio de 2008; Casación N.º 782-2015 Del Santa del 6 de julio de 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 si puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe solo quien colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (Mercedes Pérez Manzano. Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999, pp. 22 y ss). En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcionarial 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.º 375-2004 Ucayali, del 11 de octubre 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.

Acuerdo Plenario N.º 3-2016 de las salas penales de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

Los delitos cometidos por funcionarios públicos suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico. Cuarto. [...] Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de «infracción de deber», que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la Administración pública), por vinculaciones paterno-filiales, de confianza o jurídicas, etc. «Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento —con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial— explica la existencia del delito de infracción de deber» (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, 2007, p. 190).

R. N. N.º 2065-2008-Lima, del 05-10-09, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Véase también: R. N. N.º 5434-2008-Junín, del 26-08-09, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

2. CLASIFICACIÓN

Los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*, en traducción al castellano «delitos de obligación»), una de las variedades de los delitos especiales (*Sonderdelikten*) se subdivide en delitos de infracción de deber propios (delitos especiales propios) y delitos especiales impropios. División discutida por algunos sectores de la doctrina alemana y española. De partida hay que precisar que en ambos delitos el sujeto vinculado infringe deberes especiales

2.1. Los delitos de infracción de deber propios o especiales propios

Los delitos de infracción de deber propios (o especiales propios) son los que en sentido estricto definen un delito de infracción de deber, delimitado por características específicas: calificación especial del sujeto activo que mantiene vinculación con el bien jurídico sobre

la base de normas administrativas —o de otra naturaleza normativa— previas; comportamiento típico susceptible de ser cometido solo por estos autores; infracción de un deber especial funcional, potenciado por el tipo penal, como fundamentos para imputar delito y responsabilidad penal. En el delito especial propio el fundamento de la pena se funda en la infracción del deber, ya que sin este componente normativo decaería su necesidad de tratamiento dogmático y jurídico.

En estos delitos el *intranei* (el autor del delito de infracción de deber) puede tener el concurso de partícipes *extraneus* (instigadores o cómplices) que determinan o colaboran en el delito funcional, conservando cada uno su propia titularidad: autor el *intraneus*, partícipe el *extraneus*. Si bien en este punto existe debate sobre el título de imputación, la tesis mayoritaria, asumida igualmente por la jurisprudencia nacional es el de la unidad de imputación, que permite analizar la tipicidad del delito funcional considerando a los extraños a la administración pública siempre como partícipes del delito funcional —aunque fácticamente dominen el suceso delictivo— cuyo autor siempre será el funcionario o servidor público vinculado. Tesis de la unidad que con fundamento a un principio de justicia material postula un rigor de pena siempre menor para el partícipe.

La posibilidad de autores funcionales vinculado por coautoría es un tema debatible en la dogmática y doctrina, siendo dominante la posición que excluye dicha posibilidad, la que, sin embargo, en determinados supuestos excepcionales, no deja ser objeto de análisis y admisibilidad.

EJEMPLO

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

2.2. Los delitos especiales impropios

Los delitos especiales impropios, en cambio, son aquellos en los que si bien interviene un funcionario público infringiendo deberes normativos, sin embargo les falta la segunda característica de los especiales propios (restricción excluyente de autoría), esto es, se construyen sobre la base de un delito común (el denominado delito subyacente), vale decir, de comportamientos pasibles de ser cometidos por cualquier persona. En estos delitos el funcionario igualmente infringe sus deberes, lo que le da al delito su naturaleza de infracción de deber, pero el comportamiento típico posee una amplia posibilidad de comisión que abarca principalmente como autores a los particulares.

Las particularidades de esta clasificación nos da como resultado a dos autores jurídicamente autónomos, uno *intranei* y, otro, un particular o sujeto indeterminado que no reúne las características del *extraneus,* al inexistir aquí una situación de accesoriedad en relación con el primero. Cada sujeto conserva su titularidad de autoría (autorías paralelas), en delito básico (el sujeto indeterminado) y agravado (el funcionario o servidor público), sin que pueda existir entre ambos una relación de coautoría. Igualmente cada sujeto puede tener un espectro de participación en sus propios niveles, sin que pueda efectuarse jurídicamente —si fácticamente— una participación colectiva con vasos comunicantes que rompan los diques del delito común y el especial para configurar niveles plurales e interactuantes entre sí de imputación, por lo demás no reconocidas en el tipo penal, ni de parte general ni especial.

En la técnica legislativa empleada por el legislador, el delito especial impropio se presenta usualmente como delito común agravado.

EJEMPLO

Por ejemplo, el delito de interferencia o escucha telefónica (artículo 162) es un delito que puede ser cometido por cualquier persona (delito común o de dominio) pero que al ser cometido por un funcionario público se convierte en uno especial impropio. Lo mismo ocurre, entre otros, con los artículos 297.1 (tráfico ilícito agravado de drogas), 153-A.1 (tráfico de menores agravado), 157º (uso indebido de archivos computarizados), donde por el hecho de ser un funcionario el que lo comete, este delito se transforma en uno especial impropio.

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

i) En primer lugar, su existencia se debe a una expresa disposición del legislador (*numerus clausus*), ya que debe estar así dispuesto en el contexto de tipicidad de la figura delictiva común, por tanto, no se puede crear delitos especiales impropios a voluntad del operador jurídico, esto es, de la labor de interpretación.

ii) En segundo lugar, se encuentran construidos, principalmente, como **agravantes** de tipos penales comunes, hallándose ubicados como ilícitos que responden a bienes jurídicos distintos de los delitos contra la Administración pública, así por ejemplo los artículos 162.1 (interferencias telefónicas), 297.1 (tráfico ilícito de drogas), entre otros tipos penales de la Parte especial del Código Penal.

3. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración pública, en el ámbito de los artículos 376 al 401, son en su inmensa mayoría delitos de infracción de deber, salvo los artículos 397 y 400, que están referidos al cohecho activo y al tráfico de influencias. Esto significa que cuando el funcionario

comete delito funcionarial (abuso de autoridad, cohecho pasivo, malversación, peculado) lo que hace es infringir o violar deberes a los que él se halla sometido quebrantando expectativas, lo que no sucede en los delitos comunes de dominio y control del sujeto activo indeterminado, los cuales por su propia naturaleza no afectan la Administración pública en vinculación con deberes positivos normativizados que le sean atribuibles al infractor.

De esto se puede concluir que todos los delitos de funcionarios en los que el sujeto publico se halla vinculado con la Administración Pública a través de deberes reglados o pautas formales de comportamiento que le son, por lo general, preexistentes, constituyen delitos de infracción de deber. Al margen y con indiferencia de cuál sea su posición, jerarquía o el ámbito de atribuciones, siempre van a estar en la base normas administrativas que el funcionario está obligado a cumplir, fomentar o asegurar. Normas administrativas, de distinto rango o nivel, en las que se describen las atribuciones o ámbitos específicos de competencia del funcionario o servidor, recogidos por lo general en el ROF (Reglamento de Organización y Funciones de las entidades públicas) y MOF (Manual de Organización y Funciones), pero también en leyes orgánicas, la Constitución del Estado, y en forma excepcional en la Ley del Presupuesto, Ley de contrataciones, Reglamentos, Directivas, contratos y otras infranormas.

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

EJEMPLO

¿Quién comete delito de cohecho, en la lógica de construcción legislativa de los artículos 393 (pasivo propio) y 394 (pasivo impropio)? Solo el funcionario que por su posición funcional puede dar a cambio del donativo un acto de función. Si este sujeto público no tiene la facultad potencial de contraprestar mediante un acto propio del cargo o de sus atribuciones, porque carece de facultades, ha perdido competencia o temporalmente ha cesado en el cargo, será imposible que se configure un acto de cohecho pasivo. Usualmente se confunde el cohecho con cualquier recepción de donativo. Así, si una persona va y le entrega a un funcionario una cierta cantidad de dinero para que este funcionario haga uso de sus buenos oficios, haga valer su influencia ante otro funcionario —que es quien va a concretar y dar el acto de función a la persona que en principio entregó el dinero—, la entrega del dinero al primer funcionario no genera delito de cohecho porque el primer funcionario no le está dando a cambio ningún acto de función. Esto no es cohecho, es propiamente un acto de tráfico de influencias.

Entonces, en los delitos de infracción de deber la conducta típica solamente la puede concretar el funcionario o servidor público que posee el deber especial (concretado en sus atribuciones o competencias) en el marco de la función o el Servicio. Sujeto público que se halla vinculado por normas jurídicas previas con la Administración Pública, teniendo, por tanto, el deber de aseguramiento y fomento.

El **quebrantamiento de deberes explica la lógica de los delitos de función**. Para acreditar e incluso para apreciar probatoriamente el quebrantamiento de deber es regla de partida que el analista (sea el auditor, el procurador, abogado, fiscal o juez) tenga previamente que verificar cuál es la atribución, o deber administrativo que —siéndole propio y formando parte de sus atribuciones o competencia— el funcionario quebrantó o violó con su comportamiento. Si no se precisa cuál ha sido ese deber, no es posible construir la figura del delito de infracción de deber. Si se atribuye inadecuada o erróneamente un deber normativo no poseído por el funcionario o servidor, se puede cometer excesos en la imputación y afectar los derechos del funcio-

nario o servidor, además de utilizar la maquinaria penal negligente o arbitrariamente. Si solamente se enfatiza el quiebre del deber sin relacionarlo con los plus que exige el tipo penal, se confundiría relevancia administrativa con relevancia penal. Considerar que, exclusivamente, se trata de deberes éticos o deberes generales de no dañar, inmersos implícitamente en el marco específico de atribuciones del funcionario o servidor público y desvinculados de los plus descriptivos o normativos exigidos por el tipo penal, ello implicará considerar al Derecho penal como un derecho que administrativiza relevancias jurídicas, afectando su naturaleza fragmentaria y de *ultima ratio*.

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

PRECISIÓN

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

3.1. Diferencias entre los delitos especiales propios e impropios

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

Cuadro N.º 3

Diferencias entre los delitos de infracción de deber propios y especiales impropios

Delitos de infracción de deber propios	Delitos especiales impropios
Restricción del círculo de autores: solo pueden ser autores los sujetos especiales, vinculados con el bien jurídico específico o la institución positiva por deberes normativos de variada naturaleza jurídica.	Ampliación del círculo de autores: la autoría es del particular como del sujeto público que cometen el delito.
No es posible coautoría entre un funcionario-servidor público con un extraneus; este último siempre asumirá el papel de un partícipe (determinador o cómplice), por más que sus aportes al delito sean decisorios o domine la acción. Por definición no hay coautoría entre sujetos vinculados, sin embargo el tema es debatible.	No es posible coautoría —por lo menos ella es polémica— entre el sujeto activo particular con el funcionario o servidor público, de intervenir ambos en reparto de roles y dolo conjunto en la ejecución o consumación del delito. Cada sujeto conserva titularidades propias de autoría (común de dominio y especial funcional).
No es posible autoría mediata de un particular sobre un funcionario-servidor público en un delito funcional. El funcionario será autor directo.	No se admite autoría mediata del particular sobre el funcionario o servidor.
El partícipe *extraneus* (particular u otro sujeto público no vinculado) puede contribuir en el delito especial —propio o impropio—, ya sea en calidad de instigador o determinador (art. 24 del Código Penal) o en su calidad de cómplice primario o secundario (art. 25).	Depende su existencia legal de las configuraciones normativas que efectúe el legislador. No puede ser creada a criterio o discreción del fiscal o juzgador.
Los partícipes también pueden ser otros funcionarios o servidores públicos.	Caben actos de participación que inciden en el sujeto común y en el sujeto especial, en ámbitos separados de tratamiento jurídico penal.

Los delitos funcionales, por lo general, no están conminados con penas extremas, si, en cambio con sanciones estatales intermedias o mínimas. Así, no encontramos ningún delito de función que tenga pena de cadena perpetua, pena privativa de libertad de treinta y cinco o de veinticinco años, a diferencia de lo que sucede en contadas legislaciones penales extranjeras. En cambio, en los delitos comunes, para un robo cometido por dos o más personas, las sanciones punitivas pueden llegar, en su pena temporal, hasta 30 años de privación de libertad. Los delitos funcionales más severamente castigados son la colusión agravada (artículo 384, segundo párrafo) y el delito de cohecho pasivo específico (artículo 395), que tienen penas privativas de libertad que oscilan entre los 6 a 15 años, y el delito de enriquecimiento ilícito agravado (artículo 401) cuya sanción conminatoria puede ser de 10 a 15 años en su modalidad agravada.

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

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

4. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁZQUEZ, Manuel. «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber». *Revista Peruana de Ciencias Penal,* Tomo 17. Lima, 2005, pp. 19-51.

ARISMENDIZ ANAYA, Eliu. Autoría y participación en los delitos especiales de infracción de deber. A propósito de la Casación 558-2016, Lambayeque. *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 106, abril 2018. Lima: Gaceta jurídica, pp. 59 a 87.

BACIGALUPO Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el derecho penal. En *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*. 2.ª ed. Tomo II. Lima: Gaceta jurídica, 2015.

CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. El estado actual de la teoría de infracción del deber en los delitos contra la Administración Pública. *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 91, enero 2017. Lima: Gaceta jurídica, pp. 135 a 152.

CARO JOHN, José Antonio. «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber». En HURTADO POZO, José (Ed.). *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, Universidad de Friburgo / Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 87-106.

CRAMER, Peter, HEINE. Straftaten im Amt. En SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar (Neunundzwanzigster Abschnitt)*, 25Auflage, C. H.Beck, München, 1997, pp. 2255-2336.

FIGUEROA ORTEGA, Yván. *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Dykinson, 2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer, 2006.

HEINE, Günter und EISELE, Jörg. Straftaten im Amt. En SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Hörst. *Strafgesetzbuch Kommentar (DreiBigster Abschnitt)*, 30 Auflage, C. H.Beck, München, 2019, pp. 3213-3316.

KINDHÄUSER, Urs. «Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho». En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 14, Santiago de Chile, 2011. Versión en línea: <bit.ly/1ovnUzi>.

JABOBS, Gunter. *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997. (pp. 791 -1009).

OSSANDÓN, M.ª Magdalena. Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal. *Política Criminal*, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, N.º 1, CEDEP, Talca (Chile), 2006, pp. 1-22. Versión en línea: <bit.ly/19Xm1rP>.

RESTON, María Inés. *Los delitos de infracción de deber ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?* Buenos Aires: IB de F, 2014.

RODRÍGUEZ PUERTA, M José. Los delitos especiales y la teoría de la participación. Una crítica al alcance y aplicación del art. 65.3 CP. En MORALES PRATS, Fermín; M. TAMARIT SUMALLA, Josep; GARCÍA ALBERT, Ramón; (coordinadores), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 441-456.

ROJAS VARGAS, Fidel, El *extraneus* en el delito de cohecho pasivo: Inicial aproximación al rol y ubicación dogmático-penal de los terceros en los delitos especiales propios, en Fidel Rojas Vargas, *Derecho penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*, Gaceta jurídica, Lima, 2013.

ROSALES ARTICA, David. El concepto de autor desde la perspectiva del delito de infracción de deber. *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 70, abril 2015. Lima: Gaceta jurídica, pp. 79-114.

RUEDA MARTÍN, M. Ángeles. La participación de *extranei* en un delito especial en el Código Penal español. Revista Peruana de Ciencias Penales (Director: José Urquizo Olaechea). Tomo 25. Lima: SIJ Fondo Editorial, Instituto de Derecho Penal, 2013, pp. 549-589.

RUEDA MARTÍN, M. Ángeles. Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (Director José Urquizo Olaechea), Tomo 12. Lima: Idemsa, 2002, pp. 419-456.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* 9.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal,* 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006 (Seite: 339-340).

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Autoría en los delitos de infracción de deber (fundamentos filosóficos-normativos y formas de autoría). En *Dogmática actual de la autoría y participación criminal* (coordinador Nelson Salazar Sánchez). Lima: Idemsa, 2007.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, 2002.

STRADER, Kelly J. *Understanding White Collar Crime*, Third Edition, Lexis Nexis, San Francisco, 2011.

Capítulo tres

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

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

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

En este contexto, el derecho penal no suple ni sustituye las insuficiencias de la Administración pública. No es su tarea. El derecho penal trabaja con mínimos que deben asegurar la funcionalidad de la Administración pública. El derecho penal está para proteger la buena administración pública, para protegerla penalmente. De allí entonces que **en el derecho penal se protege a la Administración** de los funcionarios públicos infractores, se protege a la administración contra los particulares que han lesionado o puesto en peligro los valores propios de la administración pública.

2. EL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

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

- Una *lectura orgánica o subjetiva* nos dirá que la Administración pública es una **institución global**, conformada por diversos órganismos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos, oficios, funcionarios y servidores públicos.
- Una *lectura objetiva o funcional* determinará que se trata de un **conjunto de actividades** desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos que realizan así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos.
- Una *lectura teórica o gnoseológica* señalará que la Administración pública es la ciencia que tiene como objeto de estudio la planeación y dirección de todo lo relacionado con el sector público.

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

La concepción objetiva o funcional sí propiamente es la que se relaciona con la noción de bien jurídico protegido en el ámbito penal.

La administración, como bien jurídico protegido, significa la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Conjunto de actividades funcionales o de servicio público que le da un contenido material y sentido de orientación a dicha administración y que vincula al Estado o al orden público en general con la sociedad;

b) Cumplimiento de deberes funcionales por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la nación;

c) Conjunto de principios y valores que vinculan positivamente la Administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permite especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, transparencia, patrimonio público, etc.

La lesión, o colocación en situación de peligro, del bien jurídico genérico *Administración pública* supone la vulneración de los dos últimos componentes ya citados y un trastocamiento del primero al alterarse el sentido y el contenido prestacional de las funciones y servicios públicos. Los delitos contra la Administración pública son la **negación de los deberes funcionales** asumidos por los sujetos públicos al acceder a la función o servicio, con prescindencia de la fuente o el título. Con ellos se ejecutan y consuman comportamientos contrarios a los deberes de función.

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

En tanto objeto de protección penal, la Administración pública es un **bien jurídico de naturaleza institucional**, entendida esta por diferenciación con otros bienes de naturaleza personal (la integridad física, el honor) o colectivo (el ambiente).

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

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública. 16. [...] [No] solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que «**la democracia representativa**, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, **exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio**» (las negritas son nuestras).

Exp. N.º 00017-2011-PI/TC [caso Inconstitucionalidad de la Ley N.º 29703], del 03-05-12, FJ 16. Tribunal Constitucional.

3. LA FUNCIÓN PÚBLICA

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

Poseedora de una naturaleza esencialmente dinámica y objetiva, la función pública puede definirse descriptivamente como el **conjunto de macroactividades** que desarrollan los **fines del Estado** y acercan a este con la sociedad y sus necesidades. Dependiendo del ámbito donde se desarrolle, puede haber función pública *interna* y *externa*, siendo la más importante y decisiva la segunda, pues es la que se proyecta a la población civil. Puede tratarse, asimismo, de funciones **de poder** y funciones **de Estado**. Las primeras definen las clásicas funciones legislativa, ejecutiva y judicial (en las cuales se suele distribuir el poder del Estado), mientras que las funciones de Estado hacen mención al conjunto de actividades diseñadas a efectos de cumplir con los cometidos de servicio a la nación y a la sociedad (funciones educativa, diplomática, económica, municipal, etc.).

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

i) Un marco legal y constitucional que define su finalidad alcances y limita sus atribuciones;

ii) El factor humano profesional (los funcionarios y servidores públicos), que es el encargado de concretar los grandes planes y modelos de función, y

iii) Una orientación siempre teleológica; vale decir, que mira desde el presente hacia delante con cada aplicación de planes funcionales.

Los funcionarios y servidores públicos son las piezas fundamentales para hacer de la función pública una actividad destinada al servicio del Estado y la población en un país o conjunto de países. Los servidores son quienes, por lo general, aplican los planes funcionales y están en una relación directa y de inmediatez con los destinatarios de las funciones y servicios públicos.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTÍCULO I. Definición de función pública. 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.

4. LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

Los conceptos **funcionario** y **servidor público** son de importancia capital al estudiar los delitos contra la Administración pública, pues constituyen el punto de partida de la tipicidad objetiva de los delitos de infracción de deber, cometidos por funcionarios públicos. A partir de lo que se entienda por *funcionario público* se pueden construir teorías ajustadas al principio de legalidad, realizar extensiones o ampliaciones permitidas por el ordenamiento jurídico o incurrir en rebasamientos inaceptables para un ordenamiento jurídico respetuoso de los logros del derecho penal liberal o social democrático y, por lo mismo, del Estado de derecho.

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

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

4.1. Concepto administrativo

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

Estos componentes son tres:

a) **El título, válido por su origen y formalidad.** El título que le otorga condición pública al sujeto puede provenir:

   i) **Por elección popular directa** (presidente de la República y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, gobernadores regionales) o **indirecta** (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, ahora Junta Nacional de Justicia, fiscal de La Nación, presidente de la Corte Suprema, etc.);

   ii) **Por nombramiento** o designación formal (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera, y

   iii) **Por disposición legal**, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas.

b) **El proceso de formalización del título.** Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, con los que se produce la incorporación del sujeto público a la Administración pública.

c) **La asunción efectiva del cargo**, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo, material y formal de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*.

d) **Otros requisitos no determinantes** se aúnan al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto.

4.2. Concepto penal

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

i) En primer lugar, a través de específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad (artículo 386 CP: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores curadores y albaceas; artículo 392 CP: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodien dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social).

ii) Mediante el inciso tercero del artículo 425 CP, que en una cláusula general considera funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del

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

Es mediante dichas ampliaciones de tipicidad normativa que se construye el **concepto penal de funcionario público** que, como se verá, prescinde del componente «título válido» desde la perspectiva administrativa, pues no hay ni elección ni nombramiento, tan solo equiparación normativa político criminal a través del Código Penal o, en su defecto, relación contractual (caso del inciso tercero del artículo 425). Como podrá advertirse, las equiparaciones establecidas por los artículos 386 y 392 solo cubren los delitos a que remiten dichos dispositivos, es decir, colusión desleal y patrocinio indebido de intereses particulares (art. 386) y peculado con malversación de fondos (art.392), respectivamente. Las equiparaciones de los artículos 386, 392 y 425.3 son para estrictos fines penales, y no tienen alcances administrativos, es decir, no crean funcionarios públicos ni servidores.

4.3. El concepto penal internacional anticipado

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

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTÍCULO I. Definición de funcionario público. Para los fines de la presente Convención, se entiende por:
[...]
"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

JURISPRUDENCIA

Conforme a la Convención Interamericana contra la Corrupción, la condición de funcionarios públicos de los bomberos acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible. III. [...] **3.1.** [...] **2)** Cabe indicar anteladamente que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo I define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos», indicando que se entiende como 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» [...].

Exp. N.º 032-2006, sentencia de fecha 7 de enero de 2010, FJ III.3.1. Tercera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima.

Fundamentalmente, y en lo que a nuestra materia interesa, la lectura realizada por la Convención Interamericana se caracteriza por haber ofrecido a los países firmantes una definición que hace extensiva, para estrictos intereses de persecución penal por delitos de

corrupción funcional, las calidades de funcionario público a los que hayan sido simplemente seleccionados, designados o elegidos para desempeñar actividades o funciones públicas.

Como se advertirá, el concepto penal interamericano prescinde de los requisitos administrativos de la investidura y de la asunción del cargo, pero potencia al primer componente «título valido», para lograr más efectividad de la tutela penal en delitos de corrupción, con la particularidad que incluye a los simplemente seleccionados, que no es propiamente un título formalmente válido, sino más un concepto material.

Este adelantamiento o anticipación de la tipicidad que se colige del concepto mismo puede resultar debatible en el extremo de la selección como factor que atribuye calidad funcional equiparada al agente, pero lo que sí resulta de consenso es el dato objetivo que la realidad ofrece al respecto, y que consiste en el hecho de que entre la elección —nombramiento e investidura— y la asunción efectiva del cargo se presenta, en la mayoría de los casos, un tiempo apreciable en el cual no puede ingresar el derecho penal para sancionar al agente electo o designado que incurre en actos de corrupción, pues los tipos penales de corrupción y mal manejo de fondos han sido redactados en la legislación penal nacional (y, por lo general, también en la legislación occidental comparada) en tiempo presente a la realización de actos de función o de servicio público, no involucrando tipicidad por tales ilícitos en fase previa al ejercicio del cargo.

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

a) Su carácter de vinculación directa, de tal forma que se aplique sin necesidad de incorporación de la normativa de la Convención Interamericana al Código Penal.

b) Haber considerado la «selección» como un factor de ampliación de tipicidad normativa.

c) La coherencia intrasistemática de dicha conceptualización, si es que se toma en cuenta que en los artículos de la Convención destinados a ofrecer tipificaciones sobre los actos de corrupción se exige en todos ellos ejercicio del cargo.

4.4. El concepto de funcionario internacional

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

El inciso b), del artículo 2 de dicha Convención señala que por **funcionario público extranjero** «se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública». El inciso c) del mismo artículo, precisa que por **funcionario de una organización internacional pública** «se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre»; Por lo que dicha clases de funcionarios constituyen elementos normativos de base internacional.

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

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTÍCULO 2. ***Definición de funcionario público.*** A los efectos de la presente Convención:

a) Por «funcionario público» se entenderá: **i)** toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; **ii)** toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; **iii)** toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

Mediante Ley N.º 29703 (10 de junio de 2011) y Ley N.º 29316 (14 de enero de 2009) se incorporó al Código Penal los delitos de cohecho internacional pasivo (art. 393-A) y Cohecho (soborno) internacional activo (art. 397-A), respectivamente, tipos legales que han sido objeto de modificaciones en su redacción. El **delito de cohecho internacional pasivo**, en su redacción actual (Decreto Legislativo 1243 del 22 de octubre de 2016), establece que el «funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario

de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa» (artículo 393-A del CP, conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013). Por su parte, el delito de soborno internacional activo (art. 397-A) ha sido igualmente modificado por el mismo Decreto Legislativo.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los **delitos de dominio** o comunes (hurto, robo, homicidio, etc) se aplica en todo su rigor y extensión las formulaciones legales y doctrinarias establecidas sobre las diversas clases de autoría (simple directa o mediata, coautoría básica-sucesiva-aditiva), y participación (determinación y complicidad primaria o secundaria), sin que se tenga que acudir a excepciones para dotar de razonabilidad a los títulos de imputación por el aporte o contribución de los agentes del delito. Cabe recordar que tanto autoría y participación son títulos de imputación personalizada que el Código Penal reserva a quienes con sus actos ejecutan, consuman, inducen o contribuyen a la preparación-ejecución-consumación del delito. Los delitos de dominio son llamados así porque en ellos el sujeto activo es considerado amo y señor del acontecimiento típico, sin que se halle vinculado por normas jurídicas previas con el bien jurídico, delitos que se guían por la tesis del dominio del hecho (autores) y de la accesoriedad limitada (partícipes).

En cambio, en los **delitos de infracción de deber**, específicamente, en los funcionariales, es donde se aprecia la insuficiencia de la teoría del *dominio del hecho*, que fundamenta la autoría-coautoría. Teoría de la **infracción de deber**, que en determinados casos llega a prescindir del dominio material del hecho para explicar la autoría del funcionario o servidor público. Esto es, que no siempre el funcionario público tiene necesidad de ejecutar materialmente (en forma directa) el delito, sea, por ejemplo, un cohecho o peculado, sino que son terceras personas —particulares o desvinculados por cualidad especial—, quienes pueden llegar a dominar el decurso del *iter criminis*, pero en un escenario de dominio final por parte del sujeto público vinculado con la Administración pública, dado que los delitos de infracción de deber no se restringen al mundo de la sola infraccionalidad administrativa, sino que requieren de los plus o componentes normativos o descriptivos de los tipos penales especiales.

5.1. Reglas generales para los delitos funcionariales

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

a) Por regla general, **autor** es **solo quien reúna la calidad de funcionario o servidor público** desde una perspectiva administrativa o penal.

b) Sin embargo, ya de modo concreto, no basta ser funcionario o servidor, sino que **deberá tratarse de agentes públicos que se hallan ejerciendo las atribuciones del cargo**, función, comisión o servicio que por ley o reglamento les corresponde. Por lo tanto, no cometen delitos de infracción de deber quienes estén temporal o accidentalmente fuera de la función o servicio.

c) En los casos en los cuales se restrinja al máximo la autoría, por existencia en el tipo de intensas relaciones funcionales, como sucede por ejemplo en el delito de peculado doloso (art. 387), en el cual se exige vinculación por razón del cargo con el objeto material del delito, o también en el caso del delito de colusión desleal (art. 384), que requiere que el funcionario o servidor intervenga, directa o indirectamente, por razón de su cargo, en la contratación, concepción u operación. En tales situaciones **solo será autor quien reúna tales concretas exigencias de tipicidad** objetiva funcional, donde la relación funcional se convierte en elemento decisivo de la tipicidad del ilícito penal.

d) En los casos en los que el tipo contemple como sujeto activo únicamente al funcionario público, **solo este será autor**, excluyendo al servidor público. Por ejemplo, en abuso de autoridad (art. 376).

e) **No cabe admitir la hipótesis de autoría mediata de funcionario ni de un particular o *extraneus* en el delito funcionarial**; en este segundo caso, porque en el particular no concurren las condiciones normativas de funcionario o servidor. Pese a que material u objetivamente el particular instrumentalice al sujeto público, dicho fenómeno será irrelevante a efectos de considerar al particular o *extraneus* como autor mediato de delito funcional. Se trata, por cierto, de un caso no regulado en la ley y, por lo tanto, atípico bajo dicha formulación en el contexto de los delitos funcionales, no pudiendo reconducirse el hecho por los cauces de la determinación o inducción por tratarse de situaciones distintas, siendo debatible la complicidad.

f) La coautoría por regla general no es admisible, con fundamento en la tesis que los deberes y atribuciones funcionales son personalísimos. Sin embargo, dependiendo del caso concreto

cabe aceptar dicho título de imputación, cuando dos o más funcionarios comparten el mismo ámbito específico de atribuciones con un dolo común; supuesto en el cual a la violación de deberes se le suma un control fáctico con dominio final. Todo esto supone como mecanismo racionalizador la posibilidad de evitar la realización del ilícito, que condiciona el éxito del mismo al aporte de cada coautor. La coautoría en delito funcionarial con restricción de autoría solo se producirá tomando en cuenta estrictamente la vinculación funcional que posea cada coautor. Si alguno de los funcionarios que aporta actos no posee dicha vinculación, no podrá tratarse de un coautor, sino de un cómplice.

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

g) En el ámbito de la participación, el determinador o inductor de un delito de función puede ser tanto un particular o un funcionario no vinculado. **Para calificar el título de imputación por determinación** o instigación (términos sinónimos) **no se requiere la calidad de funcionario o servidor público**. En el caso de producirse determinación a cometer un delito de función, responderán a título de *autor* del delito el funcionario o servidor que lo consuma o ejecuta y como *determinador* el inductor —denominado también «hombre de atrás»— que forma la voluntad criminal.

Hay instigación cuando el particular induce a la esposa de un funcionario público para que esta, a su vez, induzca a su esposo a cometer delito de cohecho.

h) En el segundo nivel de la participación, el de la complicidad, caracterizada por la contribución al delito mediante aportes que no ejecutan ni consuman el mismo, sino que tan solo contribuyen a su ejecución o consumación, al igual que en

la inducción, **cualquier persona puede ser cómplice**, ya sea otro funcionario o servidor público, como un particular.

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

Domina en la doctrina penal contemporánea, e igualmente en la jurisprudencia, para efectos de interpretar la participación y, especialmente, la complicidad, la tesis de la **unidad de la imputación**, según la cual quien colabora con el autor (funcionario o servidor público que es quien comete el delito funcionarial), mediante aportes secundarios durante la fase ejecutiva y hasta en la consumación (cómplice secundario) o aportes decisivos en fase previa a la ejecutiva (cómplice necesario o primario), responderá penalmente en el marco del delito que cometió o tentó el autor, es decir, por el mismo delito de infracción de deber, sea este peculado, cohecho o abuso de autoridad, solo que el título de imputación personal será de cómplice secundario o primario y, por lo mismo, dicha persona se hará merecedora —en el primer caso— de pena menor.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en distintas ejecutorias:

JURISPRUDENCIA

Tesis de la ruptura del título de imputación. Segundo. [Aun] siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial propio, en este caso es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen

el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe.

R. N. N.º 2976-2004-Lima, del 30-12-04, FJ 2 (voto de los señores vocales supremos San Martín Castro, Barrientos Peña y Lecaros Cornejo). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 375-2004-Ucayali, del 11-10-04, FJ 3. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 1813-2003-Lima, del 14-11-03. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 3203-2002-Lima, del 14-01-03, FJ 3. Sala Penal de la Corte Suprema.

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

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Autoría. Delitos de infracción de deber. Conceptualización. 9. [...] Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales [...] que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—; El autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un *status* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. **10.** Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración pública, sin perjuicio —claro está— de los dife-

rentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. **11.** Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del "*extraneus*" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de 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. **12.** Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—; Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 del CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116, del 06-12-11, FFJJ 9-12 [hay que precisar que solo los FFJJ 16-19 son considerados doctrina legal]. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

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

EJEMPLO

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

Ambas tesis han sido sostenidas en algunas ejecutorias de la Corte Suprema:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Tesis de la ruptura del título de imputación. 10. El artículo 26 del Código Penal [...] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación [...]. Esto significa que en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos y, de hecho, el disvalor de la conducta está en función de esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. **11.** Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal [...] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

Casación N.º 782-2015-Del Santa, del 06-07-16, FFJJ 10 y 11 [que establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los FFJJ 2 al 13]. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIAS

Teoría de la ruptura del título de imputación. Al *extraneus* no se le puede imputar el delito de función a título de complicidad en los delitos cometidos por funcionarios públicos, dado que el *extraneus* es ajeno a la Administración pública. Segundo. [Se] estima que al no tener los citados encausados en esa oportunidad la calidad de funcionarios públicos, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, no se les puede imputar el delito de función a título de complicidad en los delitos de colusión y peculado, dado que el *extraneus* es ajeno a la Administración pública; carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto *extraneus*, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad (*Cfr.* Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima, 2002, p. 620). Conforme esta tesis, los *intranei* y *extranei* deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación, esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad; en particular del artículo 26 del Código Penal peruano en la que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes. Además, debe considerarse que la interpretación de los alcances de dicho artículo debe ser restrictiva y limitada a fijar el ámbito de punibilidad de los autores, dicha interpretación extensiva y socorrida por la doctrina extranjera, además de ilegal de cara al ámbito legal peruano, puede ser engañosa. En este sentido, hay que tener en consideración que en la legislación comparada se da otra situación, porque son otros los supuestos legislativos que comentan. Así, Maurach, comentando el artículo 28 del StGB alemán dice que «puesto que la participación es una colaboración en un hecho

ajeno, también la participación de sujetos extraños en delitos especiales debe ser limitadamente posible» (Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Ed. Ariel S. A., Barcelona 1962, p. 329). En el mismo sentido se pronuncia Jescheck, partiendo como es obvio del mismo aparato legislativo, cuando afirma que en los delitos especiales propios la participación carece de limitación (Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Granada: Ed. Comares, 1993, p. 241). En el modelo español, el artículo 65, inciso 1, de su Código Penal de 1995, señala que si las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe, se rompe el título de la imputación en general. Respecto en cambio del delito especial propio —el de funcionario *v. gr.*— la doctrina española no ha resuelto el problema. Así lo insinúa Santiago Mir Puig cuando interroga: ¿Ha de castigarse con la pena más grave correspondiente en la participación en el delito del funcionario o solo con la pena señalada al delito del particular? (Mir Puig citado por Villa Stein. *Derecho Penal. Parte general*. 2.ª edición. Lima, 2001, p. 332). La ley peruana en cambio, en el artículo 26 del Código Penal elige claramente la ruptura del título de la imputación, de donde surge que las cualidades del autor, las circunstancias comprometedoras no se comunican al partícipe —principio de incomunicabilidad—; Conforme este criterio, en la ley peruana en materia de delito especial propio —de infracción de deber— las cualidades del sujeto activo no se comunican al *extraneus* (Villa Stein. Ob. cit., p. 331). En el presente caso, el aporte de estos encausados (*extranei*) constituiría, de darse los elementos de tipo subjetivo correspondiente, un delito contra el patrimonio en su modalidad de receptación, previsto en el artículo 194 del Código Penal, respecto del cual, al no ser objeto de imputación, no se puede expedir pronunciamiento. En este sentido, se pronuncia Fidel Rojas Vargas cuando dice que: El Código Penal vigente no ha normativizado expresamente la situación jurídico penal de los terceros llamados hombres de paja, testaferros o personas interpuestas (particulares, allegados o extraños, pero vinculados con el sujeto activo), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado de enriquecimiento logrado por estos; supuesto de hecho en el que responderán por delito de encubrimiento o receptación según cuales sean las particularidades del caso y de concurrir las exigencias de tipicidad subjetiva» (Op. cit., p. 625).

R. N. N.º 18-2008-Huancavelica, del 05-06-08, FJ 2. Voto singular del magistrado Dr. Javier Villa Stein, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Aplicación de la tesis de la ruptura de la imputación. Noveno. Que, asimismo, esta diferenciación en la participación del acusado, se aplica en concordancia con lo establecido en el artículo 26 del Código Penal vigente, que ha optado por la tesis de la ruptura del título de la imputación, señalando que las cualidades del autor y partícipes, y las circunstancias comprometedoras no se comunican a los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, en virtud del principio de incomunicabilidad.

R. N. N.º 4627-2007-Lima, del 14-04-08, FJ 9. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

La reforma del artículo 25 del Código penal ha traído una solución bastante inusual técnicamente, al optar legislativamente por la tésis de la unidad del título de imputación. En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1351 (7-01-2017) precísa que: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él». Solución debatible.

5.3. Complicidad primaria y secundaria

En el tema de la complicidad en delito funcionarial puede producirse **complicidad secundaria** cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, eje-

cución o consumación del delito. En este contexto de acción pueden aportar accesoriamente tanto otro funcionario o servidor público como un particular. En el caso del particular o *extraneus*, por más decisivas que sean sus contribuciones durante la fase ejecutiva o de consumación del delito, no podrá ser jamás coautor.

EJEMPLO

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

Tratándose del funcionario no vinculado funcionalmente que colabora, de llegar a adquirir sus aportes una calidad decisiva en la ejecución consumación del delito, ya que sin ellos el delito no se habría podido cometer, pese a ello no adquirirá la calidad de autor ni coautor. La necesidad de precisar bien si los delitos especiales exigen o no estricta vinculación funcional resulta determinante. Funcionario vinculado, por más que sus aportes no sean decisivos será siempre autor, o en casos muy puntuales coautor, dado que en él recae la infracción del deber.

La **complicidad primaria** en delitos funcionariales se producirá, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser *colaborador necesario* o *primario cualquier funcionario*, servidor público o un particular. Temática sin embargo sujeta a polémica.

No puede existir ya colaboración una vez que el delito se consumó. Todo acto ulterior a la consumación es irrelevante penalmente a

efectos de responsabilizar por el delito cometido, tanto para el autor o para otra persona. Queda solo la posibilidad de imputar receptación o encubrimiento, de estar imbuidos estos comportamientos provistos de tipicidad dolosa.

6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

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

Así, el Título XVIII contiene dos capítulos:

— Capítulo I, Delitos cometidos por particulares (comprende los artículos 361 al 375).

— Capítulo II, Delitos cometidos por funcionarios públicos (comprende los artículos 376 al 401-B).

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

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

Cuadro N.º 4

Delitos contra la administración pública cometidos por particulares

A. Usurpación de autoridad, títulos y honores	— Usurpación de funciones o mando militar (art. 361). — Ostentación indebida de función, grado académico, título profesional u honores (art. 362). — Ejercicio ilegal de profesión (art. 363). — Suscripción indebida de trabajo otorgada por profesional (art. 364).
B. Violencia y resistencia a la autoridad	— Atentado-coacción contra autoridad, funcionario o servidor público (art. 365). — Atentado-coacción específica contra funcionario o su asistente (art. 366). — Atentado-coacción agravada (art. 367). — Desobediencia o resistencia a la autoridad (artículo 368). — Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión (art. 368-A). — Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión (art. 368-B). — Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios (art. 368-C). — Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (art. 368-D). — Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (art. 368-E). — Violación de fueros de autoridad (art. 369). — Violación de distintivos oficiales (art. 370). — Incumplimiento de deberes procesales (art. 371). — Violación de medios de prueba (art. 372). — Sustracción de objetos requisados (art. 373). — Perturbación en recintos públicos (art. 375).
C. Desacato	Por efecto de la Ley N.º 27975 del 29 de mayo del 2003 (que derogó el art. 374º que regulaba el desacato ofensivo). El rubro delictivo del desacato, que contenía dos especies delictivas, ha quedado únicamente con el tipo de desacato mediante desorden (art. 375).

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

Cuadro N.º 5

Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos

A. Abuso de autoridad	— Abuso genérico de autoridad (art. 376). — Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (art. 376-A). — Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (art. 376-B). — Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (art. 377). — Delito de denegación o deficiente apoyo policial (art. 378). — Requerimiento ilegal de la fuerza pública (art. 379). — Abandono de cargo (art. 380). — Nombramientos ilegales (art. 381).
B. Concusión	— Concusión propia (art. 382). — Exacción ilegal (art. 383). — Colusión simple y agravada (art. 384). — Patrocinio ilegal de intereses particulares (art. 385). — Extensión de punibilidad a particulares (art. 386).
C. Peculado	— Peculado doloso básico o simple (art. 387, primer párrafo). — Peculado doloso agravado por la cuantía (art. 387, segundo párrafo). — Peculado doloso agravado por el destino de los bienes (art. 387, tercer párrafo). — Peculado culposo básico (art. 387, cuarto párrafo). — Peculado culposo agravado (art. 387, cuarto párrafo, *in fine*). — Peculado de uso (art. 388). — Malversación de fondos básica o simple (art. 389, primer párrafo). — Malversación de fondos agravada (art. 389, segundo párrafo). — Demora injustificada de pagos (art. 390). — Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (art. 391). — Peculado y malversación extensiva o impropia (art. 392).

D. Corrupción de funcionarios	— Cohecho pasivo propio (art. 393). — Cohecho pasivo internacional (art. 393-A). — Cohecho pasivo impropio (art. 394). — Cohecho pasivo propio específico (art. 395). — Cohecho pasivo propio policial (art. 395-A). — Cohecho pasivo impropio policial (art. 395-B). — Cohecho pasivo específico de secretario o auxiliar de justicia o analogo (art. 396). — Cohecho activo genérico (art. 397). — Cohecho activo transnacional (art. 397-A). — Cohecho activo específico (art. 398). — Cohecho activo policial (art. 398-A, primer párrafo). — Cohecho activo policial propio (art. 398-A, primer párrafo). — Cohecho activo policial impropio (art. 398-A, segundo párrafo). — Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399). — Tráfico de influencias (art. 400). — Enriquecimiento ilícito (art. 401).

Como podrá apreciarse, existen algunas incongruencias en las clasificaciones que contiene el Código Penal, sobre todo, en la inclusión del tipo penal de tráfico de influencias y los tipos de cohecho activo en el capítulo reservado a los delitos cometidos por funcionarios públicos, en la medida en que dichos delitos pueden ser realizados por cualquier persona y no restrictivamente por funcionario o servidor público.

7. BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai y Meini, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima: ARA editores. 2010.

Arismendiz Amaya, Eliu. Autoría y participación en los delitos especiales de infracción de deber: a propósito de la casación 558-2016-Lambayeque, *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 106, 2018. Lima: Gaceta jurídica, pp. 59 a 87.

Baño Leon, José. Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa. En *Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial, Delitos de los funcionarios públicos*. Madrid, 1994.

Bregaglio Lazarte, Renata. La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal. En Montoya Vivanco, Yvan (Ed.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

Cabrera Vásquez, Marco y Quintana Vivanco, Rosa, *Introducción al estudio de la función pública*. Lima: Sagsa, 1988.

Castañeda Rojas, Alvaro Abilio. Autoría y participación en los delitos especiales, en *RAE Jurisprudencia Autoría y participación*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

De La Mata Baranco, Norberto. La participación del funcionario púbico en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. En Adela Asua Batarrita. *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

Donna, Edgardo Alberto. El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal del Perú. *Revista peruana de ciencias penales* (Director José Urquizo Olaechea). Tomo 11. Lima: Idemsa, 2002.

Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*. 3.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

Fandiño Gallo, Jorge Eliécer. *La participación ciudadana en la administración pública*, Bogotá: Leyer, 2004.

Fiorini, Bartolomé. *Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

García Cavero, Percy. «Responsabilidad penal del partícipe *extraneus* en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos». En Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista, 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal.* Madrid: Universidad de Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación.* Madrid: Akal, 1996.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel y MELENDO PARDOS, Mariano (coordinadores). *Tutela penal de las administraciones públicas.* Madrid: Dykinson, 2013.

MAYNTZ, Renate. *Sociología de la administración pública.* Madrid: Alianza Editorial, 1995.

MERTEHIKIAN, Eduardo. *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema.* Buenos Aires: Editorial Abaco, 2001.

OLAIZOLA FUENTES, Inés. Concepto de funcionario público a efectos penales. En Adela Asua Batarrita. *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos.* Madrid: Dykinson, 2000.

PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación.* Lima: Grijley, 2009.

PARIONA ARANA, Raúl. Participación en los delitos especiales. En *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera.* Lima: Ara, 2006.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. El concepto penal de funcionario público. En *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 27. Madrid, 1985, pp. 506 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La participación en los delitos especiales.* Barcelona: Editorial Cymys, 1974.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. *Revista Peruana de Ciencias Penales,* Número 25, USJ Fondo Editorial Instituto de Derecho Penal, Lima, pp. 527 a 548.

Rojas Vargas, Fidel. A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público. En Fidel Rojas Vargas. Derecho penal. *Estudios fundamentales de la parte general y especial.* Lima: Gaceta jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel. El concepto penal anticipado de funcionario público en la lucha contra la corrupción funcional: a propósito del adelantamiento de punción. En Fidel Rojas Vargas. Derecho penal. *Estudios fundamentales de la parte general y especial.* Lima: Gaceta penal, 2013.

Rojas Vargas, Fidel. La interpretación teleológica: a propósito del artículo 40 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 425 del Código penal vigente (la calidad imputable de los funcionarios y servidores públicos de las empresas del Estado). En Fidel Rojas Vargas, Derecho penal. *Estudios fundamentales de la parte general y especial.* Lima: Gaceta penal, 2013.

Rueda Martín, Ángeles. Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En Heydegger, Francisco R. (coord.). *Delitos contra la administración pública*, Lima: Idemsa, 2013.

Sánchez Morón, Miguel. *Derecho de la función pública*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.

Sesin, Domingo Juan. Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial (análisis jurisprudencial). Buenos Aires: Depalma, 1994.

Rosini, Bárbara. *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servicio e l'esercente un servicio di pubblica necessitá*. Padova: CEDAM, 1998.

Thompson, Dennis. *La ética pública y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona: Gedisa, 1998.

Urquizo Olaechea, José. Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública. *Revista de Ciencias Penales* (Director José Urquizo Olaechea). Tomo 12. Lima: Idemsa, 2002.

VALEIJE Inmaculada, Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública. En *Cuadernos de Política criminal*, N.º 62. Madrid: Edersa, 1997.

8. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, 2.ª ed. Lima: Palestra, 2002.

ALONSO PÉREZ, Francisco. Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo código penal. Legislación, comentarios, Jurisprudencia, Dykinson, 2000.

ASÚA BATARRITA Adela. *Delitos contra la administración pública.* Bilbao: Instituto Vasco de administración pública, 1997.

Benussi, Carlo. *I delitti contro la pubblica amministrazione.* T. I. Padova: CEDAM, 2001.

BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir.* Bogotá: Editorial Temis, 1965.

BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y jurisprudencia. Doctrina y jurisprudencia.* Buenos Aires: Mave Editor, 2001.

CATALÁN SENDER, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos* en el nuevo código penal (Doctrina y jurisprudencia). Barcelona: Editorial Bayer Hnos, 1999.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL. *Cuadernos de Derecho judicial. Delitos de los funcionarios públicos.* Madrid, 1994.

CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública.* Buenos Aires: 1981.

DELGADO GIL, Andrés. *Delitos cometidos por funcionarios públicos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

DIEZ-PICASO, Luis. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 1996.

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

ECHEVARRÍA, Marcelo H. *Delitos de los funcionarios públicos: Análisis de los artículos del Código penal español que integran el Título XIX Delitos contra la Administración Pública*. Madrid: Dykinson, 2019.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Delitos contra la administración pública en el código penal español de 1995. Consideraciones generales, Nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (director José Urquizo Olaechea), año IV, Tomo 7/8, Lima.

FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1995.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. 2.ª ed. Lima: Iuris editores, 2011.

GANZEMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA (coordinadores). *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, 1998.

GÓMEZ MENDEZ, Alfonso; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

MIR PUIG, Carlos. *Delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Barcelona: Bosch, 2000.

MOLINA ARRUBLA, Mario. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Dike, 1995.

NOLASCO VALENZUELA, José. *Delitos contra la administración pública*. Tomos I y II. Lima: ARA editores, 2013.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale. Parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffré, 1995.

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

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

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código penal*. Lima: Jurista Editores, 2015.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RICCIO, Stefano. *I delitti contro la pubblica aministrazione*. Torino: UTET, 1955.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, 2008.

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

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública*. Jurisprudencia penal. Lima: Jurista editores, 2004.

SALAZAR MARTÍNEZ, Eudocio Raúl. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Lima: Editorial San Marcos, 2015.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 55, Lima, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delitos de funcionarios: aproximación a su parte general. *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N.º 3, Las Palmas de Gran Canaria, 1999.

SEGRETO, Antonio y DELUCA, Gaetano. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffré, 1980.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2002.

VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Perú*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2002.

VÁSQUEZ, Fernando y PORTOMEÑE SEIJAS. *Los delitos contra la Administración Pública*. Teoría general, Instituto Nacional de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2003.

VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Editorial Comares, 2003.

Capítulo cuatro

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

(Artículos 376 al 381)

1. INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS GENERALES

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

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

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

La política penal nacional, con relación a los diversos delitos de abuso funcional susceptibles de comisión y que se encuentran regulados en el Código Penal, ha optado por concentrar determinados supuestos de hecho en la ya referida Sección Primera, así como por regular de modo difuso otras hipótesis de abuso a lo largo del Código Penal y bajo el marco normativo de distintos rubros penales. Así, por ejemplo, el delito de detención ilegal, que está regulado en el artículo 419, en el

capítulo dedicado a los «delitos contra la administración de justicia»; o el caso del delito de allanamiento ilegal, que se halla contenido en el artículo 160, en el título que se ocupa de los «delitos contra la libertad».

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

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

a) Los primeros caracterizados por su **descripción en términos genéricos** del comportamiento típico y de otros componentes, que puede que afecte el principio de taxatividad que debe poseer la norma penal especial, sin embargo, tienen la particularidad de permitir la incorporación en su tenor

significativo de una gran cantidad de comportamientos típicos. Estos delitos son los de abuso genérico de autoridad (art. 376) y el delito de incumplimiento funcional (art. 377).

b) Los segundos de redacción típica más cerrada son los **delitos de abusos específicos,** los mismos que se hallan regulados en los artículos 378 al 381 del Código Penal. Estos describen comportamientos de interés penal con mayor nivel de precisión. El artículo 381 señala lo siguiente: El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales [...]. Es claro que el tipo penal descrito es de naturaleza específica. Asimismo, el artículo 378 del Código Penal (cuya redacción estipula: El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido [...]) constituye otro claro ejemplo de delito de abuso nominado o específico, pues en ambos casos se entiende literalmente en qué consiste la arbitrariedad que comete el sujeto activo del delito.

Tanto los delitos de abuso de autoridad genéricos como los específicos tienen en sus modalidades básicas una pena mínima: que oscila entre dos días a tres años (art. 376-A) y pena máxima de seis años; penalidad mínima que se incrementa en las contadas modalidades agravadas. Rompe el esquema de intervención punitiva mínima el tipo penal 376-A (abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios) y 3776-B (Otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles) que registran penas que oscilan entre tres a seis años, y de cuatro a ocho respectivamente. Otras legislaciones penales determinan penas más elevadas; así, el Código Penal francés, por ejemplo, establece dos tipos de abuso: el abuso contra la Administración pública, que tiene una pena de hasta 5 años, y el abuso contra los derechos fundamentales, que llega a tener una pena de hasta 20 años.

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

En los delitos de abuso de autoridad la Administración pública es el sujeto pasivo, es decir, la entidad formal que sufre jurídicamente el agravio del comportamiento delictivo. Sin embargo, los ciudadanos o los colectivos sociales viene a ser los titulares materiales de los abusos, porque la conducta del funcionario abusivo, casi siempre, está dirigida al destinatario de la función o del servicio, repercutiendo así los abusos en los ciudadanos, en las empresas o en los colectivos sociales. Ese saldo del «casi» los sufren también otros funcionarios y servidores que pueden constituirse en titulares pasivos del agravio material del delito. En efecto, el abuso de autoridad también **puede proyectarse internamente de funcionario a servidor público** recibiendo el sujeto público infractor la misma penalidad. El legislador, en este punto, ha preferido no efectuar diferencias de criminalización ni de penalidad.

EJEMPLO

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

En los abusos de autoridad **no interesa la afectación del patrimonio público del Estado ni de los particulares**. En la realidad pueden producirse indirectamente estas afectaciones, pero ello no agrega ni resta contenido de tipicidad a las figuras de abuso de autoridad. Sucede, a veces, que cuando se denuncia por abuso de autoridad se enfatiza en exceso la afectación al patrimonio público, cuando este no es un elemento constitutivo de dicho delito, en el contexto de los artículos 376 al 381 del Código Penal. Esto nos revela que el énfasis de la norma penal en este punto radica en la existencia de la función o servicio y en el quiebre de las atribuciones y competencias más allá de la afectación patrimonial. Una clase de abuso con contenido patrimonial lo tenemos en el artículo 382, pero el legislador ha regulado dicho tipo penal especial en otro capítulo con *nomen iuris* diferente.

2. TENDENCIAS ACTUALES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

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

a) La **ampliación del círculo de autores** para comprender también como sujeto activo a los servidores públicos, en los sistemas jurídico-administrativos que establecen diferencias entre funcionarios y servidores. Para ello se parte del criterio de que lo que tiene que estar sometido a conminación penal por parte del código es el uso doloso de las atribuciones de las que gozan dichos agentes públicos en tanto supongan perjuicios para terceros conforme a las diversas hipótesis regladas de abuso (Colombia).

b) **Diferenciar** entre una fórmula legal de **abuso funcional que lesiona la Administración pública** y otro que **lesiona derechos fundamentales de la persona** (Francia), de forma tal que el titular del sujeto pasivo, agraviado con el comportamiento delictivo, no sea siempre el Estado o la Administración pública.

c) **Matizar la criminalización y penalización del abuso funcional** estableciendo modalidades agravadas y sujetas a elevada sanción penal (Francia). Esta opción de política penal parte de la consideración que debe existir una equiparación en los diseños políticos penales de forma que las penalizaciones elevadas no solo vayan al sector de los delitos comunes, sino también al de los delitos funcionales, tradicionalmente caracterizados por una mínima —a veces intermedia— intervención punitiva.

3. EL DELITO DE ABUSO GENÉRICO 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 conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 29703, publicada el 10-06-11. Anteriormente había sido modificado por la sétima disposición final de la Ley N.º 28165, publicada el 10-01-04)

3.1. Características

Nos encontramos ante un **delito especial propio o de infracción de deber**, por lo mismo, imposible de ser realizado a título de autoría por particulares e incluso —en el modelo nacional— por servidores públicos.

Dada su naturaleza de tipo genérico en el comportamiento típico, es también un delito que **no define cuál es el acto arbitrario**, por lo mismo posee naturaleza genérica o innominada, características de los tipos penales en los que su tipicidad es abierta, hallándose limitada tan solo por los otros indicadores de tipicidad objetiva.

Es una **figura penal genérica y también subsidiaria**, vale decir, que solo será aplicable al supuesto de hecho cuando las demás figuras legales de abuso concentradas o difusas en el Código o en leyes especiales, de existir estas, no resulten adecuadas, conforme a los principios de especialidad y absorción, para establecer relaciones de correspondencia por subsunción con el relato factico denunciado o investigado.

JURISPRUDENCIA

Tipo penal subsidiario y precisiones de tipicidad. El delito de abuso de autoridad genérico, contemplado en el artículo 376 del Código Penal, sanciona al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera es un tipo legal subsidiario, pues tiene lugar en tanto el acto concreto cometido por el agente no esté previsto específicamente en otra figura penal cometida por funcionarios. El acto debe ser objetivamente ilegal, y fundamentalmente, con conocimiento de que se actúa vulnerando la ley; el funcionario público; por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, ejerciendo un poder cuya ilegalidad conoce. Por otro lado, el abuso de atribuciones propio de la conducta típica se configura tanto cuando este excede los límites de su competencia, obrando fuera de los casos establecidos en la ley, así como cuando excede sus facultades discrecionales, es decir, con un fin distinto de aquel para el cual se le concedió dicho poder discrecional.

R. N. N.º 242-2012-Pasco Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Por lo general, la mayoría de abusos funcionales **suponen la existencia de una base administrativa previa en la cual se producen los comportamientos de infracción a la norma jurídica**, con quiebre de deberes, esto es, que el funcionario público violenta, inobserva, pasa por encima o caprichosamente sustituye, con su voluntad ilícita, lo que está obligado a cumplir. Este primer plano de infraccionalidad permite señalar que la intervención penal en este campo de abusos cumple una función de mínima intervención.

La primera regla de interpretación del delito de abuso de autoridad es que **solamente se reprime al funcionario no al servidor**. El intérprete no puede ir más allá de lo que la norma penal permite efectuando ampliaciones de autoría hacia los servidores públicos, con lo cual generaría incursiones arbitrarias. Lo cual no es obstáculo para que los servidores públicos sean considerados partícipes.

La segunda regla es, que para que se reprima al funcionario, este tiene que abusar de sus atribuciones, lo que significa que para que exista tipicidad, **el funcionario debe poseer la atribución de la que abusa y estar en capacidad legal de ejercerla**. Si la infracción que se le está imputando no forma parte de sus atribuciones, no podrá haber delito de abuso de autoridad. En tal orientación el intérprete debe determinar el marco de competencia funcionales del sujeto público y, específicamente, la concreta atribución que se le imputa y que habría infringido para configurar la ilicitud administrativa con contenido u orientación penal que servirá para integrar relevancia penal.

EJEMPLOS

El fiscal que caprichosamente detiene a una persona y lo lleva a una comisaría, y al llegar a esta, ordena que se la mantenga allí durante 24 horas, está cometiendo un abuso, pero no está configurando típicamente el delito de abuso de autoridad del artículo 376 del Código Penal, dado que no es su atribución la de detener a las personas. Si la policía acata lo dicho por el fiscal, sí incurrirá en el delito de abuso de autoridad; dado que se estará deteniendo a la persona sin motivo ni razón que justifique tal comportamiento, pese a que la policía nacional tiene facultades legales para detener a las personas. El fiscal habrá cometido un delito de coacción o secuestro en concurso real con inducción al delito de abuso de autoridad.

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

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

JURISPRUDENCIA

No constituye acto arbitrario la conducta del agente que se halla amparada por la ley o se sustenta en una decisión discrecional. Segundo. Según la acusación, se imputa a los acusados JCM y JRA, comisario y técnico de la delegación policial de Bocanegra, respectivamente, haber retenido el carné del Colegio de Abogados de Lima del agraviado YLC, por estar inhabilitado; así como supeditar la devolución a la entrega de unos anteojos; hecho ocurrido el 10 de diciembre de 2010. **Tercera.** Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...]. **Sexto.** Cabe acotar que no es un acto arbitrario la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión.

R. Q. N.º 17-2013-Callao, del 01-07-13, FFJJ 2, 3 y 6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

Exp. N.º 1971-92, del 12-05-93. Sala Penal de la Corte Suprema.

3.2. Bien jurídico protegido

El objeto de protección genérico de la norma penal busca **asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la Administración pública**. El bien jurídico específico consiste en asegurar que las funciones públicas y atribuciones concretas se ejerzan al margen de abusos de poder y con respeto a la legalidad. La norma penal trata así de optimizar un marco jurídico de ejercicio funcional que impida manifestaciones o exteriorizaciones abusivas de poder en las que podría incurrir el funcionario público. Se busca así asegurar que los actos internos y externos de los funcionarios públicos se sujeten a la observancia de la legalidad y la exclusión del abuso, así como igualmente proteger al ciudadano y los colectivos sociales de los abusos de poder del funcionario público.

JURISPRUDENCIAS

Bien jurídico protegido. Respecto del delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; b) la conducta abusiva presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre

dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, y c) que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración y, consiguientemente, determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente [...].

Exp. N.º 1897-2000, del 12-09-2000, Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

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

Exp. N.º 137-98, del 18-03-1998. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima.

Bien jurídico genérico. [E]l delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera.

Exp. N.º 7362-97, del 18-03-98, Sala Penal Nacional.

3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

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

— Elemento normativo.
— Abuso de atribuciones.
— Comisión u orden administrativa.
— Acto arbitrario.
— Perjuicio de alguien.

a. El funcionario público

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

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

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

Las **variedades específicas de funcionario público** susceptible de cometer el delito regulado en el artículo 376 son de todo orden: del gobierno central, de los gobiernos regionales, municipalidades, gobiernos locales, entidades autónomas, instituciones descentralizadas, poderes legislativo y judicial, Jurado Nacional de Elecciones, militares, policías, etc. Puede tratarse igualmente de funcionarios-autoridades, funcionarios de confianza (políticos, técnicos), gestión interna, de representación (diplomáticos, procuradores), de facto o provisionales (interinos, suplentes), *ad honorem*, remunerados, etc., a condición —estos últimos— que gocen de las facultades de poder inherentes al funcionario.

Deberá tratarse de un funcionario público en ejercicio, dotado de la competencia concreta que da cuenta de la infracción y que permite el abuso. Rige aquí el adagio que nadie puede abusar de la competencia que no detenta legalmente.

b. El abuso de atribuciones

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

EJEMPLO

Por ejemplo, un ministro de Estado no puede disponer el levantamiento de un cadáver; un juez no podrá solicitar pena o acusar a un ciudadano. Un presidente de la República es incompetente para ordenar un

allanamiento de domicilio, un procurador público no podrá negociar a nombre del Estado en las contrataciones públicas. Un funcionario del Ministerio del Ambiente no podrá incautar libros de contabilidad, ni un policía decidir un mandato de detención. En todos estos casos, dichos funcionarios carecen de las atribuciones legales para ello, aunque de facto pueden practicar dichas conductas, pero dicha práctica u orden es absolutamente irrelevante para denunciarles por abuso de autoridad, pudiendo tratarse de conductas tan diversas como coacciones, usurpación de funciones, secuestros, etc.

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

a) En primer lugar, la existencia previa y reglada de atribuciones que le dotan al sujeto público de las peculiaridades que le distinguen de otros funcionarios y de los servidores públicos. Atribuciones o competencias administrativas (en sentido amplio) reguladas en leyes, reglamentos, directivas, Manual de Funciones (MOF) o en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF).

b) En segundo lugar, el funcionario deberá abusar de dichas facultades poseídas legalmente, ya sea haciendo un mal uso de las mismas, esto es, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o ya sea extralimitándose en sus funciones actuando más allá de lo permitido, solicitado o requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento, sin que ello suponga invadir el marco reglado de atribuciones de otro funcionario, lo cual haría concursar el hecho con el delito de usurpación de funciones (art. 361 del Código Penal).

JURISPRUDENCIAS

Configuración del delito de abuso de autoridad. Cuarto. [El] delito de abuso de autoridad [...] se configura cuando un funcionario público realiza u ordena una conducta arbitraria, que rebasa sus atribuciones y competencia dadas a un funcionario público; situación que no se presenta en este caso, puesto que no existe medio de prueba de cargo alguno que pruebe indubitablemente la emisión de una orden dolosa —por parte del encausado [...]— de negar la emisión de copias fedateadas de los documentos concernientes a la liquidación de obra de captación de aguas y riego [de un distrito], respecto de la destrucción del mercado de abastos y destrucción de la piscina municipal del mismo distrito, por lo que la decisión adoptada [absolución] por la Sala Penal Superior resulta adecuada.

R. N. N.º 1666-2010-Cusco, del 12-07-11, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Delito de abuso de autoridad: configuración. Segundo. [Se] imputa al inculpado el haberse beneficiado mediante el pago de incentivos laborales cuya percepción no le correspondía, debiendo precisar al respecto que dicha conducta no se encuadra dentro de los alcances de los artículos 376 y 377 del Código Penal, toda vez que estos tipos penales requieren para su configuración, una conducta que guarde relación con el cargo asumido, esto es, que presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del derecho público que fijan las funciones de los órganos de la Administración pública, y consiguientemente, determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente.

R. N. N.º 2240-2002-Arequipa, del 06-08-03, f. j. 2. Sala Penal de la Corte Suprema.

El acto del agente debe ser objetivamente ilegal. Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio

funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia.

Exp. N.º 20-2003-A.V. (Caso *Mobetek*), del 18-10-05, FJ 32. Sala Pena Especial.

c. *Cometer u ordenar un acto arbitrario*

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

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

JURISPRUDENCIA

No existe acto abusivo ni arbitrario. Si bien el representante del Ministerio Público sostiene que se causó un perjuicio al agraviado al hacerse efectivo su traslado de la localidad de Yanahuanca a la ciudad de Cerro de Pasco —considerando su estado de salud—, sin embargo, del oficio remitido por el Comandante PN —en cuyo asunto se consigna «Pone a disposición a sub oficial por motivo que se indica»— se aprecia que se puso a disposición al agraviado por orden superior del jefe de Región Policial Pasco, lo cual se corrobora con la nota informativa y la testimonial de [...]; consecuentemente este Supremo Tribunal considera que el solo hecho de haber emitido la nota informativa antes citada, en la que se señaló como asunto «Da cuenta sobre presunta inconducta funcional», informando de

la existencia de actos que, a juicio del encausado, constituían conductas de indisciplina [...] no constituye un abuso de atribuciones ni un accionar excesivo o arbitrario de su desempeño funcionarial, sino que resultaba propia de esta, tanto más si existió una exhortación al agraviado [...], por lo que la medida adoptada por el procesado, consistente en poner en conocimiento de tal situación al jefe de la Región Policial —quien finalmente ordenó la puesta a disposición del agraviado— no se aprecia como un comportamiento abusivo o desproporcionado, sino razonable y acorde con los hechos suscitados, no habiéndose configurado el delito de abuso de autoridad atribuido al procesado, la sentencia absolutoria impugnada. En dicho extremo, se encuentra arreglada a ley.

R. N. N.º 242-2012-Pasco Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

Cometer u ordenar el acto arbitrario constituye el núcleo de la conducta típica que condensa las modalidades de acción del agente. El abuso de autoridad puede ser así mediante comisión o mediante orden:

a) En el primer caso (**mediante comisión**), cuando quien ejecuta y consuma el delito es el propio funcionario público, quien puede valerse de cómplices que coadyuvan en la ejecución de su decisión, pero siempre será él quien posee el control e interviene directamente en la ejecución material de los actos arbitrarios perjudiciales.

b) En el segundo caso, el abuso **mediante orden** presupone dos niveles de actos ejecutivos: la preexistencia de la orden de ejecutar el acto arbitrario y la ejecución propiamente. En esta segunda hipótesis legal de abuso, el funcionario hace uso de la estructura administrativa para que sean otros quienes lleven a la práctica el acto arbitrario, incluso, puede valerse de *extraneus* al sector público, pero siempre tendrá el control del acto abusivo.

JURISPRUDENCIAS

Modalidades del delito de abuso de autoridad. El delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado por el artículo 376 del Código Penal, es un delito de naturaleza comisiva y no omisiva; el mismo que tiene dos modalidades de ejecución: a) cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros y b) ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros. En el primer supuesto, el delito se consuma cuanto el funcionario público dirige y ejecuta acciones destinadas a producir el acto arbitrario y el perjuicio de tercero; mientras que en el segundo supuesto, al ser un tipo penal de mera actividad, el delito se consuma al producirse la orden o mandato por parte del funcionario público.

R. N. N.º 779-2004-Piura, del 26-10-04. Sala Penal de la Corte Suprema.

El acto dispuesto por el agente activo debe ser contrario a las normas de las competencias del cargo. Sexto. [En el] delito de abuso de autoridad [...] el acto dispuesto por el agente activo debe ser contrario a las normas legales que rigen el cargo que ostenta y que con dicho acto se obligue a otros a realizar una determinada acción, lo que no se advierte en el presente caso, toda vez que todos los regidores involucrados en el caso *sub júdice*, han referido haber actuado voluntariamente, sin imposición alguna y que participaron en los acuerdos, pues consideraban que ello era lo mejor a efectos de que se pueda procurar un beneficio económico a favor de la [municipalidad] [...].

R. N. N.º 1174-2007-Cusco, del 18-03-2009, FJ 6. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

d. El perjuicio de alguien

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

a) **El perjuicio, en sentido formal**, que sufre la Administración pública es de afectación a su regularidad y buena marcha, generada por el comportamiento abusivo del funcionario. El sistema de normas jurídicas que obliga a los funcionarios a fomentar el bien jurídico protegido —mantenerse en los cánones de legalidad— sufre el impacto de la infracción. No se trata así de una afectación material, a diferencia de lo que puede acontecer con el perjuicio al destinatario material de la acción ilícita, por lo general, un particular o colectivo social.

b) **En sentido material**, el perjuicio está representado por la lesión o menoscabo en sus derechos que sufre la persona involucrada negativamente con la acción del agente. El perjuicio puede ser de naturaleza múltiple, la norma en este punto no establece restricciones, pudiendo adquirir características económicas, administrativas, de tiempo, aflictiva, moral, de imagen, etc. El perjudicado puede ser un particular, una persona jurídica, un colectivo social, incluso otra entidad pública. La norma penal al haber hecho uso del pronombre indefinido «alguien» está dejando abierta la interpretación para llenar de contenido el término.

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

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

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

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

Dolo que aquí adquiere particularidades en relación con la de otros delitos, pues se halla rodeado de consideraciones subjetivas adicionales que tienen que ver con un comportamiento voluntario, consciente y caprichoso, es decir, de un dolo directo.

JURISPRUDENCIA

Ausencia de dolo. Noveno. [...] [La] Resolución Directoral [que disponía la reincorporación de una docente] resultaba inejecutable por encontrarse en oposición a otros actos administrativos dispuestos por la misma autoridad que la emitió, razón por la cual es de estimar que en la actuación del encausado no se aprecia dolo, con lo que al caso no se da las condiciones del tipo subjetivo que exige el ilícito atribuido, por lo que lo actuado resulta insuficiente para enervar el principio universal del *in dubio pro reo*, [...] siendo del caso absolver al citado procesado del [delito de abuso de autoridad].

R. N. N.º 2362-2010-Pasco, del 18-04-11, FJ 9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

3.4. Consumación y tentativa

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

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

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

3.5. Penalidad

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

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

Esta circunstancia agravante de carácter específica quiebra en parte el carácter genérico del abuso funcional, pues por los componentes que le son inherentes a los diferentes procedimientos de cobranza coactiva, de los que hacen uso las entidades públicas dotadas de dicha facultad legal, puede deducirse la naturaleza de los actos arbitrarios.

4. ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

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

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04, que reubicó y reformó este artículo).

4.1. Características

Es esta una especial figura de abuso de autoridad de un nivel alto de injusto penal, caracterizada por una finalidad específica de aprovechamiento del cargo público, consistente en optimizar (negativamente) intereses políticos o electorales del funcionario o servidor público, o de terceros (grupos o partidos políticos). El sujeto público pone de manifiesto así su apartamiento de los fines de servicio a la nación y de los compromisos éticos implícitos en la función pública para desarrollar comportamientos inaceptables en el sistema de la Administración pública.

Como podrá advertirse de la lectura del tipo penal, este delito se halla íntimamente asociado con los actos administrativos de ejecución de los programas de apoyo y asistencia social, que la norma ha detallado en los delitos de peculado propio e impropio dolosos y en el de malversación de fondos, diferenciándose de ambos tipos

penales porque el sujeto activo no requiere, necesariamente, poseer relación funcional mediante vinculadores jurídicos de administración, percepción o custodia con los bienes y servicios públicos.

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

4.2. Bien jurídico protegido

La norma penal busca evitar el abuso de poder del funcionario en el área específica de la distribución de bienes o prestación de servicios socialmente sensibles (programas públicos de apoyo o desarrollo social). Abuso de poder tanto del funcionario competente como de aquel que haciendo valer su cargo o jerarquía comete dicho comportamiento típico, al igual que del servidor público que igualmente posee al respecto una cuota menor de poder para definir dichas prestaciones.

Con la ubicación anterior del tipo penal, en el artículo 394-A, harto problemático era sustentar que el bien jurídico agredido era el principio de imparcialidad —característico de los delitos de cohecho—, por cuanto no se trata de que los funcionarios o servidores actúen libres de presiones en la formación de sus decisiones, sino que ellos precisamente están coactando la voluntad de los perjudicados directos, sobre quienes orientan su comportamiento a efectos de obtener determinados direccionamientos volitivos.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es autor el funcionario o servidor público competente e incluso, aquel que sin tener competencia, hace valer su poder para disponer irregularmente las asignaciones de bienes y servicios, orientando

coactivamente dichas medidas sociales. En la hipótesis que el sujeto público considere realmente que está actuando de conformidad a reglamento, es decir, sin hacer prevalimiento del cargo, existirá en el supuesto de hecho una causal de atipicidad por error de tipo, o de no antijuridicidad si actúa bajo los efectos de una orden con apariencia de legalidad. Situaciones ambas que, obviamente, deberán pasar el filtro del análisis jurídico respectivo.

El ámbito de abarcamiento del funcionariado y servidor público no tiene más restricciones que la vinculación jurídica o de poder con dichas medidas y la búsqueda ilegal de ventajas políticas o electorales, es decir, puede ser tanto un funcionario público civil o militar; de carrera o de confianza; uno de alto rango jerárquico o uno intermedio; un funcionario que actúa por razón del cargo o uno delegado; un funcionario desde la perspectiva administrativa o desde la lectura penal extensiva, etc.

La redacción del tipo penal comprende al funcionario como al servidor público, lo que amerita que el intérprete evalúe el comportamiento del servidor público, por definición subordinado en relación con el funcionario. Ello permite entender que también este sujeto público posee, en los contornos de su influencia o nivel de vinculación con el funcionario público, posibilidades de orientar indebidamente las asignaciones de bienes y servicios en la población, coaccionando a las personas beneficiarias para la obtención de ventajas político-electorales personales, del funcionario o de terceros.

Los **partícipes**, tanto los inductores como los cómplices primarios y/o secundarios pueden ser indistintamente particulares u otros funcionarios o servidores públicos (civiles o militares). Partícipes particulares que pueden corresponderse con los directamente beneficiados con el apoyo político o electoral, esto es, con las personas (en tanto tales) o que conforman grupos políticos hacia donde se dirige el favorecimiento del funcionario o servidor público.

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

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

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

b) ***Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos.*** El uso del verbo «**condicionar**» implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la distribución de bienes o dación de servicios. Supone una suerte de presión psicológica sobre la voluntad de dichos destinatarios, a efectos de conducirle a determinados cauces de acción u omisión previstos en el dolo del sujeto activo. La referencia a la palabra «**distribución**» hace referencia tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa, momento este último en el que intervienen con más cercanía los servidores públicos. Los bienes, vale decir, los objetos provistos de contenido patrimonial valuable en dinero son entendidos

en sentido genérico, tanto muebles como inmuebles, fungibles o no fungibles, de escaso o gran valor. El referente del escaso valor de los bienes en juego merecerá, sin embargo, la estimación del fiscal o del juez a efectos de aplicar los sucedáneos derivados de los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del derecho penal (lo mismo cabe señalar con relación a la prestación de servicios) o, en todo caso, reputarlas circunstancias de aminoración de pena, de considerarse que el monto económico resulta no muy relevante, dado que se trata de un delito de infracción del deber.

La prestación de servicios, al igual que en el caso de la distribución de bienes, puede admitir un amplio abanico de modalidades limitadas solo por los contenidos del programa de apoyo o desarrollo social.

La norma penal ha fijado una restricción a la tipicidad objetiva del delito que debe registrar el supuesto de hecho: que la acción se contextualice en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social. Tanto la distribución de bienes como la prestación de servicios deberán corresponder a estos fines sociales. En el marco de esta restricción, el legislador no ha considerado la criminalización de los programas de apoyo, asistencia o desarrollo social llevados a cabo por organismos internacionales o entidades privadas, lo cual nos parece razonable.

Cabe referirse, por ejemplo, al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA) que llegaba a nivel nacional para favorecer a la población infantil, cuyo objetivo era aliviar la pobreza de un importante sector del país y que debía beneficiar a más de tres millones de menores para entender lo que significa, además de la probable existencia de actos de corrupción, condicionar la distribución de bienes con fines de clientelaje político y/o ventajas electorales. PRONAA fue desactivado y cerrado a fines del año 2012.

Valerse de su condición funcional para condicionar, en este contexto, a los destinatarios, poco importando sea una persona o varias, expresa así un mensaje de intolerabilidad para la norma penal y una incompatibilidad manifiesta para la base administrativa que sustenta el accionar del funcionario o servidor público.

c) ***Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral.*** Este componente define la orientación, el *telos* del comportamiento típico del autor, configurando el otro elemento de la tipicidad objetiva del tipo: el propósito, la motivación de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Por «ventaja política» puede entenderse toda posición de predominio o privilegio a obtener, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, expresiones de apoyo, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario, servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas. Las «ventajas electorales» están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la administración pública. Las modalidades concretas del condicionamiento pueden estar circunscritas a favorecer con el voto, participar en manifestaciones de simpatía, firmar adherencias, contribución con trabajos personales, etc. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades.

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

o servidores públicos, como particulares individualizados o colectivos que tienen expectativas políticas o electorales.

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

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

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

La posibilidad de tentativa es remota.

4.4. Penalidad

La **pena es conjunta** tanto privativa de libertad como inhabilitación. El *quantum* de pena privativa conminada es de 3 años en el extremo mínimo y 6 años en su extremo máximo.

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

a) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

b) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

5. OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

ARTÍCULO 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.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por la quinta disposición complementaria transitoria de la Ley N.º 30327, publicada el 21-05-15)

5.1. Características

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

Nos encontramos ante un delito de infracción de deber, por lo mismo imposible de ser cometido por particulares. Delito caracterizado por contener numerosos elementos normativos del tipo (derecho de posesión, título de propiedad, bienes de dominio público, etc).

Se trata de otra especial figura de abuso de autoridad, en tanto delito de infracción de deber.

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

5.2. Bien jurídico protegido

El **objeto de protección de la norma penal** busca asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la Administración pública. El **bien jurídico** específico es de carácter múltiple. En primer lugar, la norma penal tiene como objeto asegurar una correcta conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándola con exclusividad en la sujeción a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico, como medios de evitar el abuso de poder. En segundo término protege también el patrimonio público, y el patrimonio de particulares.

En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encauzar sus actos y decisiones referidos a la emisión de títulos de propiedad u

otorgamiento de derechos de posesión conforme a los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

5.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

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

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

Para tener una mayor configuración conceptual y normativa del delito en estudio habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (Ley N.º 27867) y Ley de Municipalidades (Ley N.º 27972) que regulan la competencia de estos organismos descentralizados en materia de titulación, y a lo establecido por los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT (Pueblos indígenas y tribales) que limitan a los Estados la tendencia a afectar las tierras de las comunidades nativas (pueblos indígenas y tribales).

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

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

Con exclusividad autor únicamente es el funcionario o servidor público competente que incurra en el otorgamiento ilegítimo de derechos de posesión o emita títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente. Así, funcionarios de gobiernos regionales y de municipalidades, entre otros

entes públicos en relación a los bienes de dominio público, o de los bienes de dominio privado estatal que temporalmente administran.

Los **partícipes** tanto los inductores como los cómplices primarios y/o secundarios pueden ser indistintamente particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

El **sujeto pasivo**, esto es, el titular del bien jurídico agredido viene a estar constituido por la Administración pública. En el caso de la afectación a la propiedad inmueble de particulares, es posible extender la titularidad del sujeto agraviado también a los particulares, sean estos personas naturales o jurídicas.

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

a) ***La condición funcional.*** El agente, conocedor de su calidad de funcionario y del poder que da el cargo, tiene que hacer uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o competencias. Este componente juega el papel de restringir la autoría en el delito a aquellos sujetos públicos vinculados.

b) ***Otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emitir títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.*** El uso del verbo «otorga» implica expedir títulos o autorizar derechos de posesión omitiendo observar los requisitos legales o hacerlo conforme a exigencias o requisitos no contemplados en las leyes vigentes. Se aprecia así un delito de naturaleza mixta, formado por un comportamiento comisivo (otorgar) que se posibilita mediante un comportamiento omisivo (sin cumplir requisitos).

El término «ilegítimamente», expresión declinada del adjetivo ilegítimo, significa, para el caso concreto, de modo no permitido por la ley o reglamento y por fuera de los cauces del debido procedimiento para que el derecho concedido o el título sean válidos, legítimos, conformes a derecho. Lo ilegitimo es lo

que desconoce la legalidad contradiciéndola y creando de facto derechos o títulos carentes de justificación legal.

El «derecho de posesión» como su nombre lo indica, es un derecho material provisional, otorgado a una persona natural o jurídica mediante el cual se le concede la tenencia y disfrute de un bien. Supone, en el escenario de las relaciones informales que existe en el Perú, en materia de formalización de la propiedad, una de las posibles vías previas para adquirir el dominio o propiedad. Por lo mismo requiere el cumplimiento de mínimos legales o reglamentarios que le otorguen legitimidad.

El «título de propiedad» da cuenta de la finalización de un proceso de titulación del dominio sobre un bien, generalmente, inmueble de dominio previo público, o privado. El título de propiedad otorga poderes plenos, formales y materiales sobre el bien, con las limitaciones constituciones y legales que existen al respecto.

«Bienes de dominio público» y de «dominio privado estatal», de conformidad a la Ley N.º 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento (D. S 007-2008 Vivienda: art. 2.2) los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles de dominio público y dominio privado estatal.

Al respecto, se considera **bienes de dominio público** (playas, bahías, zócalos marinos, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos, canales, puentes, edificios, palacios, sedes institucionales, escuelas, universidades, estadios, locales penitenciarios, museos, puertos aeropuertos, minas, recursos naturales, y otros) aquellos bienes cuya finalidad es el uso público, donde el Estado —a través de sus diferentes entidades— ejerce potestades públicas, pudiendo ser concesionados a particulares. La ley los considera de carácter inalienables e imprescriptibles. Bienes de dominio privado estatal, aquellos bienes de propiedad de

Estado, que tiene como titular a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan; no están destinados al uso público ni al servicio público y respecto de los cuales sus titulares ejercen derecho de propiedad con todos sus atributos. Estos bienes son susceptibles de tráfico jurídico y económico y por lo mismo de disposición.

Así se puede hablar de bienes de dominio público y de dominio privado estatal de las municipalidades, del Banco de la Nación, del gobierno regional, de las universidades, etc., donde las respectivas leyes de las entidades públicas efectúan labor de pormenorización al respecto y establecen las posibilidades de transferencia de dichos bienes. Así, los artículos 55 y 56 de la Ley de Municipalidades N.º 27972 hacen referencia de los bienes de patrimonio municipal.

La Constitución Política en su artículo 73 establece que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico.

c) ***Sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.*** La «normatividad vigente» a que se refiere la norma penal es el conjunto de dispositivos jurídicos que regula la atribución de titularidad de derechos, títulos de posesión y propiedad, a partir del enunciado constitucional ya referido. Tanto la Ley de Gobiernos Regionales como la Ley de Municipalidades fijan requisitos para proceder a la transferencia o titulación de bienes públicos en favor de terceros.

5.4. Penalidad

Este delito doloso que se consuma al emitirse el título de propiedad u otorgarse el derecho de posesión es conminado con pena privativa de libertad de cuatro a seis años.

El tipo penal contempla una modalidad agravada de este delito, mediante la cual la pena es incrementada de cinco a ocho años, cuando el comportamiento descrito en el tipo básico de otorgar ilegítimamente derechos de posesión o propiedad favorece a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes de dominio público, privado estatal o bienes inmuebles de propiedad privada.

6. LOS DELITOS ESPECÍFICOS O NOMINADOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

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

7. OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30364, publicada el 23-11-15)

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

EJEMPLOS

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

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

El jefe de pagaduría de una entidad pública que decide no dar curso a los cheques a efectos del pago a los profesores, sin que exista causal que explique razonablemente dicho comportamiento omisivo, es una modalidad de incumplimiento funcional.

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento de deberes funcionales debe causar perjuicio. Cuarto. [...] [El] delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo 377 del Código Penal, que establece: «el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo [...]». Es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien.

R. N. N.º 231-2011-Tacna, del 25-04-12, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El **bien jurídico** es asegurar el regular ejercicio de los actos funcionales derivados del cargo público, preservando las finalidades institucionales y los derechos de las personas, mediante el cumplimiento de los actos de función por parte del funcionario público, evitando actos abusivos.

El **sujeto activo** del delito, en exclusividad, es el funcionario público que posee competencia para realizan el acto de función. El **sujeto pasivo** del delito es la Administración pública; ella titulariza dicha condición. Rompiendo criterios excesivamente formalistas, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado que también el afectado —persona natural o jurídica— es considerado sujeto pasivo material del delito.

El **comportamiento** típico del funcionario infractor debe significar un acto de ilegalidad para adquirir la suficiente entidad o relevancia para activar la intervención penal. «Ilegalidad» significa la contravención a lo dispuesto u ordenado por el contenido normativo de una norma jurídica. La ilegalidad coloca la dosis de **lesividad** requerida por este delito, que permitirá diferenciarlo de negligencias o desórdenes administrativos no preordenados dolosamente.

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

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

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

Omitir ilegalmente algún acto de su cargo es simplemente no llevar a cabo el acto de función que forma parte de las atribuciones del funcionario público. Esta conducta típica esta contrapuesta al acto comisivo (cumplir con el acto del cargo) al que está obligado legalmente el sujeto público infractor. **Rehusar** ilegalmente algún acto de su cargo significa, en cambio, la negativa a llevar a cabo el acto funcional, existiendo de por medio una orden o requerimiento efectuado al respecto. **Retardar** algún acto del cargo es realizar el acto, pero fuera de su tiempo debido; el agente ilegalmente pospone la realización del acto, lo difiere. En los tres casos causando perjuicio a tercera persona.

Jurisprudencia vinculante

Precisiones sobre la omisión o retardo de actos funcionales. **Quinto.** [E]n cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones de TPA, PCO, CTU, CTA y MCO no se llevaron a cabo en el presente proceso sino en el proceso, por robo agravado [...], y en esta causa solo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa; que, con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de Omisión o Retardo de Actos Funcionales, si bien existe cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que éste como funcionario público —efectivo de la Policía Nacional del Perú— tiene sus propias obligaciones, como lo es, en el presente caso, elaborar el Atestado Policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados, así como las diligencias realizadas; que, por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando, puesto que si bien se indica en dicho considerando «que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento». Ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial elaborado por el recurrente.

R. N. N.º 496-2006-Arequipa, del 17-07-06, F J 5 constituido precedente vinculante conforme al FJ 10 del Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16-11-07. III Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2007.

Jurisprudencias

Alcances del delito de omisión de actos funcionales. Quinto. Que es claro que estamos ante un delito de infracción de deber [...]. **Sexto.** Que en este delito el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las funciones públicas [...]. **Sétimo.** Que la conducta típica se constituye con el omitir algún acto propio del cargo del sujeto activo de forma ilegal [...]. **Octavo.** Que el segundo elemento está dado por el acto que le compete hacer al funcionario público en razón de su cargo; este acto está delimitado en el

respectivo reglamento o Ley [...]. **Décimo.** Que los actos a que está obligado el funcionario público se ven caso por caso [...]. **Décimo segundo.** Que [...] la diferencia entre la conducta penal y la administrativa en este tipo penal la constituye la existencia del dolo de realizar un acto ilegal [...].

Casación N.º 169-2012-Ancash, del 12-09-13, FFJJ 5-8, 10 y 12. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Bien jurídico protegido. Tercero. [El] delito de omisión de actos funcionales [...] no afecta directamente el patrimonio público (caudales o efectos), sino lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración pública —como bien jurídico protegido—, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes —distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros [...], donde se afectan directamente los intereses patrimoniales— [...].

R. N. N.º 2347-2008-Lima, del 21-01-10, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

No opera la dúplica del plazo de prescripción al no afectarse directamente el patrimonio público. Vigésimo Tercero. [El] delito de *omisión de actos funcionales* no afecta directamente el patrimonio público —*caudales o efectos*—, en tanto en cuanto, se lesiona esencialmente los intereses del Estado en relación a la oportunidad de cumplir eficazmente la función pública observando lo ordenado por la ley en el desenvolvimiento de los actos, a fin de que la Administración pública no se vea afectada por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado —*distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación u otros contenidos en el capítulo de delitos contra la Administración pública donde se afectan los intereses patrimoniales*—, razón por la que no opera la duplica del plazo.

R. N. N.º 1318-2012-Lima, del 29-08-12, FJ 23. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

***Naturaleza subsidiaria del delito.* Décimo sexto.** [...] [El] delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, pues no solo se trata de un mero interés indebido en una

actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público. [...]

R. N. N.º 379-2015-Lima, del 24-08-15, FJ 16. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito de incumplimiento de funciones no afecta el patrimonio público. Quinto. [El] delito de incumplimiento u omisión de funciones tipificado en el artículo 377 del Código Penal es un delito instantáneo, pues no es posible que se siga omitiendo el cumplimiento de una obligación debida en todo momento [...] además, en reiterada jurisprudencia este Tribunal Supremo ha establecido que el delito de incumplimiento de funciones están dirigidos a proteger el correcto desempeño de los funcionarios públicos en sí mismo no afecta al patrimonio de Estado, por lo que no es posible duplicar el plazo de prescripción [...].

R. N. N.º 1081-2009-Lima, del 01-07-10, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Véase mismo fundamento: R. N. N.º 3162-2009-Loreto, del 01-10-10, FJ 6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Comportamiento atípico de los funcionarios municipales: no se pudo expedir copias por falta de pago de arancel determinado en el TUPA. Quinto. [El] delito de incumplimiento de deberes funcionales [...] exige que el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, omita, rehúse o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado por los encausados [funcionarios municipales], puesto que en ninguna oportunidad negaron —de manera ilegal— el acceso a la información que solicitaba el agraviado [ciudadano] por medio de copias certificadas, de la liquidación de obra de captación de agua y riego de [un distrito], así como el informe sobre la destrucción del zaguán del cementerio, destrucción del mercado y abastos y de la piscina municipal del distrito [...], sino que no podían expedirle las referidas copias por la falta del pago de un arancel determinado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la municipalidad agraviada, que debió efectuar el [ciudadano] agraviado [...], conforme se aprecia de las declaraciones de los encausados [...]. En ese sentido, no configuraron el delito de cumplimiento de funciones porque actuaron conforme a su rol, estructurado en parte por el TUPA de la municipalidad agraviada.

R. N. N.º 1666-2010-Cusco, del 12-07-11, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito es de **simple actividad**, esto es, no requiere que se produzca un resultado de lesión para que se considere consumado. El delito se consuma instantáneamente con la omisión, rehusamiento o retardo dolosos contrarios a ley o reglamento. Resulta de interés evaluar la existencia de causas que expliquen razonablemente el incumplimiento. El factor temporalidad y plazos son importantes de ser tomados en cuenta e introducidos en la estimación judicial de la consumación, dado que muchas veces condicionan el cumplimiento debido de los actos funcionariales.

Las posibilidades de tentativa son difíciles de admitir al ser delitos de simple inactividad u omisivos simples. En los supuestos típicos de rehusamiento y retardo, al admitir fácticamente graduación de actos, dependiendo de cada caso, es posible considerar tentativa inacabada.

JURISPRUDENCIA

El delito de omisión de actos del cargo se consuma cuando el funcionario omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente. Tercero. [El] delito de incumplimiento de funciones, en su modalidad de omisión de actos del cargo —previsto en el artículo 377 del Código Penal—, en tanto delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; que según los cargos ello ocurrió en el caso [de los encausados] cuando en su condición de funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora [...] omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida unidad ejecutora.

R. N. N.º 2802-2007-Ucayali, del 10-04-08, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La pena privativa de libertad es de dos días a dos años además de la pena de 30 a 60 días multa.

La Ley N.º 30364 (23 de noviembre de 2015), Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, ha incorporado una agravante importante. Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales están referidos a una solicitud de garantías personales o caso de **violencia familiar**, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. Resulta claro que esta circunstancia de agravación del tipo penal está dirigida contra determinados funcionarios públicos encargados de brindar al solicitante las garantías personales requeridas en resguardo y protección de su vida. Los funcionarios subprefectos distritales son los competentes (de conformidad al artículo 125. Numeral 10 del ROF del Ministerio del Interior, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2017-IN) para otorgar las garantías personales, luego de llevar a cabo el previo procedimiento que se compone de la notificación del pedido al denunciado, realización de la audiencia en la subprefectura, ofrecimiento de pruebas, alegatos, resolución, que posee eficacia a nivel nacional y que puede ser estimatoria (notificando a la Comisaría del sector PNP para que se encargue de materializar las protección a la persona agredida o amenazada) o denegatoria. En este contexto, actúan los referentes normativos de tipicidad del comportamiento: omisión, rehusamiento y retardo, de modo que el funcionario público deberá respetar escrupulosamente los plazos del trámite que en su conjunto de fases no debe superar los 30 días. La resolución del subprefecto puede ser impugnada vía reconsideración, con ofrecimiento de prueba nueva, en el plazo de 15 días y resuelta en 30 días hábiles, de conformidad al artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General). Procedimiento bastante complicado y engorroso temporalmente, dadas las características propias de la dinámica de la violencia familiar.

8. INCUMPLIMIENTO DE APOYO POLICIAL REQUERIDO POR LA AUTORIDAD CIVIL O UN PARTICULAR

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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N.º 30364, publicada el 23-11-15)

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

Por policía se entiende, en sentido restrictivo, al integrante de la Policía Nacional del Perú, no pudiendo extenderse el concepto para abarcar al policía municipal o policías particulares. El sujeto activo está tomado, en la norma penal, en una dimensión indeterminada para referirse al policía (en singular o plural) integrante de la institución policial, que es quien debe brindar el auxilio, no

a un efectivo en particular —oficial o subordinado—, tampoco a la institución policial.

El comportamiento típico tiene las mismas **modalidades omisivas** que del artículo 377: omite, rehúsa o retarda, solo que ahora imputables al policía nacional. La omisión es un simple incumplimiento, un no prestar el auxilio requerido. El rehusamiento es la puesta en juego de respuestas evasivas frente al requerimiento. El retardo es el cumplimiento, pero en tiempo no oportuno. Todas estas modalidades son expresiones que presuponen un comportamiento doloso, arbitrario del efectivo policial.

El tipo penal es especialmente formal cuando exige una serie de requisitos tanto del auxilio requerido como de la conducta de incumplimiento del efectivo policial. El **auxilio** al que está obligado cumplir el efectivo policial, en el primer párrafo del tipo penal, hace alusión al **pedido que efectúa la autoridad civil** (el funcionario público con jurisdicción y capacidad para hacer cumplir sus decisiones: juez, fiscal, autoridad municipal, autoridad penitenciaria, etc.) con las formalidades del caso y poseyendo competencia para realizar tal requerimiento. Requerimiento que puede realizarse mediante documento, en forma verbal, o utilizando vías tecnológicas, dadas las circunstancias concretas del caso. El **policía nacional no puede negarse a llevar a cabo** el pedido formal de la autoridad civil, salvo que ello suponga órdenes arbitrarias o ilegales, se halle técnica, humana o logísticamente imposibilitado, o su intervención presuponga riesgos o peligros mayores —circunstancias que pondrá en conocimiento de la autoridad solicitante—, supuestos en los cuales le asistirá una causa de justificación que no generará ilicitud en su comportamiento. El límite de la tipicidad del comportamiento está dado por la autoridad civil, de modo que requerimientos provenientes de autoridades policiales o militares no ingresan en los alcances de tipicidad objetiva de este delito.

JURISPRUDENCIA

Denegación o deficiente apoyo policial. No se halla acreditado el delito si los efectivos policiales condujeron al agraviado, a quien le sobrevino un infarto durante la realización de la diligencia de lanzamiento, hasta un centro hospitalario, y después regresaron a la diligencia judicial.

Exp. N.º 4025-97-Cono Norte, del 13-01-98, Sala Penal «B» de la Corte Suprema.

El segundo párrafo del tipo penal, en estudio, comprende una situación agravada que incrementa la relevancia penal del comportamiento omisivo de los **efectivos policiales que no dan auxilio a particulares** que se hallan en situación de peligro, sin que aquí interese que exista o no un requerimiento formal. «Situación de peligro» es toda circunstancia que amenaza la seguridad, libertad, patrimonio vida o integridad física de una persona u otro bien jurídico valioso tanto por la acción de sujetos agresores o por el juego de fuerza naturales, o provocadas. El tipo penal no ha efectuado precisiones a los efectos de efectuar interpretación restrictiva de dicha situación, por lo que no forma parte del tipo exigir para la perfección del tipo penal, un peligro grave o la inminencia de la lesión al bien jurídico de la persona.

JURISPRUDENCIA

Situación de peligro del particular: precisiones. Cuarto. El mayor desvalor —a comparación del tipo base— radica en la situación de peligro en que se encuentra la víctima. El código no lo dice, pero deberá entenderse el peligro en función de bienes jurídicos valiosos del particular y que el policía, por su función, está obligado a cautelar bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad, etc. Respecto del grado de peligro no necesariamente debe tratarse de uno grave o inminente, pero ha de ser idóneo para comprometer el bien jurídico tutelado. Esta situación de peligro ha de ser analizada en cada caso, en razón de sus específicas circunstancias. La prestación de auxilio debe ser requerido por un particular que se encuentre en situación de peligro, aunque no necesariamente grave e inminente. **Octavo**. [...] La herida superficial que presentó la víctima y el transcurso de menos de 20 minutos entre la llegada de la policía, la producción de la lesión, el pase

por la Comisaría y el ingreso al hospital de los afectados no se subsumen en las exigencias del delito en comento. **Noveno**. La sentencia recurrida proclamó la responsabilidad del procesado, pero no expuso siquiera una sucinta explicación sobre las razones que configurarían una situación de peligro y la acción del retardo o rehusamiento de la autoridad policial. El **derecho penal se caracteriza por el principio de mínima intervención**; la tutela penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. El bagaje probatorio que se presentó en el presente caso impide declarar probado el tipo penal imputado, por lo que la sentencia condenatoria recurrida vulneró el principio de presunción inocencia, que atañe restaurar.

R. N. N.º 2411-2017-Ancah, del 28-06-18. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La Ley N.º 30364 ha agregado otra forma de omisión: cuando la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar, cabe lo dicho, en situación similar, para el delito agravado precedente.

Esta conducta de rehusamiento omisión o retardo del funcionario policial quebranta mandatos asignados constitucional y legalmente al policía nacional, que le confieren roles de servicio a la autoridad civil y auxilio a la población.

La denegación o incumplimiento de auxilio policial resulta, al igual que en el delito contemplado en el artículo 377, un ilícito de desobediencia y de omisión.

9. REQUERIMIENTO ILEGAL 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.

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

El sujeto activo es un funcionario competente para requerir la asistencia de la fuerza pública, lo que descarta autoría de tratarse otro funcionario o servidor quien realiza dicho requerimiento.

En este delito de infracción de deber, al igual que en el anterior ilícito penal, el legislador ha utilizado la palabra «requiere» para enfatizar con ello que se trata también de un tipo penal que hace uso de elementos formales en su redacción no bastará, por lo tanto, un simple pedido o cualquier pedido, o una insinuación de asistencia ni serán condición suficiente para dar cuerpo al núcleo de tipicidad del delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública.

El tipo penal toma como presupuestos de relevancia penal que el **sujeto activo** busque **obstruir o dificultar** la ejecución de disposiciones, órdenes o sentencias, es decir, que obstaculice o frustre el desenvolvimiento de sectores de la Administración pública o específicamente del orden jurisdiccional. Aquí se aprecia la arbitrariedad en la que incurre el sujeto activo que resulta inaceptable en un Estado constitucional de derecho, y que ha motivado que el legislador conmine con una pena superior (tres años de pena privativa de la libertad) en su extremo máximo que las modalidades básicas de abuso de autoridad 377 y 378.

Es obvio que nos encontramos ante un caso notorio y claro de abuso de poder por parte del funcionario que trata de utilizar y manipular a la fuerza pública con fines ilegales. Lo que puede suscitar niveles de debate aquí es el uso y alcances de la frase «**fuerza pública**».

Hay que entender, en una primera línea general, que con ella nos estamos refiriendo a la Policía Nacional y en casos excepcionales a las fuerzas armadas, pero también en determinados casos a fuerzas públicas sectorizadas (policía municipal, penitenciaria, etc.), dada la importancia que estas han adquirido en la actualidad y que pueden ser instrumentalizadas por funcionarios infractores.

Interesa en este delito que el intérprete determine bien la finalidad del comportamiento de instrumentalización que efectúa el funcionario público, a efectos de precisar la naturaleza del abuso de autoridad. Se trata en suma de un delito de simple actividad y peligro que no requiere que se concrete la obstrucción que presupone la finalidad instrumental del comportamiento bastando con el acto administrativo del requerimiento ilegal efectuado por el funcionario público, quien **debe actuar dolosamente**. Esto es, saber que está requiriendo a la fuerza pública, conocer la existencia de la disposición u orden legal de autoridad competente o la ejecución de una sentencia o mandato judicial, contra los cuales utiliza la fuerza pública para oponerlas; conocer igualmente que no tiene derecho a obstruirlas, y tener la voluntad de efectuar dicha labor ilegal de resistencia y obstrucción.

10. ABANDONO DE CARGO

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.

El legislador penal mediante este tipo penal ha querido **tutelar la regularidad y continuidad de la Administración pública**, al sancionar al funcionario o servidor público que hace abandono del cargo con daño al servicio, sin que haya cesado legalmente en su desempeño. Se amplía en este tipo penal el círculo funcional de autores, pues abarca a funcionarios y servidores públicos.

Este delito tiene como base filtros administrativos sobre los cuales se construye la tipicidad del abandono delictivo. Abandonar el cargo supondrá, entonces, una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar, dañando el servicio público y por lo mismo la imagen de la administración, abandono que rebasa la simple infracción administrativa que tiene en la ley laboral su tratamiento disciplinario.

El abandono del cargo sin haber cesado legalmente del mismo supone dejar de asistir a prestar la función o servicio, retirase y no volver, en ambos casos con la intención de no regresar a realizar las funciones o prestar los servicios que forman parte de las respectivas competencias de dichos sujetos públicos. Se trata de un abandono definitivo que pone de manifiesto la presencia de un comportamiento que afecta sensiblemente la continuidad de la Administración pública.

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

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

a) **El abandono es legal,** cuando el cese en el desempeño del cargo público supone la concurrencia de condiciones ideales que alejan la posibilidad real de afectación a los intereses de la Administración pública.

b) **El abandono es ilegal,** cuando el cese legal en el desempeño del cargo no se ha perfeccionado administrativa y materialmente. No bastará que el funcionario o servidor haya cesado en el cargo para que él automáticamente considere que le asiste ya el derecho a no concurrir; es decir, no basta un cese temporal para que el funcionario se vea liberado de tener que asistir a ejercer su cargo, en la medida en que la Administración pública no puede perder continuidad, pero también, por cierto, el Estado no debe descargar sus anomalías e imperfecciones en forma indefinida o relativamente indefinida en el sujeto público que ve vencida ya su relación laboral-temporal con la Administración pública.

   Hay igualmente abandono ilegal, cuando el sujeto público comunica a la entidad su decisión de renunciar para acto seguido dejar de concurrir a ejercer funciones o prestar servicios públicos. Por cierto que si la renuncia le es aceptada al funcionario o servidor, el supuesto de abandono, a consecuencia de dicha aceptación, perderá relevancia penal.

Abandono doloso del cargo sin haber cesado legalmente supone, así, mirar tanto la situación de no perfeccionamiento material del cese como la afectación del servicio. El daño al servicio es un requisito del tipo que deberá verificarse para dar por configurado el delito, en cada caso concreto de abandono ilegal. **Ambos requisitos deben concurrir**, la presencia de uno solo haría atípica la figura. Se trata de un delito de resultado que para consumarse requiere que se haya afectado el servicio.

El segundo párrafo del tipo penal incluye una **modalidad agravada** del delito de abandono doloso de cargo público, caracterizado por incitar el sujeto activo al abandono colectivo del trabajo al personal tanto funcionario como servidores públicos, reprimida con pena máxima que llega hasta los tres años de privación de libertad. Constituye un delito de simple actividad y peligro.

La incitación al abandono colectivo, en tanto comportamiento de mayor injusto penal, es la puesta en juego de acciones de influenciamiento proyectados hacia otros funcionarios o servidores públicos, intentando comprometerlos en el abandono.

El tipo penal agravado no exige que quien incita tenga necesariamente una posición jerárquica de dominio o posea influencia sobre el personal, tratándose de datos por sí solos irrelevantes para configurar la agravante o incrementar la penalidad. Sin embargo, la incitación deberá ser explícita, manifiesta y dirigida a un colectivo de personas (funcionarios y servidores públicos), a quienes les llega el mensaje del autor del delito. La norma penal no exige que este tenga éxito en su acción ni que los destinatarios de la incitación efectivamente abandonen el trabajo.

11. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN ILEGAL DE 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.

El último de los delitos de abuso recogidos de manera sistemática en la Sección I del Capítulo II del Título XVIII del

Libro II del Código Penal es el **nombramiento ilegal para cargo público**, realizado por funcionario público, sin que concurran para ello los requisitos legales. El artículo 381 del Código Penal castiga de esta forma al funcionario inescrupuloso que no tiene reparos en violar la legalidad con tal de incorporar en el cuerpo de la administración a personas no idóneas legalmente. Llama la atención la más baja penalidad de las reservadas para los delitos de infracción de deber, con la que se sanciona este tipo penal, no obstante, las implicancias que supone el ingreso de funcionarios a la Administración pública para el ejercicio de cargos públicos, en esas condiciones de ilegalidad.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico específico protegido. 3.2.3. El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública. El objeto directamente afectado [...] son las garantías referidas al principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública. Para Alberto Donna, la figura penal en cuestión «busca resguardar al funcionamiento de la administración del peligro que un nombramiento cuyo beneficiario no detente los requisitos extrínsecos puede acarrearle. En esa dirección se ha sostenido que lo protegido es la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para ella involucra la falta de idoneidad legalmente requerida».

Exp. N.º 02696-2016, del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, del 14 de septiembre de 2018.

El tipo legal precisa que autor de este delito es el funcionario público —no el servidor—, que violenta sus deberes específicos en materia de nombramientos, esto es, quien tiene poder de decisión con capacidad y competencia para nombrar. Ello pone de manifiesto la alta cuota de poder que concentra esta clase de funcionario. Solo puede hacer un nombramiento quien se halla en una posición oficial jerárquica que le habilita para dicha función originaria del título de funcionario público.

Hacer un nombramiento define en el lenguaje de la norma penal un acto formal requerido de requisitos formales (títulos, postgrados, especialidad, edad, experiencia, no estar incurso en incompatibilidades, no tener condena judicial, etc.), constituyendo una de las formas, la más común, de incorporación de las personas (a partir de entonces, funcionarios o servidores) a la Administración pública. Es muy discutible que el acto de nombrar también comprenda el de **contratar**, forma de acceso a la Administración pública desprovista de determinadas formalidades y que no genera inicio de carrera pública. Las contrataciones públicas de personal obedecen a fuente formal distinta de la del nombramiento, no obstante, que en ciertos sectores judiciales exista la propensión a equiparar tales fuentes de funcionarios públicos.

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

Los requisitos legales son los requisitos que están establecidos en la ley o reglamento, incluso en la Constitución para el caso de **altos funcionarios públicos** (ejemplo: para el nombramiento vocales y fiscales supremos). No puede considerarse requisito legal el requisito estatutario de estar al día en el pago de las cuotas a un colegio profesional (por ejemplo, que el sujeto propuesto no haya pagado la cuota al Colegio de Abogados, al Colegio Médico, etc.), a los efectos de perfeccionar la figura penal del artículo 381 del Código Penal.

Se protege con la norma penal la formalidad del nombramiento. De suceder que quien resulta nombrado no satisfaga ulteriormente la

idoneidad material, pese a haber cumplido con los requisitos legales, ello no constituye un tema penalmente relevante, pese a que se entiende que debe existir una línea de coherencia entre los requisitos formales y materiales de idoneidad.

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

Es importante señalar que este tipo penal no ingresa a todo tipo de nombramiento, o mejor aún —en sentido más amplio— de designación. La alusión normativa solamente está referida a los nombramientos que tienen como destino u objeto un cargo público (el funcionario público), mas no así un servicio público por lo mismo a quien detenta dicha condición de vinculación con la Administración pública: el servidor público. Los trabajadores de limpieza de una institución no están contemplados en la norma 381 del Código Penal; de igual forma, cuando se nombra asistentes técnicos en el Congreso, ello no constituye un nombramiento, sino una contratación.

El tipo legal también incluye a la **persona que acepta el cargo**, sabiendo que en él no se dan los requisitos legales, todos o alguno de ellos. De esta manera, se entroniza ilegalmente un funcionario de facto en la Administración pública. En esta modalidad de delito no estamos ante un delito de infracción de deber, pues la conducta se ejecuta y consuma antes de que dicha persona adquiera la condición de funcionario público, esto es que asuma y ejerza funciones. La pena es la misma que para el funcionario público, es decir, 60 a 120 días multa.

Ambas modalidades delictivas son dolosas. El funcionario que nombra debe conocer la falta de requisitos de la persona que postula o está siendo nombrada para el cargo público. Basta que conozca la ausencia de un requisito para perfeccionar el tipo y en esa representación mental decida efectuar el nombramiento. En el caso de la persona que acepta el nombramiento para el cargo público, el dolo comprende igualmente el conocimiento que este tiene de no reunir los requisitos legales, lo cual revela igualmente un nivel de inescrupulosidad, que justamente no debe de producirse en la legalidad del nombramiento. Se pueden presentar situaciones de error de tipo.

JURISPRUDENCIA

Delito de nombramiento ilegal no afecta el patrimonio del Estado; no es posible la dúplica del término de prescripción. Sexto. [E]l tipo legal de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso. [...] **Sétimo.** [...] El tipo legal de nombramiento ilegal no es un delito que afecte el patrimonio del Estado. Este ilícito penal busca proteger la expectativa normativa referida a la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo, de forma específica, el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a las pautas para el nombramiento y aceptación de cargos públicos. El agente público, en este delito, no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales de la Administración. Solo se castiga a quien, extralimitándose en sus funciones, abusa de su poder para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas. En consecuencia, el bien jurídico tutelado en dicho delito es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la Administración pública de irregularidad en el ingreso a la función pública [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 211]. Cabe destacar que, como delito de resultado, se requiere además de la propia ilegalidad del nombramiento, que esta se refiera a contradicciones patentes del ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcionarial del cargo y en violación del

principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 270]. Por consiguiente, no es posible la dúplica del término de prescripción de la acción penal.

R. N. N.º 2304-2014-Lima, del 17-03-15, FFJJ 6 y 7. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Nombramiento o aceptación ilegal: configuración. Quinto. [...] 1. [...] C. [...] [El] artículo 381 del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que «nombra» sino la de aquel que «hace un nombramiento» para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, «hacer un nombramiento» no describe un acto formal único, sino que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente.

Exp. N.º 07-2007 [caso *Victoria Canchaya*], del 04-05-10, FJ 5.1.C. Sala Penal Especial.

12. BIBLIOGRAFÍA

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO, *Código Penal VII Delitos contra la administración pública*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. 2.ª edición actualizada y ampliada. Madrid: Civitas, 1999.

FRANCIA ARIAS, José. Apuntes sobre el delito de abuso de autoridad. *Apuntes de Derecho*, año II, N.º 1. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997.

GARCÍA NAVARRO, Edward. *El delito de abuso de autoridad. Un estudio sobre las estructuras de imputación del delito de abuso de funciones con base en la doctrina y la jurisprudencia penales*. Lima: Grijley, 2007.

HUGO ALVAREZ, Jorge. El delito de abuso de autoridad descrito en el artículo 376 del Código Penal. *Actualidad jurídica*. Tomo 147, Lima, 2006.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1982.

MOLINAS, Fernando Horacio. El dolo y el daño en el delito de abuso de autoridad. *Debate penal*. N.º 41 a 44, Año II, Buenos Aires, 1988.

NAKASAKI SERVIGÓN, César. La actuación de los ejecutores coactivos, ¿Delito de abuso de autoridad? *Iux e Praxis*, N.º 31, Lima, 2000.

PARIONA, Raúl. El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político criminales. Themis-Revista de Derecho 68, PUCP, Lima, 2015.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique. El redescubrimiento del tercero civilmente responsable en los delitos de abuso de autoridad: breves reflexiones desde la victimología. *Revista Jurídica del Perú*, N.º 67, Trujillo, 2006.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de derechos y derechos subjetivos*. Traducción de Juan Carlos Panez Soriano y César Edwin Moreno More. Lima: ARA Editores, 2014.

ROJAS VARGAS, Fidel. El abuso de autoridad: Aspectos legales y jurisprudenciales. En Fidel Rojas Vargas, *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé procesual*. Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002.

Capítulo cinco

DELITOS DE CONCUSIÓN

(Artículos 382 al 386)

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del *nomen iuris* «delitos de concusión» se reúne a varios ilícitos penales de los más antiguos y reprobables, imputables a funcionarios y servidores públicos, vale decir, a las personas a quienes el Estado ha dado poder para que por su intermedio se pueda cumplir con los fines constitucionales y legales de servicio a la nación.

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

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

Sin embargo, pese a la precisión de los componentes **lucro** (en tanto objetivo) y **temor** (como medio de facilitación) dicha acepción jurídica no cubre en su totalidad las diversas figuras delictivas recogidas bajo el epígrafe «concusión» en el Código Penal peruano. En efecto, nuestro cuerpo punitivo no solo contempla el **temor** como instrumento para obtener las finalidades lucrativas del agente, sino que incluye otros componentes como la **inducción** (art. 382), la **coacción** (art. 383), la **concertación** (art. 384) y el **patrocinio de intereses** (art. 385).

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

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

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

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

JURISPRUDENCIA

***Concurso aparente de delitos de chantaje y concusión. Aplicación del principio de especialidad: delito de Concusión* Cuarto.** [...] [La] sentencia recurrida condena al acusado [...] por los delitos contra el Patrimonio — chantaje y contra la Administración pública— concusión [...]. En síntesis la imputación radica en el hecho de haber buscado al agraviado en su centro de trabajo [...] y en su domicilio a fin de solicitarle dinero para que no asiente la denuncia correspondiente por el delito de violación sexual en agravio de la hija menor de OCF; que se precisó que esa conducta es típica porque se subsumió en los delitos de chantaje y concusión —haciendo la distinción que el primer tipo penal es porque a cambio de una ventaja económica se comprometió a no asentar la denuncia de la que ya tenía conocimiento; y el segundo es porque le solicitó dinero a cambio de no asentar la denuncia, lo que involucró falta a sus deberes funcionales—; que no obstante ello, es de advertir que en este caso se plantea un concurso aparente de delitos —chantaje y concusión— en el que se debe proceder conforme al principio de especialidad, pues lo contrario sería transgredir el principio de no contradicción de los actos procesales porque un mismo hecho no puede ser calificado jurídicamente en dos tipos penales distintos [...] lo cierto es que el acusado [...] en su calidad de Suboficial técnico de la Policía Nacional del Perú [...] buscó al agraviado para solicitarle dinero a cambio de no hacer de conocimiento a la autoridad respectiva la denuncia de violación y de no asentarla en el registro respectivo, y no en calidad de persona natural para comunicarle que iba a denunciarlo, pero que a cambio de dinero ya no lo haría; que esta conducta se subsumiría en el artículo 382 del Código Penal, en el que el bien jurídico protegido «es el desenvolvimiento regular de la actividad del Estado dentro de las reglas de dignidad, probidad y eficiencia o el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado a favor de la sociedad y de los individuos». **Quinto.** [...] [Al] haberse subsumido incorrectamente los hechos imputados en dos tipos penales emerge a la vista un vicio procesal que vulnera el principio de legalidad y trascendencia de los actos procesales; que a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva se debe anular la sentencia recurrida [...] y llevarse a cabo un nuevo juicio oral [...].

R. N. N.º 196-2010-Loreto, del 24-11-10, FFJJ 4-5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

2. DELITO DE CONCUSIÓN BÁSICA

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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13)

2.1. Características generales

La figura penal de concusión regulada en el artículo 382 expresa una variedad de abuso de poder del funcionario y servidor público, caracterizada por la **finalidad patrimonial de la conducta del agente**, que se diferencia claramente de los abusos de autoridad contemplados en los artículos 376 al 381 del Código Penal vigente. Esta particularidad puede llevar a colegir que también se estaría colateralmente protegiendo aquí el patrimonio de los particulares (mayormente las víctimas de dicho delito) que resultan directamente agraviados.

JURISPRUDENCIA

Precisiones sobre la tipicidad del delito de concusión. Cuarto. [...] **4.1.4.** [...] [Del] contenido de los [...] documentos se puede inferir que aparentemente los servicios de reparación de dichos equipos técnicos y reparación y mantenimiento de botes de madera no se efectuaron a

favor de la agraviada, pero es el caso que estos hechos no se encuadran en los presupuestos que tipifican el delito de concusión, que exige que el funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un beneficio patrimonial. [...] **4.1.9.** [...]. [De] la estructura típica del artículo 382 del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso solo a funcionarios públicos; siendo así los procesados nombrados no tenían tal calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal.

R. N. N.º 956-2011-Ucayali, del 21-03-12, FFJJ 4.1.4 y 4.1.9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

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

2.2. Bien jurídico protegido

Lo que **la norma penal protege** genéricamente con este específico delito es el **normal funcionamiento de la Administración pública**, que resultan puestos en peligro con los comportamientos abusivos y de finalidad patrimonial ilegítima desarrollados por el sujeto activo. Al ser una modalidad específica de abuso de autoridad, la norma penal busca asegurar un comportamiento ajustado a derecho del funcionario o servidor público, excluyendo hipótesis de abuso de poder. Indirectamente se protege también el patrimonio de las personas afectadas.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico del delito de concusión no tutela el patrimonio público: inaplicación de la duplicidad del plazo de prescripción. Sexto. [Resulta] pertinente enfatizar que el artículo 80 del Código Penal vigente, en su última parte, establece que cuando el delito es cometido por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado el plazo de prescripción se duplica; que, en tal sentido, es de precisar, que en el delito de concusión el bien jurídico protegido es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, pero de ninguna manera se puede afirmar que con la consumación de dicho ilícito penal, el patrimonio general del Estado sufra desmedro alguno; por lo que no resulta al presente caso la aplicación de lo dispuesto en la última parte del artículo en mención, por cuanto con dichos ilícitos penales no se afecta directamente el patrimonio del Estado.

R. N. N.º 4553-2008-Lima, del 11-03-10, FJ 6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

2.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Componen la tipicidad objetiva del tipo los siguientes elementos:

— En cuanto al **sujeto activo** de delito, se trata aquí de cualquier funcionario o servidor que detente cargo público y, por lo mismo, se halle en la posibilidad, en tanto comportamiento negativo, de abusar de dicho cargo. Entendiéndose aquí el término «cargo» en sentido amplio para abarcar con él al poseído por el funcionario como —en la medida que ello sea posible— por el servidor.

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

a. Abuso del cargo

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

El abuso del cargo es una manifestación de grave comportamiento infuncional, que se sale de la esfera de la confianza puesta en el sujeto público por el Estado y la ciudadanía. Constituye un hecho doloso absolutamente reprochable que pervierte la esencia de la función pública, al buscar el funcionario beneficio económico personal aprovechándose de su calidad funcional.

JURISPRUDENCIAS

Definición de abuso del cargo y ausencia de prueba. **Séptimo.** Se entiende por abuso del cargo una arbitrariedad, por cuanto se trata de un acto extralimitado, es decir, fuera del marco legal. El verbo «obligar» es constreñir, precisar o compeler por la fuerza a que uno haga o ejecute una cosa; e «inducir» es instigar, persuadir, o mover a uno, el agente busca que la víctima le entregue o le prometa indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial. En el presente caso, no se advierte que los encausados aprovechando su condición de funcionarios públicos del Gobierno Regional hayan obligado o inducido a otros funcionarios de igual jerarquía o a servidores públicos para que estos les entreguen a ellos o al universo de los trabajadores del Gobierno Regional en forma indebida un bien o un beneficio patrimonial, pues acorde con la descripción del hecho punible estos habrían entregado a todos los trabajadores un beneficio adicional a sus remuneraciones por concepto de canasta de víveres, no mencionando el señor fiscal superior, como responsable de la carga de la prueba, en su dictamen acusatorio cual es la prueba, evidencia o indicios que nos llevan a determinar el uso de la intimidación para que se haya

realizado tal hecho; conducta que sin duda alguna no se adecua a la hipótesis jurídica prevista en el artículo 382 del Código Penal.

R. N. N.º 787-2012-San Martín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

El sujeto activo abusando del cargo hace exigencia arbitraria a la víctima. Tercero. [...] [Para] la configuración [del delito de concusión] se requiere que un funcionario o servidor público, haciendo uso abusivo de su cargo exija o haga pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos; es decir, constituye una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta resultando que el agente no oculta a la víctima que él está exigiendo arbitrariamente algo indebido, siendo sus componentes materiales de tipicidad del comportamiento: a) abuso del cargo, b) obligar o inducir a una persona a dar o prometer, c) el elemento normativo: indebidamente, d) el objeto de la concusión: un bien o un beneficio, y e) el destinatario: para sí o para otro.

R. N. N.º 304-2010-Lima, del 14-04-11, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El abuso del cargo debe incidir sobre la voluntad de la víctima, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones. Sexto. [Para configurar el] delito de concusión [...] se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal, sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada, y iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal *sub júdice*, en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otro, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona [...]. Hecha esta identificación conceptual del delito submateria no es posible subsumir la conducta de los encausados (alcalde y otros funcionarios ediles) en el delito de concusión, pues a decir de la hipótesis del Ministerio Público, el hecho de vender un terreno a una comunidad

adventista sin cumplir con la Ley Orgánica de Municipalidades, esto es, sin efectuar una subasta pública resulta atípica, en tanto si bien a la época de los hechos eran funcionarios de la municipalidad, no se evidencia en forma alguna que abusaran de su cargo para obligar o inducir a alguna persona para dar o prometer en forma indebida para sí o para un tercero un bien o un beneficio patrimonial.

R. N. N.º 1601-2006-Huaura, del 28-01-09, FJ 6. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

Exp. N.º 4050-2002-Cono Norte, del 08-08-02. Sala Penal de la Corte Suprema.

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

JURISPRUDENCIAS

Abusa del cargo para obligar a una proveedora a que le entregue indebidamente una suma de dinero es delito de concusión y peculado. Quinto. [El] dinero que recibió el imputado [...] —950 nuevos soles— correspondía por los honorarios que contractualmente había cobrado [esta], por lo que tal acto de disposición implicaba un desprendimiento del dinero que teóricamente le correspondía a ella y no a los fondos públicos, razón por la cual es de estimar que no se configuran los presupuestos de la descripción típica del artículo 387 del Código Penal, porque dicho dispositivo legal exige, entre otros supuestos, que los fondos o caudales materia de apropiación pertenezca al Estado [...]. [Lo que sí se acredita es el delito de concusión, pues el funcionario acusado abusó de su cargo para obligar a una proveedora a entregarle indebidamente una suma de dinero. El encausado le giró un cheque por 1300 nuevos soles, con la condición de que la proveedora le entregue 950 nuevos soles].

R. N. N.º 1906-2009-Huancavelica, del 31-05-10, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Acreditación del delito de concusión. En autos se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito contra la Administración pública en su modalidad de concusión, así como la responsabilidad del procesado [...], no solo por la sindicación del agraviado [...], sino también por las demás pruebas actuadas que valoradas en forma integral crean convicción de la responsabilidad del encausado, debiéndose precisar que entre los medios probatorios que conllevan a tal determinación destacan las actas en las que se verificó que los cinco billetes de diez nuevos soles previamente fotocopiados y entregados por el agraviado, se encontró en poder del encausado, y la meditación de este en presencia del representante del Ministerio Público, que acepta haber recibido dicho dinero por estar atravesando una situación económica difícil [...]. Asimismo, el delito de Concusión se encuentra tipificado en el artículo 382 del Código Penal, y sanciona al funcionario público que aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un beneficio patrimonial; situación que probadamente ha sido cometida por el encausado, careciendo de relevancia el resultado del trámite.

R. N. N.º 4470-2005, del 18-09-06. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 3448-2004-Ancash, del 26-05-05, FJ 8. Sala Penal de la Corte Suprema.

b. Comportamientos típicos

La norma ha previsto dos modalidades de concusión:

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

b) Induciéndola a dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Entre ambas conductas que hacen de la figura de concusión un tipo compuesto, esto es, un delito de dos modalidades el elemento diferenciador se halla en el significado distinto de los verbos rectores empleados. En efecto, «obligar» quiere decir imponer el agente —funcionario o servidor público— su voluntad sobre una persona, mediante presión, constreñimiento sicológico o amenaza, de modo tal que altere el proceso formativo de su voluntad y le fuerce a adoptar una acción u omisión diversa de aquella que (sin la coacción) habría realizado, y que en este caso afecta su patrimonio. «Inducir», por su parte, supone persuadir o convencer a la víctima, a fin de que dé u ofrezca el bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer bien o beneficio patrimonial que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa, pero de una determinada calidad e intensidad (engaños, estratagemas, apariencias de realidad, en relación al objeto material del delito).

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

«Dar» o «prometer» en tanto finalidad conductual del comportamiento del agente del delito, que actúan en una lógica del resultado típico del obligar o inducir, hacen referencia a la entrega, a proporcionar o a la transferencia de un bien (dar) y ofrecer u obligarse a conceder en tiempo futuro inmediato o mediato un bien o beneficio patrimonial (prometer), en ambos casos comportamientos de la víctima del delito que explican una lógica causal iniciada por el agente del delito funcional.

c. Bien o beneficio patrimonial

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

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

d. Carácter indebido de las prestaciones

La norma requiere además que el resultado «dar» y la acción «prometer» debe ser indebido, es decir, de forma ilegítima sin tener derecho a ello. Esta acotación normativa admite la posibilidad de entregas o promesas patrimoniales debidas por parte del obligado al funcionario o servidor público en un contexto, incluso, de abuso, por presión, del cargo, sin que ello admita relevancia penal por delito de colusión, al tratarse de hechos cuyo interés penal interesará a la esfera administrativa o a las coacciones.

EJEMPLO

En caso que el sujeto activo exija o induzca, haciendo valer su cargo, a efectos de cobrar una deuda personal, estará actuando indebidamente; pero el hecho delito de coacción pero no delito de concusión.

e. El destinatario

Para la modalidad de concusión que se perfecciona con la frase «obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial», la perfección de la tipicidad consumadora del delito requerirá que efectivamente **se verifique este extremo de ingreso al ámbito patrimonial** del sujeto activo del bien o beneficio ilegalmente obtenido. El «otro» al que alude la norma puede ser un familiar, amigo, acreedor del sujeto activo, una persona jurídica, incluso otro funcionario o

servidor, etc. Por lo común, suele suceder que ambos, el sujeto activo como el tercero, sean los beneficiados. La posibilidad que el «otro» esté referido también a sectores de la Administración pública, un colegio, comisaría, etc., resulta bastante discutible en el ámbito del delito de concusión.

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

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

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

JURISPRUDENCIA

Congresista que presiona a trabajadores a entregar parte de su remuneración a terceras personas. Absolución de secretaria por no tener el dominio del hecho. Quinto. [La] encausada [...], [en] su condición de Secretaria, no tenía la influencia sobre los trabajadores del Despacho Congresal aludido, para obligarlos a tal ilegal desprendimiento [entregar parte de su sueldo para que se destine o derive al pago de remuneraciones a terceras

personas que no mantenían vínculo laboral con la Administración pública], de forma tal que la misma procesada no tenía el dominio del hecho y no pudo haber concretado el *iter criminis* del tipo penal hasta su consumación, por ostentar el nivel de secretaria de la excongresista, quien era la que ejercía la presión [a los mencionados trabajadores] por ser la titular del Despacho.

R. N. N.º 1058-2012-Lima, del 14-03-13, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

2.4. Consumación y tentativa

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

a) Cuando se **produce la entrega** del bien o beneficio patrimonial mediante compulsión o inducción, y

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

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

2.5. Penalidad

Pena privativa de la libertad no menor de 2 ni mayor de 8 años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, así como con la inhabilitación que establece el artículo 426 del Código Penal, en concordancia con el artículo 36, numerales 1, 2 y 8 del Código Penal. Como es fácil apreciar, el legislador ha previsto un extremo superior de pena considerable, si tomamos en cuenta la línea general de punición de los delitos funcionales.

3. DELITO DE EXACCIÓN ILEGAL

ARTÍCULO 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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243, EP, 22-10-16)

3.1. Consideraciones generales

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

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

El Código Penal peruano **no ha considerado el elemento subjetivo del lucro** en la conducta del agente. Sigue usando el vocablo «**emolumento**» en desuso en la moderna economía política y en la hacienda pública, y restringido el objeto material del delito; al igual que el concepto **contribuciones**, el mismo que en el ámbito fiscal tributario tiene un específico campo semántico

de significación. Por fuera de estos dos componentes normativos, no existe posibilidad de tipicidad.

En la doctrina, se conoce desde antaño la clasificación de **exacción en explícita e implícita**, la primera cuando el funcionario o servidor público abusivo utiliza su cargo para obligar a la entrega de un bien o beneficio patrimonial; la segunda cuando hace uso del engaño para los mismos efectos.

JURISPRUDENCIA

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

Exp. N.º 1380-98-Piura, del 13-10-98. Sala Penal «C» de la Corte Suprema de Justicia.

3.2. Bien jurídico protegido

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

3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

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

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

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

a. Comportamientos típicos

La norma penal, al igual que en la concusión, coloca como primer requisito de la acción que el sujeto público abuse de su cargo para la ejecución-consumación de cualquiera de los comportamientos típicos descritos contenidos en su redacción legislativa. Modalidades todas representativas de expresiones abusivas y anómalas de poder funcional, que no solo contienen componentes de ilegalidad en la exigencia, sino que están imbuidas de ingredientes coactivos que se proyectan ya sobre la víctima física o ya sobre la Administración pública.

JURISPRUDENCIA

La ilegalidad de los montos cobrados no es suficiente para acreditar delito de exacción ilegal. Sexto. En lo atinente al delito de concusión atribuido al encausado, por cuanto habría cobrado indebidamente sumas de dinero por concepto de liquidaciones de CTS y vacaciones sin que estas las realice el jefe de Personal, que tampoco fueron objeto de los descuentos y de las retenciones por la AFP, la actividad probatoria de cargo no pudo establecer que el referido imputado obligó o indujo a otra persona, abusando de su cargo a proporcionarle los montos por concepto de CTS y vacaciones truncas sin la retención por AFP. Es claro, como acota la pericia, ratificada, la ilegalidad de esos montos, pero no fluye de autos que el alcalde (i) compelió por la amenaza, o (ii) venció la voluntad del funcionario competente, mediante persuasión, convencimiento, apariencia, falsedad, engaño o silencio. No consta prueba testifical que así lo revele. La ilegalidad

de esos montos es insuficiente para estimar que necesariamente medió un acto concusionario con abuso del cargo.

R. N. N.º 1270-2013-Lambayeque, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Procesado absuelto del delito de concusión advirtió a su superior existía el riesgo de figurar en dos planillas de pago. El eventual doble pago efectuado constituye una situación extrapenal. Sétimo. [Está acreditado] que el [funcionario] acusado no desarrolló un comportamiento compatible con una supuesta voluntad de cobrar dos veces [...] y, por ende, obtener beneficio, porque de lo contrario no hubiera enviado [una] carta [a su superior, donde dio cuenta de su designación como director de Administración del Hospital SR, advirtiendo que por haberse desempeñado antes como técnico administrativo en la Dirección Regional, existía el riesgo de figurar en dos planillas de pago, anotando que si ello ocurría, tal situación no sería de su responsabilidad]. Además, si hubiera ejercido amenaza o presión sobre la jefa de remuneraciones del Hospital SR, sería ilógico que después haga de conocimiento de la probable duplicidad de pago [...]. **Octavo.** [Descartado] que el acusado hubiese actuado con voluntad delictuosa [delito de concusión], el eventual doble pago efectuado constituye una situación extrapenal que debe resolverse administrativamente mediante los descuentos a que hubiere lugar.

R. N. N.º 1433-2007-Madre de Dios, del 03-03-08, FFJJ 7 y 8. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

a) ***Exigir contribuciones no debidas*** o por encima de la tarifa legal implica demandar enérgicamente al supuestamente

obligado el cumplimiento de obligaciones tributarias para con la Administración pública, inexistentes o excesivas. En cambio, **exigir emolumentos** supone demandar o solicitar imperiosamente remuneraciones no debidas o excesivas que irán a engrosar el patrimonio del funcionario o servidor público. Como es fácil inferir, estamos frente a dos hipótesis legales distintas que el legislador ha integrado en un mismo tipo penal, lo cual es técnicamente discutible.

b) ***Hace pagar contribuciones o emolumentos* no debidos o excesivos** representa la ejecución material de la exigencia, el pago en dinero o mediante documentos de crédito con valor para el pago, que igualmente no ha merecido una distinción por parte del legislador a los efectos de incrementar el grado de ilicitud penal a través de la sanción estatal. Hacer pagar, sin embargo, también puede significar una conducta autónoma sin relación de progresividad —vista retrospectivamente— con la exigencia. En esta modalidad, al igual que en el «hace entregar», el sujeto público, autor del delito, puede recurrir a estratagemas o mecanismos de engaño o inducción indebida sobre quien abona la contribución o sobre el área administrativa en materia de pago de emolumentos.

c) La tercera modalidad ***hace entregar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos***, mediante la cual también se puede cometer el delito de exacciones ilegales representa una formula típico-descriptiva controvertible, dado que la noción «entrega» de contribuciones, concebida como distinta del pago de contribuciones resulta difícil de admitir. Por su parte «hace entregar emolumentos» supone una vía no ajustada a la que corresponde al pago regular de remuneraciones, pudiendo entenderse como una imposición del funcionario sobre la administración para entregas directas de dinero.

JURISPRUDENCIAS

No existe delito de exacción si funcionarios (regidores) cobraron viáticos en cumplimiento de un acuerdo edil. 3.2.1. El delito de cobro indebido establece entre otros, que el funcionario mediante intimidación fáctica de la condición que le asiste, exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos, por lo que la voluntad del agente está dirigido a compeler la voluntad de otra persona para obtener dicho beneficio. Debe precisarse que aquello «no debido» (cobro indebido) es lo ilegítimo, esto es, aquella exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por la ley o reglamento vigente, o cuando siendo legal en sí misma tiene por objetivo una suma que el particular ha pagado o que no debe. **3.2.2.** [...] [Que] si bien se acrédito la relación funcional con la municipalidad agraviada, conforme sus propias versiones, aceptando haber recibido viáticos para efectuar un viaje a la ciudad de Lima; también lo es que un coencausado, en el contradictorio [...] reconoció enfáticamente que los viajes realizados por sus coencausados fueron en calidad de regidores, autorizados por acuerdo de Concejo Municipal, entregando viáticos, lo cual fue corroborado con el Informe Pericial [...], donde se precisó que los viajes realizados por los referidos encausados se autorizaron en sesión ordinaria del Concejo [...]. **3.2.3.** En efecto, bajo dicha premisa, y teniendo en cuenta la configuración típica del delito de cobro indebido, se aprecia de autos que no existe ánimo doloso por parte de los encausados; pues estos se limitaron a dar cumplimiento con lo dispuesto en acuerdo de Concejo Municipal, sin que para ello se haya quebrantado alguna norma, pues conforme se ha referido en los considerandos precedentes se estableció que los viáticos son asignaciones otorgadas, independientemente de la fuente de financiamiento o la relación contractual, al ser otorgado únicamente para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local; por ello no puede considerarse un cobro que no estuvo autorizado por ley, como así lo requiere la figura de cobro indebido para que se configure dicho ilícito penal.

R. N. N.º 3295-2012-Amazonas, del 06-03-13, FFJJ 3.2.1 al 3.2.3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Exacción ilegal acreditada: Alcalde consintió que se exigiera ilegalmente el pago de una deuda tributaria. Cuarto. [Con] relación al delito de concusión (art. 383 del Código Penal) fluye de lo actuado que el exal-

calde encausado sabía que [su coacusado] exigió ilegalmente el pago de una deuda a la empresa [...] y trabó una medida cautelar contra ella por una supuesta deuda tributaria [...] y, lejos de impedir —como era su deber funcional— que se prosiguiera con el anormal procedimiento de cobranza (en los que se evidencian —entre otras— irregularidades relacionadas con la ausencia de notificación a la citada empresa, el cobro de un concepto no tributario como tributario, la contravención a la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la falta de razonabilidad del cálculo del monto de la deuda, y la carencia de competencia territorial del ejecutor coactivo), lo convalidó al consentir el pago de tal contribución indebida.

R. N. N.º 3182-2006-Santa, del 07-03-08, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para poder obtener un beneficio, lo que no se ha acreditado en autos. Tercero. [...] [El] punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes [delito de concusión previsto en el artículo 383 CP], además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público. **Cuarto.** [Para] que se configure este tipo penal, se exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para poder obtener un beneficio, lo que no se ha acreditado en autos [...], el mismo que concuerda con la pericia contable de parte [...], que concluye que el pago de remuneraciones [...] se efectuó conforme a las normas legales vigentes, por tanto, no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal [...].

R. N. N.º 1458-2007-Cusco, del 14-03-08, FFJJ 3 y 4. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Exacción ilegal es un tipo penal de tipicidad amplia. Sin embargo no abarca las subvenciones. El delito de exacción ilegal, contemplado en el artículo 383 del Código Penal, se refiere, no solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse dar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos y que excedan la tarifa legal, refiriéndose sobre todo al pago de aranceles;

siendo ello así, en el presente proceso no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley, sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado por dicho delito.

Exp. N.º 83-2004-Ancash, del 01-10-04. Sala Penal de la Corte Suprema.

b. Contribuciones o emolumentos

Con la expresión *contribuciones* la norma penal hace alusión, en una primera e inicial interpretación, a un concepto normativo tributario, con el cual se comprende a una especie de tributo cuya obligación de pago nace de los beneficios obtenidos por el obligado y derivado de la realización de obras o servicios públicos. Sin embargo, esta acepción estricta del término «contribución», no responde plausiblemente a los fines del ámbito de tutela de la norma penal, de forma tal que en derecho penal se emplea dicho vocablo en una acepción amplia para comprender también las tasas (judiciales, municipales, administrativas, etc), impuestos (en su diversas y concretas expresiones, IGV, a la renta, especial a la renta, régimen único simplificado RUS, al patrimonio, a las sociedades, selectivo al consumo, a las transacciones financieras, a los activos fijos, impuesto extraordinario para la promoción al turismo, a los casinos y tragamonedas, etc), derechos (regalías, gravámenes mineros, derechos arancelarios, aportaciones a ESSALUD y a la ONP y otros). La «contribución» es una deuda que el ciudadano, también un funcionario o servidor, tiene con la Administración pública recaudadora o que recauda. En la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria, R. N. N.º 1630-2013, incluso la protección penal se amplió —erroneamente— para considerar contribución, al pago excesivo que se hizo pagar a los padres de familia de un colegio estatal.

Con la palabra *emolumento* la norma se está refiriendo a los ingresos (honorarios, indemnizaciones, sueldos, remuneraciones o cualquier otro derecho pecuniario de carácter personalizado), que perciben regular o excepcionalmente determinados funcionarios o servidores públicos. También en sentido amplio, a las pensiones de jubilación, indemnizaciones o devoluciones de impuestos pagados en exceso. Es discutible que integre dicho concepto las multas.

JURISPRUDENCIAS

Diferencia entre remuneraciones y emolumentos. Cuarto. [El] delito de exacción ilegal, [...] para su realización requiere que el funcionario o servidor público aprovechando de su cargo, exija o haga pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal al sujeto pasivo, extremos que no se han dado en autos, toda vez que la contribución viene a ser la cuota o prestación personal que se impone con la finalidad de atender las necesidades del Estado y sus organismos autónomos o dependientes, lo cual viene a ser sinónimo de impuesto, tributo, arbitrios, tasas, subsidio, gabelas; todo lo cual tiene su propia construcción con relación a los servicios que se presta, cuyos montos a abonarse están establecidos en la normatividad legal que regula cada uno de estos ítems; mientras el emolumento está exclusivamente vinculado con remuneración, que viene a ser el pago por los servicios prestados en un cargo o empleo, incluyéndose en estos los honorarios profesionales, extremos que no se han configurado en el proceso.

R. N. N.º 668-2007-Pasco, del 03-06-08, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Exacción ilegal por cobro excesivo queda acreditada. Sexto. No resultan de recibo las alegaciones del agente delictivo, pues el cargo imputado fue claramente definido tanto en la acusación como en la sentencia impugnada; además, se fundamentaron debidamente las razones para establecer su responsabilidad penal como autor del delito, pues detentó la facultad de realizar los cobros a los padres de familia [...], lo que se corroboró con el contenido del dictamen pericial, en el que se determinó que se realizaron cobros excesivos a los padres de familia por concepto de Programas de Recuperación Académica, pues cuando de modo correcto se debió cobrar veinte nuevos soles por dicho concepto, se realizó un cobro de treinta

nuevos soles. Cabe destacar que el procesado aceptó que realizó el cobro de treinta nuevos soles por el señalado concepto; por lo que la exacción a los padres de familia quedó plenamente comprobada. **Séptimo**. El delito de concusión no implica la gestión o administración de dinero público, sino, por el contrario, su naturaleza delictiva estriba en el abuso de la posición de autoridad que tiene el agente público para cobrar o hacer entregar contribuciones no debidas o en cantidades que exceden la tarifa legal.

R. N. N.º 1630-2013-Ayacucho, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

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

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

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

JURISPRUDENCIA

Acuerdo municipal, en ausencia de engaño, excluye la posibilidad de exacción ilegal en aumento de remuneraciones de personal. Quinto. [...] Es verdad que, materialmente, los informes, acuerdos y resoluciones vulneraron la legislación presupuestal, pero no toda ilegalidad presupuestal constituye delito. En el caso del delito de exacción ilegal, dentro del marco fáctico enjuiciado, se requiere una actividad engañosa de la autoridad para obtener un emolumento de un monto no debido. Al haberse realizado

informes técnicos, acuerdos de consejo municipal y resoluciones de alcaldía —en cumplimiento de la Ley Orgánica de Municipalidades—, a mérito de lo cual se concretó el aumento cuestionado, no es posible sostener que medió engaño en esos informe y decisiones; no se afirmó, en su emisión hechos falsos no se disimuló o desfiguró los verdaderos. Su base jurídica era errónea, pero no los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados. Distinto hubiera sido si tales pasos administrativos no se hubieran dado, si se ordenó llanamente —sin base fáctica ni procedimiento previo— un aumento indebido, o si se invocó para el aumento acuerdos y resoluciones falsas —inexistentes—, engañando en todos los casos a los funcionarios competentes para lograr su cumplimiento. En este orden de ideas, es menester invocar, en cuanto a sus conclusiones, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 871-2001 Cuzco, del 23 de enero de 2002, dictada de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo adjunto en lo penal de fecha 31 de octubre de 2001, que niega el delito de exacción ilegal cuando media acuerdo municipal para un aumento de diversos rubros que integran las remuneraciones, lo que importa que no se obligó —o, mejor dicho, no se engañó— a los funcionarios públicos competentes para hacerse dar este aumento.

Casación N.º 977-2016-CUSCO, Primera Sala Penal Transitoria

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

d. El tipo penal es doloso

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

representaciones mentales del *quantum* de la contribución o del emolumento, por equivocación o ligerezas, al descartar la presencia de conducta dolosa convierten al ilícito en uno de corte administrativo o dependiendo de su escaso monto o intensidad excluyen de la relevancia jurídica.

JURISPRUDENCIA

Funcionario que admite haber recibido de parte del usuario un monto porque desconocía la tarifa exacta de un servicio no incurre en exacción ilegal. Tercero. [El] encausado [...] tiene la calidad de funcionario público para efectos penales por cuanto se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado, y si bien admitió haber recibido de parte del usuario [...] la suma de 100 nuevos soles, [...] explicó que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento que la tarifa por dicho concepto era menor —14,45 nuevos soles—, devolvió el saldo; que esta afirmación se corrobora con la declaración del usuario, [...], quien en el juicio oral [...] expresó que el acusado le devolvió la diferencia, incluso, señaló que la cantidad de dinero que le entregó —100 nuevos soles— no le pareció excesiva porque para regularizar el servicio de luz tuvo que pagar la suma de 300 nuevos soles.

R. N. N.º 2788-2008-Tumbes, del 21-10-10, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la Corte Suprema.

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

Exp. N.º 861-2002-Cusco, del 23-01-02.

Configuración del delito de cobro indebido. Que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383 del Código Penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el funcionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que

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

Exp. N.º 861-2002-Cusco, del 23-01-02.

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

Exp. N.º 2916-2001-Lima, del 12 de julio de 2010.

3.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma dependiendo de la modalidad en juego. La **exacción mediante exigencia**, al ser un tipo penal de simple actividad, posibilita que la consumación se lleve a cabo con el desarrollo de la conducta, sin requerir que se produzca el resultado material de la entrega de la contribución o emolumento. En cambio, en las

otras dos modalidades que toman a los núcleos rectores «hace entregar» y «hace pagar», van a requerir que se verifique la presencia del contenido material de la exacción: la entrega de la contribución o, en la otra hipótesis, del emolumento.

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

3.5. Penalidad

Se impone una pena privativa de la libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años y, conjuntamente, inhabilitación de acuerdo con lo establecido en los artículos 426 y 36 (numerales 1, 2 y 8) del Código Penal.

4. 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 concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni

mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo único de la Ley N.º 29758 (EP, 21-07-11), por el Resolutivo 1 del Expediente N.º 00017-2011-PI-TC (EP, 07-06-12), por el artículo 1º de la Ley N.º 29703 (EP, 10-06-11) y por el artículo 2º de la Ley N.º 26713 (EP, 27-12-96).

4.1. Consideraciones generales

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

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

JURISPRUDENCIA

Elementos constitutivos del tipo de colusión. La absolución del interesado desvirtúa la existencia de acuerdo colusorio con funcionario público. Décimo. [E]l delito de colusión desleal [...] se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, y iii) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierta con el particular interesado defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. **Décimo primero.** Que, en el presente caso, la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la Municipalidad Provincial de Huamanga, por tanto, no se configuró el ilícito penal materia de acusación; es decir, se desvirtuó la mencionada colusión o encuentro clandestino entre los funcionarios o servidores públicos con el particular para defraudar al Estado, esto es, no se demostró la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo

penal que describe el artículo 384 del Código Penal; que, en tal virtud, la nueva prueba aportada por los recurrentes —no conocidas al momento de la condena— que se traduce en la sentencia absolutoria del particular interesado incide en esencia en el juicio de su responsabilidad penal, por ende, resulta evidente la absolución de los sentenciados recurrentes, en tanto la nueva prueba que aportaron tiene entidad suficiente como para enervar el juicio condenatorio emitido en su contra.

Rev. Sent. N.º 164-2011-Ayacucho, del 25-09-13, FFJJ 10 y 11. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. IDEM, R. N. N.º 237-2010-Lima, de 05-04-11, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema; R. N. N.º 3575-11-Pasco, de 25-10-12, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema; R. N. N.º 2421-11-Cajamarca, de 24-01-13, FJ 6.2.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; R. N. N.º 1292-11-Ayacucho, del 18-01-12, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Colusión es un delito de infracción de deber. Absolución de procesados que no tuvieron en su ámbito de competencia la decisión de selección y aprobación de la compra del bien adjudicado. Tercero. [...] Es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito; que, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de «*neminen laede*» o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional especifico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, 1997, pp. 1006 y siguientes); asimismo, esta exigencia formal —de «funcionario o servidor público»— debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial (Vid., GARCÍA CAVERO, «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal». En Percy García Cavero y José Luis Castillo Alva. El delito de colusión. Lima: Grijley, 2008, p. 32) toda vez que su sustento está en el "deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que para el presente caso habrá

que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional "funcional" la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. **Cuarto.** [Compulsados] los agravios alegados por los recurrentes, dentro del contexto probatorio y lo actuado a nivel del juicio oral, no ha quedado acreditado que los procesados se hayan concertado con los interesados [...] para efectuar la compra del motor de lancha [objeto de la adjudicación], toda vez que ellos no tuvieron en su ámbito institucional —funcional— la decisión de selección y aprobación de la compra de dicho bien [...], por lo tanto, no habiéndose reunido los elementos constitutivos de este tipo penal, [la absolución] se encuentra conforme a ley.

R. N. N.º 4469-2008-Loreto, del 11-03-10, FFJJ 3 y 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Estructura típica del delito de colusión: Tercero. [...] [Este] Tribunal Supremo considera pertinente desarrollar algunos fundamentos esenciales para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal: **i)** *Fundamento de imputación jurídico-penal*: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de «*neminem laedere*» o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, *generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público*, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición. Madrid, 1997, pp. 1006 y siguientes)]. ii) *La expectativa normativa protegida*: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración pública, específicamente en la lealtad de la actuación del funcionario público, por la confianza que se le ha encomendado en la correcta disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública —en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos—. iii) *La conexión directa del status funcionarial con el ámbito de sus deberes especiales*: esta exigencia

formal de «funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación —las que pueden concretizarse en i) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, ii) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, iii) acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin —cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio—, y iv) provisiones o abastecimientos de diversos bienes, defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, —que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo— presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo». iv) *Naturaleza jurídica*: de «lesión», pues no basta el simple acuerdo colusorio —razón fundamental por la cual no puede considerarse como un delito de mera actividad—, sino que además, exige como uno de los elementos constitutivos, que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial, «*defraude al Estado*». v) *Defraudar al Estado*: El legislador penal al momento de establecer los elementos típicos del delito de colusión ilegal, si bien dejó delimitado las diversas modalidades confabulatorias en la que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo, sin embargo, tal técnica legislativa utilizada ofrece poca claridad a la hora de interpretar el elemento típico de «defraudar al Estado»; razón que ha conllevado, que tanto en la Jurisprudencia y en la dogmática penal peruana, exista una divergencia respecto a la interpretación de este elemento normativo del tipo de naturaleza objetiva, por lo que este Tribunal Supremo considera que, para el presente caso, cualquier sustento normativo que se intente utilizar para darle un contenido interpretativo a este elemento típico, ha de estar siempre ligada tanto al *principio de legalidad*, a la *naturaleza del tipo penal* y al *contexto social donde la «acción penal se concretice o se defraude el deber positivo»*, bajo esta argumentación, solo así se mantendrá una seguridad jurídica atenta al principio de legalidad. Que, el delito de colusión ilegal no es un tipo penal que se encuentre orientado por sí solo a garantizar la protección del patrimonio del Estado o cautelar los intereses de la Administración pública. Sentada esta premisa, «defraudar al Estado» representa la producción de un potencial perjuicio económico —atento al principio de lesividad: artículo IV del Título Preliminar del Código Penal—; sin embargo, para poder afirmar la defraudación de este tipo penal, no solo basta la constatación entre la concertación y el potencial perjuicio, sino

que, además, criterios de imputación objetiva nos aconsejarían mantener un relación objetiva entre todos sus elementos. En este sentido, la consumación de este tipo penal se configura con la concretización del riesgo generado por la infracción del deber positivo o especial del funcionario público coludido, resultando irrelevante que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.

R. N. N.º 03-2008-«A»-10-Lima, del 06-10-10, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema; IDEM, R. N. N.º 2617-2012-Callao, de 22-01-14, FJ 3.4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

4.2. Concepto de colusión desleal

La palabra «colusión» pone ya de manifiesto la naturaleza del delito. Colusión significa ponerse de acuerdo dos o más personas para dañar algo o alguien. Tiene la noción de pacto, componenda, arreglo subrepticio para ocasionar perjuicio. La idea de la colusión ilegal corresponde a una gama de delitos que en otras legislaciones constituye lo que se llama «delitos de fraude a la Administración pública».

En el delito de colusión desleal se patentiza la **pérdida de parcialidad** (pro Administración pública) por parte del funcionario público vinculado funcionalmente. El funcionario que interviene en las contrataciones, concesiones u operaciones, a nombre del Estado tiene que actuar representando los intereses estatales, los intereses de la repartición pública a la cual pertenece y para la cual trabaja. Por lo mismo, su participación en esos negocios no puede ser imparcial; la imparcialidad significa actuar con neutralidad para tomar una decisión. En la colusión, el delito está situado en un contexto en el cual el funcionario que negocia con las contratistas a nombre del Estado no puede actuar con imparcialidad. Si quisiéramos considerar que aquí se cautela o protege la imparcialidad del funcionario, tendríamos que concluir que este funcionario, cuando negocia con los contratistas e interviene en la múltiple sucesión de actos que

compone el tracto de la contratación o concesión, tiene que ver el beneficio tanto de la administración como para los contratistas, y esa no es la idea que está presente en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, que señala que se debe contratar buscando las máximas bonanzas para la Administración pública. Al funcionario negociador no le es exigible tomar en cuenta los beneficios o utilidades a favor de las empresas contratistas.

Si bien el Tribunal Constitucional ha indicado, mediante sentencia del 3 de mayo del 2012 (Exp. 00017-2011-PI/TC.Lima), que en el delito de colusión se protege entre otros principios que rigen la contratación pública el de imparcialidad, dicha afirmación hay que ubicarlo en los límites de la protección de la norma penal para entenderla bajo el alcance de los actos administrativos internos que supone la serie de momentos en la contratación y que implica toma parciales de decisión, no en tanto principio de valor rector entre las partes, dado que el funcionario vinculado no es un agente neutral o ajeno a la contratación, al contrario, es parte en la misma y parte que representa los intereses de la Administración pública. Así, al momento de otorgar puntajes a los postores, los funcionarios del Comité de contratación tienen que actuar con imparcialidad, esto es, una imparcialidad cercana a la objetividad, más que a la neutralidad, que significa rigor y profesionalismo al evaluar los diversos ítems o variables para seleccionar al mejor postor.

JURISPRUDENCIA

La colusión no es un delito de organización o de dominio, sino un delito de infracción de deber. Cuarto. [Para] que se configure el delito de colusión ilegal [...] deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto de la defensa de los intereses públicos que le están

encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho de la función administrativa.

R. N. N.º 215-2011-Huánuco, del 06-03-12, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito de colusión es un delito de suma gravedad, el que se pone de manifiesto varios **elementos negativos**:

a) El quiebre del funcionario que traiciona los intereses estatales, los intereses patrimoniales públicos.

b) El carácter desleal del funcionario para con la nación.

c) La falta de parcialidad para con los intereses públicos.

d) El propiciar o facilitar que las empresas y/o que los interesados enfaticen y potencien sus intereses lucrativos contra los de la Administración pública.

JURISPRUDENCIAS

En el delito de colusión, el funcionario asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. Tercero. [...] [El] núcleo rector del delito de colusión desleal [...] es que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de

confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado [...].

R. N. N.º 4661-2007-Ucayali, del 30-03-09, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito de colusión como un delito de mera actividad. Cuarto. [E]l delito de colusión desleal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio [...], siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto —el perjuicio— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio).

R. N. N.º 5315-2008-Puno, del 03-05-10, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito de colusión es un tipo penal especial propio, de resultado. [L]a colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración; que, en ese orden de ideas, resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad, por lo que no cabe atribuírseles la comisión de este delito.

R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios, del 15-02-03, FJ 6. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

4.3. Evolución legislativa del tipo

La fórmula peruana original de colusión ilegal(2) se diferencia claramente de su fuente española de 1973(3) (al igual que de la actual de 1995)(4), por cuanto esta reprimía el delito en fase de preparación enfatizando el núcleo de la ilicitud en la concertación **para defraudar** sin que requiera que se produzca la defraudación a los intereses del ente público.

---

(2) *Código Penal*: «artículo 384 (versión original, hoy derogada). El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda** al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años» (resaltado nuestro).

(3) *Código Penal español de 1944 (refundido en 1973)*: «artículo 400. El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio **para defraudar** al Estado, provincia o municipio, incurrirá en las penas de prisión menor e inhabilitación especial» (resaltado nuestro).

(4) *Código penal español de 1995*: «artículo 436. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio **para defraudar** a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años» (resaltado nuestro).

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

Luego de la modificación de la Ley N.º 26713 (de 27 de diciembre de 1996), un sustancial cambio se produjo con la Ley N.º 29703 (de 10 de junio de 2011) cuando se precisó que la defraudación al Estado tiene que ser **de naturaleza «patrimonial»**. Esta variación fue duramente criticada, pues se consideraba que con la nueva redacción se cometería delito de colusión solo si existe un perjuicio económico en agravio del Estado. Se llegó a afirmar que esta peligrosa modificación dejaría sin sanción a muchos funcionarios corruptos —que actuaron de manera indebida e irregular al coludirse con un tercero y recibieron dinero por ello— solo por el hecho de que esa conducta no generaba un daño patrimonial al país. Se interpuso incluso una acción de inconstitucionalidad contra esta modificación de la Ley N.º 29703, a cargo del fiscal de la Nación. El Tribunal Constitucional declaró mediante sentencia, fundada dicha demanda de inconstitucionalidad (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Lima, de 3 de mayo de 2012)(5). Por cierto se trató —en la mayoría de razones expuestas—

(5) Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (*Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal [delito de colusión] y el artículo 401 del Código Penal [delito de tráfico de influencias]*). Lima, de 3 de mayo de 2012: «V. FALLO. [...] HA RESUELTO: 1. Declarar **fundada** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384 del Código Penal a través de la Ley N.º 29703, y en consecuencia, nulo y carente de todo efecto la expresión «patrimonialmente». 2. En consecuencia, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo precisado en el fundamento N.º 37 de la presente

de argumentos que mistificaron el análisis y atemorizaron al pleno del Congreso, que en su desconocimiento de la técnica legislativa no tuvo mayor opción que derogar y sustituir el modelo de colusión de resultado por una fórmula dual, que contempló un diseño básico de peligro y uno agravado, con penas distintas.

En efecto, y como consecuencia, para evitar interpretaciones ambiguas, un mes después se realizó una nueva reforma mediante la Ley N.º 29758 (de 11 de julio de 2011), que sustituyendo radicalmente las fórmulas anteriores, contempla una redacción técnicamente más acertada y proporcional al injusto cometido. A partir de entonces, el tipo penal admite **dos modalidades de colusión**: una colusión de peligro (simple) y una colusión de resultado (agravado). La modificación efectuada por la Ley N.º 30111 (de 26 de noviembre de 2013) incorpora la pena de multa para este tipo de delitos, mientras que el Decreto Legislativo 1243 (de 22 de octubre de 2016) introdujo expresamente la pena de inhabilitación.

4.4. Colusión y contratación estatal

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

La **Constitución del Estado** en su **artículo 76 establece pautas rectoras** en relación a la contratación estatal: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos

---

sentencia, cuando se invoque la referida disposición no podrán considerar el término «patrimonialmente». 3. Declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene»

se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como la adquisición o 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».

JURISPRUDENCIAS

Funcionario que no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno comete negligencia y no delito de colusión ilegal.
3.1.3. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, *para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados*, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, *si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.*

R. N. N.º 1199-2013-Arequipa, del 06-08-14, FJ 3.1.3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación estatal. Quinto. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, *para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados*, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados, así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el

funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

R. N. N.º 1969-2012-La Libertad, del 16-01-14, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

4.5. Bien jurídico protegido

El objeto de tutela penal busca proteger la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de representación del Estado en las contrataciones públicas, es decir, en los procesos de gestión de los recursos públicos en las contrataciones, concesiones y operaciones. De este modo se **protege el patrimonio del Estado de las amenazas o de su efectiva lesión. Protección que, incluso, abarca** la posibilidad de patrimonio, como sucede, en este último ámbito de tutela, en las negociaciones que le deberían reportar al Estado beneficios lícitos, pero resultan bloqueados por la concertación delictiva del sujeto activo con el interesado. El Tribunal Constitucional ha destacado, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 020-2003-AI/TC, que específicamente se busca, con este delito, preservar los principios de la contratación pública: «libre competencia, trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, transparencia e imparcialidad administrativa». Principios que si bien son importantes en el ámbito de la contratación, sin embargo sus alcances no cubren la totalidad de valores e intereses contenidos en el delito de colusión. Alcances limitados a la colusión simple, pero que no cubren la colusión agravada, donde la protección penal se proyecta al patrimonio público.

Jurisprudencia reciente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación 9-2018 Junín, del 26 de junio de 2019 (funda-

mento 1.6), considera que en el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en sentido económico, sino «la asignación de recursos públicos de manera eficiente y racional», con lo que se enfatiza un valor administrativo más que jurídico penal. Dicho criterio tiene el defecto de no cubrir todos los objetos normativos de protección de delito ni el significado optimizado de la injerencia punitiva.

JURISPRUDENCIAS

***Protección de la contratación pública.* 12.** La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. [...] **16.** [...] [La] eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución].

Exp. N.º 020-2003-AI/TC, de 17-05-04, FFJJ 12 y 16. Tribunal Constitucional.

El bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las contrataciones públicas. Sexto. [La] colusión desleal [...] es un tipo penal especial propio de resultado que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración [...].

R. N. N.º 75-2003-Madre de Dios, de 15-02-05, FJ 6. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Delitos de colusión desleal y peculado: bienes jurídicos protegidos. Tercero. [E]n el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos; en tanto que, en el delito de Peculado el bien jurídico protegido es: a) el normal desarrollo de las actividades de la Administración pública, que debe entenderse desde el punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; siendo que la conducta prohibida está constituida por la apropiación o la utilización para sí o para otros de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados.

R. N. N.º 2029-2005-Lima, del 24-05-06, FJ 3. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Bien jurídico. Configuración. No necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Quinto. [El] bien jurídico protegido en [este] delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la Administración pública y, en tal sentido, constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: *la concertación con los interesados y la defraudación al Estado*; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un

delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado con la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho de la función administrativa.

R. N. N.º 1296-2007-Lima, del 12-12-07, FJ 5. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito de colusión no solo protege el patrimonio del Estado, sino también se garantiza la intangibilidad de los roles especiales del funcionario o servidor público. Tercero. [E]l objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo 384 del Código Penal, sino también garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración pública y, además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios. No obstante ello, cabe precisar que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, siendo lo cuestionable por el tipo penal, el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado.

R. N. N.º 1305-2014-Ancash, de 10-11-2015, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito de colusión protege la asignación de recursos públicos. El delito de colusión es de simple actividad. 1.4. El bien jurídico protegido en el delito de colusión —tipo penal de infracción— no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales. **1.6.** En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado, en un sentido económico —menoscabo cuantitativo en términos contables—, sino la asignación de los

caudales públicos de manera eficiente y racional. **1.7.** Como consecuencia de lo mencionado, el principio de lesividad permite aseverar que el tipo penal no es uno de resultado, sino uno de mera actividad que se configura cuando el agente delictivo se confabula con un particular para efectuar una contratación estatal sea a favor o en contra del Estado. **1.8.** Se descarta la protección exclusiva al patrimonio del Estado y el concurso necesario de un perjuicio para la configuración típica del delito de colusión, por cuanto el pacto colusorio podría importar un beneficio para el Estado. Sin embargo, la obtención de dicha gracia implicaría justificar la confabulación del funcionario público con un privado para concederle determinada contratación en desmedro de la optimización de calidad que podrían ofrecer libremente otras personas naturales o jurídicas, limitando la proposición de potenciales mejores oferta.

Casación N.º 9-2018 Junín del 26 de junio de 2019, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

4.6. Tipicidad objetiva y subjetiva

El sujeto público funcionario o servidor público, en el marco del delito de colusión posee **doble calificación funcional**. Por un lado se trata de un funcionario o servidor público vinculado con las contrataciones, las concesiones o las operaciones, por razón de su cargo y competencias derivadas del mismo; por otro, es quien tiene asignado por el contenido reglado de su cargo o por encargo especial la facultad de intervenir a nombre del Estado —o, en específico, de la repartición pública— en las contrataciones o, concesiones con los interesados, o de conducir el *iter* de las operaciones.

JURISPRUDENCIAS

Falta de competencia funcional del autor hace atípico por colusión el hecho imputado. 2.3.3. Al comentar los tipos de sujeto activo cualificado, Reyes Echandía sostiene que son aquellos que requieren en el sujeto activo una cualidad o categoría especial sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal [...]. **2.3.4.** El delito de colusión desleal es un tipo cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor,

sino exclusivamente los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código penal. 2.3.5. Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos integrantes de una junta de usuarios de riego, no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal. **2.3.6.** En consecuencia, los hechos incriminados no detentan contenido penal, esto es que no se configura la tipicidad, dado que no se adecua a un tipo penal previsto por la ley penal.

R. N. N.º 1458-2012-Ica, de 08-05-13. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Funcionario que carece de facultades de decisión no puede ser autor de colusión. Décimo. Resulta necesario precisar la condicional funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características. Así, tenemos que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige. En dicho contexto, se advierte que los encausados JH (jefe de la Oficina de Control Patrimonial) y LD (miembro del Comité de Altas y Bajas) no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento [...], por lo tanto, al carecer del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, los referidos encausados no reúnen los presupuestos para ser considerados sujetos activos del delito de colusión, siendo así la absolución de los acusados resulta conforme a ley.

R. N. N.º 1105-2011-Ica, de 22-08-12. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

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

JURISPRUDENCIA

El *extraneus* es aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público pero interviene en las tratativas. En el presente caso solo participó en los trámites administrativos. Sexto. [El] Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección submateria, también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte que si el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) el perjuicio a un tercero, en este caso, al Estado, y finalmente, iii) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta [del procesado]; [...] la figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial —de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado—, empero, interviene en las citadas tratativas; lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso sublitis, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere.

R. N. N.º 702-2009-Lima, del 12-05-10, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, FJ 6.

El delito de colusión desleal tiene como sujeto activo al funcionario que interviene, directa o indirectamente, en los negocios públicos (procesos de selección, concesiones u operaciones) en razón de su cargo, vale decir aquella persona que por ley es la llamada a participar en el tracto inicial o sucesivo de las diversas modalidades y momentos de la contratación pública y de las fases que componen el desarrollo de las concesiones públicas. Sujeto público que contraviniendo sus roles de representante de la entidad pública y encargado de optimizar los valores e intereses de la Administración pública, interviene en las contrataciones, concesiones u operaciones a cargo del Estado desarrollando actos de concierto con el interesado que se orientan a defraudar los intereses de la administración y/o lo perjudican efectivamente.

JURISPRUDENCIAS

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

R. N. N.º 4661-2007-Ucayali, del 30-03-2009, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El funcionario público deliberadamente beneficia al particular en detrimento de los intereses del Estado. 3.1.2 El delito de colusión importa que el funcionario o servidor público que interviene en un proceso de contratación pública, en razón de su cargo, concierta con los interesados y defrauda al Estado. Al respecto debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado.

R. N. N.º 874-2018-Cañete, del 13-08-18, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

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

JURISPRUDENCIA

Delito especial. Condición del sujeto activo. 2.3.5. [E]n el supuesto ahora sometido a análisis es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal, dado que, no cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución [...].

R. N. N.º 1458-2012-Ica, del 08-05-2013, FJ 2.3.5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En vía de ampliación (o de equiparación) de autoría, la norma penal 386 considera, para estrictos efectos penales, que **al contador, al perito y a los árbitros particulares** también le sean imputables los delitos de colusión (y también patrocinio ilegal). La tipicidad del delito de colusión se les extiende a estos, bajo la idea de que las pericias que laboran los contadores, los informes de peritos y las decisiones de competencia de los árbitros son aportes de importancia en el supuesto de cometerse infracción de deberes por los sujetos públicos vinculados en el marco de la colusión (defraudar potencial o realmente al patrimonio del Estado). Por lo tanto, el único caso en que los particulares pueden —por equiparación— ser autores o coautores de este delito está dado por los árbitros, los peritos y los contadores particulares. Al respecto, la ley de contrataciones y su reglamento, regulan en amplitud el rol de los árbitros al igual que las infracciones y sanciones en que incurran en el ámbito de las contrataciones.

Sujeto pasivo es el Estado o la repartición pública en específico que se ve afectada con las ilegales concertaciones del agente público con los interesados y que afecten los principios de la contratación pública y potencial o efectivamente el patrimonio público.

4.7. Dos tipos de colusión de peligro y de resultado

Como ya se ha señalado anteriormente en relación con la anterior y original redacción del delito de colusión desleal (antes de la reforma practicada por la Ley N.º 29703), existían lecturas disímiles entre los operadores del sistema penal. Había quienes lo consideraban un delito *de resultado material* y para otros se trataba de un ilícito penal *de simple actividad y peligro*, pese a lo altamente conminado de su pena privativa de libertad.

Este problema se ha resuelto en la actualidad, luego de la reforma de la Ley N.º 29758 (de 11 de julio de 2011), pues ahora tenemos dos modalidades de colusión: una colusión de peligro y otra colusión de resultado, que se diferencian sobre la base de la **defraudación patrimonial**, en tanto esta se produce o no contra el Estado. Sin embargo, el elemento común de la colusión, sea de peligro o de resultado, es la **concertación**.

Delito de colusión de peligro (colusión ilegal de simple actividad y peligro), primer párrafo del artículo 384. Lo que interesa destacar aquí es que el funcionario negociador se concierta ilegal y dolosamente con el interesado, es decir, con el representante de la empresa o consorcio o postulante a la concesión, llevando a cabo acuerdos ilegales que se orientan a defraudar a la administración pública. En este caso, el tipo penal no requiere afectación patrimonial. La colusión simple tiene como verbo rector el término **concertar** orientado a defraudar al Estado.

En el **delito de colusión de resultado** (colusión ilegal con lesión efectiva del patrimonio público), la concertación de los sujetos —que es descubierta, generalmente, después de haberse cometido el delito— debe producir un resultado material de perjuicio patrimonial. El verbo rector en este tipo de colusión sigue siendo la concertación, pero optimizada y concretada con la defraudación patrimonial, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto. Esta modalidad de colusión afecta directamente el patrimonio público, siendo de primera importancia acreditar dicho perjuicio mediante la actividad pericial que determine el daño ocasionado por el acto de concertación ilegal del sujeto público y el interesado. Perjuicios derivados de otras causalidades distintas a la concertación o acuerdo ilegal entre funcionario-servidor e interesado no configuran delito de colusión.

La Casación N.º 542-2017 Lambayeque, del 3 de mayo de 2019, de la Sala Penal Transitoria, trae consigo —en su fundamento décimo— un cuestionamiento al *nomen iuris* que diferencia en el artículo 384 la colusión simple de la colusión agravada, al cual considera un criterio legislativo técnicamente incorrecto; asimismo, refiere de una confusión en la doctrina nacional que la asume sin reparos. Siguiendo la doctrina y jurisprudencia española propone conceptualizar dichas modalidades de colusión —a las que considera delitos diferenciados y autónomos aunque afines— a título de «conspiración colusoria» (acto preparatorio criminalizado) al primer párrafo, y «colusión desleal» al segundo párrafo del tipo penal. La propuesta y su fundamentación son atractivas, no obstante la connotación del término «conspiración», que parece no ser muy apropiado para ser empleado en materia contractual relacionado con la materia penal, que puede posesionar académicamente la colusión simple en el escenario de las denominadas resoluciones manifiestas, tema bastante debatible.

EJEMPLO

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

JURISPRUDENCIAS

Diferencia entre la colusión simple y la colusión agravada. 4.3. [La] diferencia entre colusión simple y colusión agravada [...] [L]a colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. **4.4.** Bajo esta perspectiva, según el artículo 384 Código Penal, el delito de colusión simple exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal generado por tal concertación ilegal. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica «para defraudar». Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. En los

delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta. **4.5.** Así, en la medida en que el artículo 384 Código Penal hace expresa referencia a una conducta orientada *a defraudar*, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también se advierte en la ejecutoria suprema, de 3 de agosto de 2005, recaída en el Exp. 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: «(...) es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues este se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal». **4.6.** De lo anterior se deduce que el delito de colusión simple del artículo 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatarse en el caso concreto según un juicio *ex ante*.

R. N. N.º 341-2015-Lima, del 04-11-15, FFJJ 4.3 a 4.6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Importancia de la pericia contable para acreditar el perjuicio en el delito de colusión gravada. Décimo séptimo. En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—; Ahora bien, una prueba idónea que permita establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en el R.N. N.º 1105-2011/SPP, fundamento jurídico 7, que señala la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión.

Casación N.º 661-2016 Piura, del 11-07-17 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

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

a. Comportamiento típico

El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de peligro está dado por la frase «**concierta** con los interesados para defraudar al Estado, entidad u organismo del Estado» en un escenario en el cual se trata de «cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado», lo cual revela que estamos ante un delito de tendencia. Se aprecia así un nivel de injusto lesivo a los intereses de la administración pública, centrado en la conducta típica de concertación dolosa e ilegal del sujeto público con los interesados. Tanto en las modalidades de contratación como en las concesiones, por su propia naturaleza mínima bilateral, no existen mayores problemas para identificar e individualizar a los agentes de la concertación ilegal, lo que no siempre sucede con las operaciones.

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

La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como convenir sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así **acuerdos ilícitos entre las partes, que son incompatibles con la calidad de representante de la Administración en función de contratación, del sujeto público, revelando la privatización que hace este de sus atribuciones o competencias.**

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

JURISPRUDENCIAS

El acto colusorio no puede ser notorio o público. Cuarto. El núcleo del injusto está constituido por la defraudación al Estado mediante el acuerdo colusorio que implica un acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado. Es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro— que requiere la intervención de un particular o *extraneus*—; Exige que el funcionario defraude al Estado concertándose fuera de la ley en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales. La concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada. **Quinto**. El delito de colusión [...] exige esencialmente la presencia de un funcionario con conexión funcional respecto a contrataciones del Estado, el pacto colusorio que viene a ser un acuerdo subrepticio entre el funcionario y el interesado; y la defraudación al Estado. **Séptimo.** No se puede exigir que el acto colusorio sea notorio o público, o sometido a los órganos de control. La naturaleza de este tipo penal radica en el quebrantamiento de normas administrativas o procedimientos específicos, plazos o regularidad de formas para la perpetración de determinado acto. El delito de colusión se halla compuesto por una pluralidad de actos; no se trata de una sola conducta en la que previamente sus perpetradores se basaron en el aparente cumplimiento de normas de carácter administrativo.

R. N. N.º 224-2018-Pasco, del 29-10-18. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Concertación fraudulenta supone maniobras de engaño. *26.* Esta defraudación a través de actos de concertación, lía con la violación a los deberes inherentes del cargo, lo que significa traicionar la confianza de la nación depositada en los funcionarios, a quienes se les encomienda su representación y velar por sus intereses, para efectos de logar resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos con las otras partes (los particulares). 27. La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio —potencial

o real— para la entidad estatal; en este aspecto, para la configuración del delito no se requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pues si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación trasgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso, atentando contra el trato igualitario de los postores, estableciendo condiciones de contratación deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado, estará ya cumpliendo el núcleo del injusto.

R. N. N.º 1842-2016-Lima (caso Alex Kouri) del 06-07-17. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (voto de los jueces supremos Calderón Castillo, Pacheco Huanca y Cevallos Vega).

La concertación. [La] concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticiamente en lo que la ley no permita, buscando beneficios propios y deben causarse perjuicio a la administración. En el presente caso no se demostró fehacientemente que haya existido concertación entre los funcionarios con los favorecidos con las adjudicaciones.

Exp. N.º 740-2003-Huánuco, del 04-06-04, Sala Penal de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 3611-2002-Huánuco, del 16-05-03. Sala Penal de la Corte Suprema.

Este tipo de colusión **perfecciona su nivel consumativo con la concertación ilegal, por definición comisiva y teleológica,** es decir, la idea misma de colusión-concertación apunta a un objetivo determinado, no siendo posible concertar por fuera de dicho significado comprensivo de ulteriores objetivos. Esto significa que el delito de colusión simple **no requiere defraudación patrimonial**, pero sí una orientación hacia dicho objetivo. No forma parte del tipo la afectación económica a los intereses del Estado, se trata así de una defraudación formal, pues en los actos dolosos de las tratativas ilegales para defraudar al Estado o entidad del Estado reside ya el núcleo de la tipicidad del delito, en una suerte de adelantamiento de las barreras de protección al bien jurídico. En efecto, en las tratativas entre funcionario y contratistas o potenciales postores (en el marco de las contrataciones y concesiones) se podrá advertir la vulneración de los principios de la contratación, al afectar la libre contratación (estableciendo bases de altas exigencias que solo algunos de los interesados pueden cumplir), a través de favoritismo a alguno de los que contiende para ganar la buena pro (que violenta el trato paritario o la transparencia) o mediante decisiones parciales que ponen de manifiesto afectación a la imparcialidad administrativa, por ejemplo, calificando indebidamente a los postores o asignando puntajes que no corresponden a los méritos del ganador de la buena pro o del concesionario favorecido.

JURISPRUDENCIA

Para la configuración de dicho ilícito no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial. Quinto. [C]orresponde, en primer lugar, establecer si el delito en mención importa o no una defraudación patrimonial; al respecto, se advierte que el artículo 384, en su versión original, y el que estuvo vigente al momento de la comisión de los hechos [modificado por Ley N.º 26713, del 27 de diciembre de 1996], no establecía que para

que se configure este delito, debe existir una defraudación patrimonial, pues solo basta la defraudación al Estado a través de la no observancia de las normas de contratación, la infracción a la debida administración, o la fidelidad que el funcionario o servidor público tiene con el Estado. El problema surgió con la modificación posterior del tipo cuestionado, con la dación de las Leyes N.º 29713, y del 10 de junio de 2011, N.º 29758, del 21 de julio de 2011, que configuró los actos de corrupción en dos párrafos; en el primero no incluye el término «patrimonialmente», pero el segundo sí lo incluye. Esta situación nos llevaría a interpretar que la norma protege supuestos en los que existe un perjuicio en el patrimonio del Estado y no en los principios constitucionales que rigen la contratación pública; sin embargo, el Tribunal Constitucional, el 7 de junio de 2012, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, en el extremo referido a la modificación del artículo 384, a través de la Ley 29703 y, en consecuencia, nula y carente de todo efecto la expresión «patrimonialmente» [véase sentencia recaída en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC]. Tal situación aclara el problema planteado; con ello podemos afirmar que no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión, pues basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del ilícito, comportamiento que, a la larga, puede resultar en un perjuicio patrimonial; por ende, esta conducta implica una potencial defraudación patrimonial, mas no debe existir, necesariamente, tal defraudación. Esta afirmación se corrobora con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual establece: «[...] que no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

R. N. N.º 1475-2013-Lima, de 20-09-13, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Anteriormente, el delito de colusión se refería a los procesos de selección y los mencionaba («contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación [...]»). Ahora la redacción es más técnica, omitiendo tales elementos normativos específicos, a través de una redacción que simplemente establece: «en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado». Además, ahora se ha ampliado sus objetos de

protección. Ya no son solamente las contrataciones y adquisiciones de obras, de bienes o de servicios, son también objeto de protección penal **las concesiones y las operaciones a cargo del Estado**.

Como resulta evidente con la reforma del tipo penal, por acción de la Ley N.º 29758, se ha producido una ampliación de la tipicidad hacia un amplio y gravitante sector de negocios del Estado (las concesiones públicas), que antes no estuvieron cubiertos por la protección penal.

Asimismo, antes existían problemas para incorporar en el proceso a funcionarios superiores que directamente no intervenían en los negocios ilícitos (los presidentes regionales o alcaldes, por ejemplo). Ahora la norma señala que el agente puede intervenir «directa o indirectamente, por razón de su cargo». **Intervenir** «indirectamente» está referido a aquellos funcionarios que sin formar parte de los comités (de selección, de recepción, etc.), sin embargo, por el estatus funcional que poseen tienen capacidad decisoria para predeterminar los contratos, o para que los miembros de los comités especiales orienten la buena pro para afectar los intereses patrimoniales de la entidad pública y favorecer al interesado.

En el **acto de deslealtad que se traduce en la concertación** (en los pactos secretos, en las tratativas, por lo general, clandestinas entre el funcionario y el representante de la empresa), se parte de la idea que se está frente a un delito de peligro y que hay que anticipar la tutela penal; hay que extremar el celo tuitivo del derecho penal frente a este delito que es de gravedad para la Administración pública. Estamos así frente a un tipo penal que efectivamente no privilegia la afectación patrimonial de los intereses del Estado, sino el comportamiento de infracción de deberes administrativos de parte del funcionario o servidor público al desarrollar conjuntamente con el interesado actos de concertación ilegal para perjudicar los intereses patrimoniales del Estado.

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

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

De otro, lado, La Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 (art. 4), siguiendo igual esquema de versiones anteriores, ha regulado un extenso elenco de situaciones en las cuales dicha ley resulta **inaplicable,** que por cierto ha disminuido las exclusiones en relación con versiones legales precedentes de la Ley de Contrataciones, creando espacios cautivos para la injerencia punitiva por delito de colusión:

a) Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya.

b) Las contrataciones que realicen los órganos del Servicio Exterior de la República, exclusivamente, para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional.

c) Las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte.

d) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su reglamento.

e) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento para la etapa de ejecución contractual.

f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.

g) Los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las entidades o empresas del Estado.

h) La compra de bienes que realicen las entidades mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia.

El Decreto Legislativo N.º 1444 (16 de setiembre de 2018), que modifica la Ley de Contrataciones, amplía las exclusiones a las asociaciones público privadas y proyectos en activos regulados en los Decretos Legislativo N.os 1224 y 674, así como las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.

La norma penal ha fijado **el íter consumativo** del comportamiento en «cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado». El término «cualquier» se proyecta indiscriminadamente a todo momento de la contratación pública sea de bienes, obras o servicios. Ello puede prestarse a interpretaciones amplias que lleguen a cubrir etapas previas a la participación de los postores, por ejemplo, la generación de la necesidad del servicio o de la obra, que por sus características de haber violentado los principios de la contratación pública y posibiliten advertir tratativas colusorias, resulten necesarios para la injerencia penal.

En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice **entre el funcionario y el interesado**. El interesado, que da cuenta del contratista o el consorcio (que agrupa a un conjunto de contratistas), también el postor a concesionario, juega aquí un papel de importancia; ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no es posible la configuración del delito de colusión desleal, no pudiendo perfeccionarse este delito con el concierto de solo funcionarios y/o servidores públicos. Dicho interesado, sin embargo, tiene que estar representado por una persona natural que actúa a nombre o en representación legal de la contratista o consorcio. Los momentos de la concertación pueden producirse en un punto específico del tracto de la contratación u operación o en varios momentos del mismo, sin que en este segundo caso se genere una acumulación cuantitativa de delitos de colusión para el sujeto público vinculado y el interesado al tratarse de una unidad jurídica de acción dentro del esquema típico del delito de colusión.

La jurisprudencia y la doctrina nacional consideran al delito de colusión ilegal como un **delito de participación necesaria y de encuentro**, dado que concurren en el injusto penal comportamientos desplegados desde escenarios diferentes pero vinculados por diferentes sujetos que, en lo penalmente relevante, buscan una misma finalidad: defraudar al Estado. El funcionario o servidor público, que actúa a nombre del Estado y el interesado que lo hace a nombre de la contratista o concesionaria, realizan ambos tratativas ilegales orientadas a defraudar o que afectan los intereses patrimoniales de la Administración pública. En efecto, la finalidad que les ubica en una relación sinalagmática de interés penal está dada por el hecho de que ambos conciertan ilegalmente, esto es, dolosamente para defraudar los intereses del Estado, cuando dichas tratativas en el marco de sus roles positivizados debieron afirmar posiciones concurrentes de parte, para optimizar sus respectivos intereses, dentro de las posibilidades que permite la contratación pública: de la administración pública en tanto mejores condiciones de precio, servicio y oportunidad; de la parte contratista: calidad de servicio, tiempo y ganancias.

JURISPRUDENCIAS

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

Exp. N.º 30-20103 (Caso *Cofopri*), del 07-11-11, Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El delito de colusión es un delito de participación necesaria. Quinto. [...] 5.1. [...] El delito de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público —*intraneus*— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración pública —ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica—; El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [...].

R. N. N.º 1565-2012-Ica, del 19-11-13, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito de colusión es de participación necesaria y de encuentro. Tercero. La colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro— que requiere la intervención de un particular o *extraneus*. Esto implica que el agente público —el *intraneus*— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto — los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración pública. Ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la privatización de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración pública y no, por el contrario, beneficiar a particulares.

R N. N.º 885-2016-Callao, del 12-07-17, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

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

JURISPRUDENCIAS

Configuración del delito de colusión desleal. Comparación con los delitos de peculado y el de malversación de fondos. Cuarto. [E]l delito de colusión desleal o concusión impropia [...] se configura cuando: a) el funcionario o servidor público por razón de su cargo o de comisión especial intervenga en los actos de contratación, subastas o en cualquier otra operación semejante, b) concertación del agente público con los interesados, y c) que su conducta en relación con los momentos de la ejecución-consumación, deviene con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado. Que el delito de peculado se configura cuando el servidor o funcionario público transgrede sus deberes positivos enmarcados en virtud de su cargo, al apropiarse o utilizar —de cualquier forma para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo—; Que el delito de malversación de fondos en nuestro ordenamiento penal requiere que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella o de las que están destinadas, afectando el servicio o la función encomendada; que, en tal sentido, este injusto penal exige, en primer lugar, un cambio de destino del patrimonio —siempre dentro del ámbito público—; en segundo lugar, que el cambio sea definitivo y, en tercer lugar, como resultado típico, que esta conducta dañe el servicio o la función encomendada.

R. N. N.º 3291-2011-Huánuco, de 21-03-12, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Concurso aparente de normas penales (colusión y estafa) que se resuelve con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción. Cuarto. [Los] hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito de estafa como en el de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción —por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica—, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa —previsto en el artículo 196 del Código Penal— al no concurrir el «engaño» como elemento constitutivo del tipo penal, toda vez que el acto de disposición

patrimonial se habría derivado de la concertación entre los funcionarios de la entidad edil agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en él proceso de adjudicación directa.

R. N. N.º 1934-2007-Arequipa, del 19-03-09, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

JURISPRUDENCIA

Regidores responden como copartícipes primarios por acuerdo que posibilitó que alcalde suscribiera contratos claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad agraviada. Tercero. [...] [Las] pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito (en su calidad de regidores de la municipalidad agraviada) se sustentan fundamentalmente en [las] Acta[s] de Sesión Extraordinaria [...]. **Cuarto.** [El] acuerdo tomado en la [primera] Sesión Extraordinaria [...] (referido a una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario), posibilitó que el Alcalde [...] suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con [dos] empresa[s], los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la Municipalidad agraviada, en razón de los montos que se pagaron a las citadas empresas proveedoras (contratos que además se efec-

tuaron en contravención al procedimiento legal de contrataciones estatales). [Por estos fundamentos: confirmaron la condena a los regidores encausados como copartícipes primarios del delito de colusión desleal].

R. N. N.º 556-2007-Ancash, del 10-09-08, FFJJ 3 y 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La **concertación ilegal**, aspecto central de la tipicidad objetiva del delito de colusión, nos coloca de lleno en aquel mundo de infraccionalidad, por lo general, aunque no siempre, clandestino y de graves repercusiones por sus implicancias económicas para la sociedad, llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que van a explicar, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial, en el supuesto legal de colusión agravada. La presencia de los actos de concertación dolosa, confabuladores contra los intereses de la Administración pública, posibilita discriminarlos de los actos de concertación legal o tratativas lícitas entre los negociadores oficiales con el contratista y que son comunes a todo proceso de selección y de ejecución contractual.

JURISPRUDENCIA

***La autoría y participación, y otros elementos.* Cuarto.** [...] Que, en este sentido, «el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado, tiene la obligación especial de cautelarlo y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado. Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional». En definitiva, se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De ahí que, en este tipo penal, se reprimen «los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen o través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados». Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes —entendido de los cómplices— no se subsume en la acción tipificada en el artículo 384 del Código Penal por la

razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno delito o conducta prohibida, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal véase el artículo 25 del acotado Código —distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito—; En síntesis, cabe precisar que en esta figura penal el funcionario público o servidor público —*intraneus*— defrauda al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —*extraneus*— en los contratos o cualquier otra operación semejante que lleva a cabo por razones funcionales; pues el Estado a través de la Administración pública, realiza sus actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contrato administrativo, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado. Así, el contrato administrativo «es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas»; por lo que para la formación de su voluntad, similar a la de un sujeto privado, pero distinto en su materialización requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por ley para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella. Que, en esta línea de ideas, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real para la Administración pública—, siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios, como en el presente caso, y secundarios, quienes aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores.

R. N. N.º 978-2011-Lima, del 21-03-12, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

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

JURISPRUDENCIA

En el delito de colusión, si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente. Noveno. [...] [En el delito de colusión, el] sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente tanto del negociador público oficial como del interesado para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente [...].

R. N. N.º 2767-2008-Loreto, del 19-08-09, FJ 9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

c. Consumación

Como estamos ante un delito de peligro concreto, la colusión simple, cuyos actos de concertación se orientan a perjudicar económicamente a la entidad pública, **se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales o colusorios con terceros interesados** con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. No será suficiente el hecho de haberse favorecido a la contratista, pues el tipo penal exige finalidad u orientación de defraudar al Estado. Para los fines de la consumación **no**

es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal **se verifique**, solamente bastará acreditar el acuerdo colusorio o ilegal, cuya orientación deberá estar dirigida a defraudar intereses (involucrados en la contratación, concesión u operación) patrimoniales de la entidad pública. Esta verificación sí será relevante para la consumación de la colusión agravada.

JURISPRUDENCIA

El perjuicio patrimonial al Estado en la colusión simple y en la colusión agravada. 3.3. El delito de colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado. La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias para presentar por ejemplo, precios simulados —sobrevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeridas o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares para otros fines. 3.4. En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes.

R. N. N.º 126-2017-Ancash, del 05-09-17. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de justicia.

De igual manera los actos de concertación solo resultan concebibles, de modo general, en su relevancia penal, de manera comisiva, ya que el tipo penal ha utilizado un verbo transitivo declinado (concierta), el mismo que no puede ser generalmente realizado mediante modalidades omisivas.

JURISPRUDENCIA

No puede cometerse el delito de colusión por omisión. 4.3. La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, *para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados*, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados, así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, *si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.*

R. N. N.º 2587-2011-Cusco, de 23-01-13, FJ 4.3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Las anomalías e irregularidades que sean propios del proceso de selección hasta la entrega de la buena pro, y hasta antes de que se firme los convenios pertenecerán al ámbito de la relevancia administrativa, si es que el comportamiento de los infractores no supone una deliberada orientación de defraudar los intereses patrimoniales del Estado. Por cierto, puede que el *iter* del delito recorra todas las fases y momentos pre ejecutivos y ejecutivos contractuales, supuesto en el cual no habrá dificultad para considerar las irregularidades producidas antes de los convenios como parte del *iter* delictivo de la colusión, si las mismas tienen su origen en acuerdos colusorios del funcionario vinculado con el representante de la empresa, que se orientan no solo a favorecer a este último, sino y, sobre todo, a perjudicar a la entidad pública.

La colusión simple es un delito de mera actividad, sin embargo dada la fragmentación de actos que presenta su *iter* consumativo, así como por los actos ejecutivos previos que preceden a la consumación

es posible aquí la tentativa, no obstante hay que tomar en cuenta que en este delito se criminalizan actos preparatorios, con lo cual la tentativa jurídicamente deviene irrelevante.

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

d. Determinación indiciaria de la concertación

Las dificultades para obtener pruebas directas en estos delitos, ha propiciado escenarios probatorios en los que adquiere fuerza la prueba indiciaria, esto es, la prueba construida a base de datos fácticos acreditados e indicantes, y las inferencias que a partir de ellos deben llevar al fiscal y al juzgador a establecer conclusiones probatorias, lo que se aprecia con mayor énfasis en situaciones en las que el funcionario público imputado actúa en estructuras de poder organizado.

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

JURISPRUDENCIAS

Acreditación de la concertación defraudadora a través de indicios. La Sala Suprema determinó la existencia de una concertación defraudadora entre los acusados AAA y BBB, ambos de CTAR Ucayali, con las empresas EEE Servicios Ingeniería y Construcción SA y Constructora FFF EIRL a partir de los siguientes indicios: *[i]* El Comité Especial convocó a 6 procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía de las Obras Públi-

cas, invitando únicamente a dos firmas. *[ii]* Las empresas beneficiadas no se encontraban registradas en la base de datos del Registro Nacional de Contratistas ni como ejecutor ni consultor de obras. *[iii]* Sobre la necesidad de ejecución de las obras de construcción de cunetas y desencalamiento en tres casos fueron falsos y en los otros no existieron. *[iv]* La empresa contratista constructora FFF EIRL se encontraba suspendida temporalmente en los registros de Sunat. *[v]* Las seis obras fueron canceladas íntegramente pese a que no existían físicamente.

R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, del 02-04-14, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

R. N. N.º 2473-2008-Lima Norte, del 26-08-09, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La determinación indiciaria del hecho típico debe cumplir determinados estándares para ser sustentable jurídico-penalmente y procesal probatoriamente, a los efectos de no hacer descansar la ilicitud penal y el juicio de culpabilidad en la sola existencia de quebrantamientos de los dispositivos administrativos.

Así, **(i)** no bastará acreditar irregularidades administrativas si las mismas no están contextualizadas en la lógica de los actos de concertación ilegal; **(ii)** que dicha concertación ilegal sea la que explique los indicios de irregularidades administrativas; **(iii)** que las decisiones funcionales del agente público no solo se hayan orientado a favorecer al contratista para efectos de obtener la buena pro (pues ello significaría una lectura penal sobre la base del artículo 399 del

Código Penal), sino a afectar los intereses patrimoniales de la administración pública.

e. Penalidad

Pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, más la pena de inhabilitación establecida en el artículo 426 del Código Penal.

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

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

a. Comportamiento típico

El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de resultado está dado por la frase «defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado». Se aprecia aquí que el elemento principal diferenciador es la defraudación patrimonial a los intereses estatales que debe tener su causalidad u origen en la concertación ilegal entre los sujetos públicos vinculados y el interesado..

La **concertación dolosa** resulta así el paso decisivo que deberá conducir a la lesión material de los intereses estatales, de modo tal que si dicha lesión ha sido producida al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal, sino otro delito (peculado, por ejemplo, estafa o actos de relevancia extrapenal). Igualmente, si la conducta solo queda en concertación ilegal, el tipo penal agravado no se habrá consumado. En el caso de haberse analizado las hipótesis legal-penales alternativas, sin que pueda subsumirse el hecho en sus alcances de tipicidad objetiva subjetiva, habrá

que estar por sustentar la irrelevancia penal del hecho, al deberse el perjuicio patrimonial de la entidad pública a razones de falta de profesionalismo, ligerezas o negligencia en el desempeño funcional.

JURISPRUDENCIA

Se exige una concertación dolosa. 2.2.1. [El] tipo penal presupone además de la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u operaciones similares, la existencia de la concertación dolosa que realiza el funcionario con los interesados en las distintas contrataciones estatales, atentando de esta manera contra los intereses del Estado, por lo que concurre, además, la defraudación, que conlleva al detrimento del patrimonio estatal.

R. N. N.º 1960-2013-Amazonas, del 02-06-14, FJ 2.2.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como pagar montos sobrevalorados de los suministros, admitir calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así **acuerdos ilícitos entre las partes**.

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

Para que se realice **la conducta típica agravada tiene que producirse defraudación patrimonial**. La defraudación es el presupuesto básico fundamental para que podamos hablar del delito de colusión, y esta defraudación tiene que afectar intereses de la administración pública. **La defraudación debe de tener como causa la concertación**, el pacto ilegal entre el funcionario negociador y el interesado (el

representante de la empresa o consorcio que negocia con el Estado), y ser pericialmente verificada. El comportamiento típico que no dé como resultado esta afectación patrimonial a los intereses de la Administración pública será una tentativa de colusión.

JURISPRUDENCIA

Configuración del delito de colusión. Defraudar. Sétimo. El delito de colusión [...] importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Defraudar al Estado o entidades es el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado [...]; la defraudación mediante concertación —que es lo que aquí se castiga— supone un aspecto de reproche juridizado por el engaño, así como presencia del segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales. [...] **Noveno.** Asimismo, si bien el tipo penal imputado exige para su configuración la existencia de un perjuicio patrimonial en agravio de los intereses estatales; no obstante, se tiene que en el presente caso el informe pericial [...] concluye que «El registro de ventas detallado y los estados financieros, presentado al Juzgado por los liquidadores de la empresa Convial Callao S. A. en liquidación, muestra que el íntegro del recaudo por concepto de peaje y otros tuvo origen particular, es decir, privados, no visualizándose aporte al Estado Peruano»; por ende, se tiene que no se configura este segundo presupuesto exigido por el delito imputado, más aún si se tiene que el encausado FGT actuó en atención a sus funciones. En consecuencia, al no existir videncia que acredite una posible concertación entre este y los encausados MAG y RLG, representantes de la empresa Convial Callao, y al no haberse acreditado el supuesto perjuicio patrimonial que se habría ocasionado al Estado, se tiene que no se cumplen con los presupuestos exigidos por el delito de colusión; en consecuencia, se advierte que no existen indicios suficientes que permitan vincular a los citados encausados con el ilícito.

R. N. N.º 1109-2014-Callao [Caso *Convial*], del 09-06-15, FFJJ 7 y 9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Concepto de defraudación. Confabulación con los interesados rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de contratos públicos. Cuarto. [...] [La] defraudación [es] el resultado del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público [...]. La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de negociaciones o contratos [...]. **Quinto.** [...] [Analizados] los actuados se concluye que si bien parte de los materiales para las construcciones de mejoramiento del sistema de abastecimiento de agua potable [...] fueron adquiridos sin realizar el proceso de selección de menor cuantía, conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; sin embargo, de las declaraciones de la procesada [...] se corrobora que esta no tuvo injerencia en la adquisiciones de bienes y servicios, ya que esto fue realizado de manera directa por el personal encargado, debido a la premura de la obra, refiere que desconocía del procedimiento que debían seguir para la compra de dichos materiales; por lo que no se evidencia concertación alguna entre esta y sus coacusados para defraudar al Estado, más aún si de autos se advierte que los procesados no se conocen entre sí [...].

R. N. N.º 2543-2013-Ancash, del 12-12-14, FFJJ 4 y 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside en la «privatización» de la actividad funcional que realiza el funcionario público. Tercero. [...] **3.2.** [...] El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la «privatización» de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [...]; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la «concertación» consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración pública.

R. N. N.º 78-2013-La Libertad, del 09-12-14, FJ 3.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

En el delito de colusión agravada o de resultado, pueden producirse actos **de tentativa**.

b. Los negocios jurídicos que admiten la concertación ilegal

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

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

El **tercero interviniente**, el interesado, puede ser un contratista particular o una persona jurídica (incluso, un ente público, por ejem-

plo, una empresa estatal o municipal) representado por una persona natural que acude a negociar con el Estado, el que sin embargo no es el sujeto activo ni propiamente consuma el delito, sino que, en la estructura y dinámica de esta figura penal, constituye **el sujeto bisagra necesario** para que el sujeto público ejecute o consuma el delito. Juega así el papel de un cómplice en el caso que dolosamente contribuya con aportes a la realización del ilícito penal. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal ha circunscrito la relevancia de su participación al acto de concertación tanto en la preparación de la defraudación como en los actos ulteriores, esto es, cuando ya se ha decidido la negociación e incluso en los actos de ejecución contractual y liquidación.

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

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

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

c. *Consumación y tentativa*

Estamos, en la colusión agravada, ante un delito de resultado —por lo mismo— para considerar consumado el delito **deberá producirse un efectivo y comprobado perjuicio** a los intereses patrimoniales estatales o de las entidades u organismo públicos como resultado de los actos de concertación ilegal.

El tipo penal pide defraudación a los intereses del Estado, mediante la vía de la concertación del funcionario con el interesado, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Acreditado tanto (pericialmente) el perjuicio patrimonial como la concertación fraudulenta (generalmente mediante prueba indiciaria) generadora del perjuicio patrimonial, se habrá ya consumado el delito de colusión agravada. La **necesidad de una pericia contable**, más allá de la información documental presentada por la Contraloría General de la República, se revela aquí una necesidad de prueba objetiva decisiva. Pericia contable realizada bajo estándares internacionales, principios aceptados de contabilidad y auditoría gubernamental, con una exposición metodológica y desarrollo material profesionalizado que evalúe la materia del perjuicio patrimonial a la entidad pública, siendo insuficientes las sumas y restas o las apreciaciones personales del profesional contable. Pericia que debe ser sometida al contradictorio y debate respectivo, y cuyas conclusiones sirvan para fundamentar el perjuicio o su ausencia.

JURISPRUDENCIA

Necesidad de pericia contable en el delito de colusión agravada. Décimo séptimo. Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la

acción, esto es, la concertación idónea no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—; Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.º 1105-2011 / SPP-fundamento jurídico 7-que señala: «la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión».

Sentencia de Casación N.º 661-2016. Piura [Caso Municipalidad Distrital de Castilla Piura], del 11-07-17, FFJJ 17. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La **simple concertación ilegal sin perjuicio patrimonial constituye** delito de colusión simple, dada la construcción legal de dicha figura delictiva. Las concertaciones dolosas producidas en los momentos de los procesos de selección no son propiamente materia de la relevancia del delito de colusión desleal agravada, pero sí puede implicar —dependiendo del concurso de otras circunstancias— la presencia de otras figuras delictivas, Así, cohechos, peculados, estafas, entre otras figuras delictivas.

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

JURISPRUDENCIA

Consumación del delito de colusión. Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados, para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos, pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado trabajo alguno; si bien no logró defraudarse al Estado por cuanto el título valor no fue cobrado por haberse vencido su plazo, lo es también que los encausados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa.

Exp. N.º 3137-2000-Lima, del 24-01-01. Sala Penal de la Corte Suprema.

d. Penalidad

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

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

4.10. Otras figuras de concusión

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

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

5. EL DELITO DE 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.

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

JURISPRUDENCIA

Delito de patrocinio ilegal: elementos normativos del tipo penal. **Décimo tercero.** El segundo elemento normativo a interpretar es el «patrocinio de intereses de particulares». La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. Dentro de los actos de

asesoramiento se encuentran todas aquellas conductas que impliquen un consejo —de cualquier índole— para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la administración pública. La defensa —acto de patrocinio por excelencia— implica que el sujeto activo haga suya la causa y trate de que la postura asumida prevalezca frente a otras posibles posturas, para lo cual abogará por la misma de forma necesariamente directa. El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la Administración pública. Por «interés del particular» se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la Administración pública. La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la Administración pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la administración pública en el que se le va a favorecer. En este sentido, el sujeto activo puede pretender obtener información sobre un proceso de adjudicaciones del Estado (la compra de papel para una dependencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones) para un funcionario público (un ejecutor coactivo de una Municipalidad de provincia) que tiene una empresa proveedora, para lo cual se vale de su cargo para que esta información especial le sea dada por la persona encargada del proceso. En este caso, aparentemente no podría presentarse un patrocinio de intereses de particular, pues se trata de un funcionario público; sin embargo, esta interpretación no es correcta, pues —de acorde a lo antes expresado— el favorecido es —en relación con el subsector la Administración pública— un particular, pues no tiene ningún tipo de injerencia en él; por lo que pese a ser un funcionario público, de cara a esta operación es considerado un particular, pues carece de relación directa con el sector de la Administración pública en donde es favorecido.

Casación N.º 226-2012-Lima, del 26-09-13, FJ 13. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La prescripción en caso del delito de patrocinio ilegal. Se incrimina a los procesados haberse valido de su condición de funcionarios para patrocinar intereses particulares ante la Administración pública, en el presente caso, la municipalidad, conducta que se encuentra tipificada en el artículo 385 del Código Penal y sancionada con pena privativa de libertad no mayor de 2 años; por lo que, de conformidad con los artículos 80 y 83 del mismo

cuerpo legal, la prescripción extraordinaria opera a los tres años de ocurrido el hecho, tiempo que ha transcurrido en exceso en el presente caso, no resultando aplicable la dúplica del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del citado artículo 80, por cuanto no se ha afectado el patrimonio del Estado, conforme se desprende del peritaje contable obrante en autos.

R. N. N.º 3580-2002-Lima, del 22-03-02. Sala Penal de la Corte Suprema.

Caso de atipicidad. [R]especto del 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 sucedió en autos.

R. N. N.º 1054-2001-Lima, del 08-08-01. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Patrocinio ilegal: bien jurídico protegido. **Décimo.** [...] De manera general, es el normal y recto desenvolvimiento de la Administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituyen el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también procurando el normal desempeño de funciones, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios. La protección del bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC) en vigencia a partir del 4 de julio de 1997. Este instrumento normativo internacional forma parte del derecho nacional, conforme a lo previsto por el artículo 55 de la Constitución Política del Estado. La citada norma señala que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Que la democracia representativa exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. Y que es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad, los cuales deben hacer todos los esfuerzos para sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las

funciones públicas. Por tanto, para efectuar una interpretación acorde a la finalidad de la norma jurídico penal, se debe tener en cuenta tanto el bien jurídico objeto de protección, como los instrumentos supranacionales que inspiran la lucha contra la corrupción, en la que se encuentra comprometido el Estado peruano, por cuanto la interpretación de la norma también debe responder a la realidad a la que se pretende aplicar.

Exp. N.º 00021-2011-06-1826-JR-PE-02, Resolución N.º 5, Lima, del 30-05-12, FJ 10. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima.

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

JURISPRUDENCIA

Delito de patrocinio ilegal: carta de recomendación. Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas 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 denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe.

Exp. N.º 6315-97-Lima, del 07-05-98. Sala Penal de la Corte Suprema.

Debe tratarse de actos propios o de actos de gestión, no recomendaciones indirectas o genéricas. El delito se configura cuando el funcionario defiende o gestiona a nombre de particulares intereses privados ante la Administración pública, asumiendo como propios asuntos no públicos.

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

JURISPRUDENCIA

Patrocinio ilegal: acción típica. El verbo rector «patrocinar». Décimo. [...] 10.1.2. [...] A. [...] El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración pública. No se refiere al simple consejo, ilustración ni parecer, sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder. El verbo rector «patrocinar» es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar. El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc). El patrocinio puede ser gratuito o remunerado; no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio.

Exp. N.º 00021-2011-06-1826-JR-PE-02, Resolución N.º 5, Lima, del 30-05-12, FJ 10.1.2.A. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima.

La **Ley de Gestión de Intereses Privados**, Ley N.º 28024 (11/7/2003) y su Reglamento (DS: 099-2003PCM) permite establecer espacios de permisividad legal para los actos de promoción o gestión de intereses privados en la Administración pública desarrollados por quienes no ejercen función pública.

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

6. EXTENSIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y PATROCINIO ILEGAL A PERITOS, ÁRBITROS, CONTADORES Y A TUTORES, CURADORES Y ALBACEAS

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

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 26643, publicada el 26-06-96. Anteriormente había sido modificado por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 5-01-96)

6.1. Generalidades

Como puede observarse, la **extensión de autoría y tipicidad de los tipos penales 384 y 385** ha sido realizada en un solo artículo y no en los extremos de cada delito especial y mucho menos creando

una figura autónoma que deba informar de los componentes de dos diferentes tipos penales, con los consiguientes problemas de interpretación que trae consigo.

En resumen, quienes tuvieron a su cargo la creación híbrida de este sistema triangular fueron más allá de lo que disponían los textos de los cuales transcribieron el modelo, violentando —en el artículo 386— la debida taxatividad y coherencia en la presentación y sistematicidad de los tipos penales, lo cual se aprecia con el delito de patrocinio ilegal, cuya tipicidad no está vinculada con los aportes de árbitros, contadores o peritos, constituyendo así un evidente desatino del legislador, no corregida hasta ahora.

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

6.2. Los sujetos activos del delito

Exclusivamente sujetos particulares que a continuación se describen:

- ***Peritos.*** Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión, técnica u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente. Es muy vasto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, imparcialidad y conocimiento.
- ***Árbitros.*** Se trata aquí de jueces de consenso elegidos y designados por las partes para que decidan determinadas controversias o negocios. El nombre de «árbitro» hace refe-

rencia a que las partes con voluntad y arbitrio dejan en manos de dicha persona la solución de sus problemas. Los árbitros pueden ser de derecho o de conciencia; los *primeros* se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto, y los *segundos* porque se valen de su sabiduría y los usos vigentes. Los árbitros pueden ser igualmente nombrados por los jueces jurisdiccionales, es decir, por los que integran el Poder Judicial, o por los sujetos (particulares o públicos) que requieren solución a sus conflictos.

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

- ***Contadores.*** Son estos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios. Se encargan, asimismo, de elaborar informes periciales contables y pueden emitir opinión y ser interrogados como testigos técnicos.

- ***Tutores.*** Personas que ejercen tutela (Código Civil, artículos 502 al 563), es decir, el cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad (incapacidad por minoría de edad) que no esté bajo el régimen de la patria potestad (cuidado que ejercen los padres). El Código Civil regula el ejercicio de la tutoría que puede ser testamentaria, legítima o dativa. Las prohibiciones establecidas al tutor son, entre otras, las siguientes: a) comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; b) adquirir cualquier derecho o acción en su contra; c) disponer los bienes del menor a título gratuito, y d) arrendar por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia y protega los intereses del cautelado.

- ***Curadores.*** Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios(6). La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) de incapaces; b) de administración de bienes, y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas específicas funciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del «curado».

  En lo que interesa al tipo penal, la curatela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas no deben rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).

- ***Albaceas.*** Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil(7).

Como es fácil colegir, estos sujetos particulares han sido equiparados a la condición de sujetos públicos a efectos de imputarles y aplicarles sanción penal.

---

(6) Artículo 564 del Código Civil, concordado con los artículos 43 (incisos 2 y 3) y 44 (incisos 2 al 8). Se considera sujeto mayor de edad incapaz a los privados de discernimiento, los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de modo indubitable, los retardados y deteriorados mentales, los pródigos, los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

(7) *Código Civil.* «Artículo 787. Son obligaciones del albacea: 1) Atender la inhumación del cadáver [...]. 2) Ejercitar las acciones judiciales y extra judiciales para la seguridad de los bienes hereditarios. 3) Hacer inventario judicial de los bienes [...]. 4) Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador [...]. 5) Pagar las deudas y cargas de la herencia [...]. 6) Pagar o entregar los legados. 7) Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas [...]. 8) Procurar la división y partición de la herencia [...]».

6.3. El objeto del delito

Se trata aquí de operaciones o actividades en las que los sujetos contemplados en el tipo penal deben intervenir, mediante actos de relevancia penal, para que sus actos requieran tipicidad.

- ***Tasaciones de bienes.*** Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales incorrectas.
- ***Adjudicaciones de bienes.*** Intervienen deslealmente en este ámbito los árbitros, de presentarse situaciones de disputa o alegación de igualdad de derechos ganados.
- ***Bienes pertenecientes a incapaces.*** Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposición o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).
- ***Bienes pertenecientes a testamentarias.*** La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código Penal español de 1850 y que define, según Joaquín Escriche, tres conceptos fundamentales: a) la ejecución de lo dispuesto en el testamento; b) el conjunto de los documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador, y c) la reunión de los albaceas y ejecutores testamentarios.

«Testamentarias» hace alusión a la situación legal en la que los bienes de la masa hereditaria se hallan en un estado de latencia temporal en poder de los albaceas, quienes tendrán que actuar diligencias para ejecutar la voluntad del testador. Bajo tal contexto, los albaceas para ser imputados penalmente deben desarrollar actos ilícitos de trascendencia penal vinculados con los artículos 384 y 385 del Código y que se manifiestan en la administración o disposiciones

arbitrarias de los bienes en vinculación con los actos de colusión y patrocinio ilegal de los funcionarios o servidores públicos.

6.4. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal

Obviamente que los actos de ilicitud penal de peritos, árbitros, contadores, tutores y albaceas desvinculados de las figuras penales de colusión para defraudar al Estado (art. 384) y patrocinio ilegal (art. 305), no adquieren la relevancia penal exigible para ser subsumibles en las previsiones del artículo 386. La razón es evidente: **tales actos podrán constituir estafas, defraudaciones o apropiaciones ilícitas** u otro delito común, **pero no delito contra la administración pública**. Este bien jurídico en nada resulta afectado, jurídico-penalmente hablando, si un tutor enajena los bienes del menor incapaz y jamás da cuenta de ello o si el perito o contador se equivocan dolosamente al hacer las tasaciones e inventarios de bienes de la masa hereditaria. Tales actos en el contexto de las relaciones privadas, en el estricto ámbito de las competencias personales, son irrelevantes en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos o equiparados. El tipo del artículo 386 es una figura dependiente y complementaria, careciendo de autonomía en cuanto a comportamientos de interés personal o entre particulares.

Dilucidada esta primera cuestión, ahora se tiene que responder a la siguiente interrogante: ¿qué es lo que realmente resulta aplicable de los artículos 384 y 385 a los sujetos equiparados del artículo 386.

Queda fuera de duda que la extensión normativa contenida en el artículo 386, que amplía el círculo de autores, se **refiere exclusivamente a sujetos particulares** (o por excepción a sujetos públicos que actúan en calidad de particulares) por cuyas intervenciones técnicas o profesionales, vinculadas con los negocios del Estado con los interesados, son llamados a responder penalmente. Por lo

mismo, deberá existir en los actos de estricta competencia de los sujetos equiparados una vinculación causal imputable significativa con los desarrollados por el funcionario o servidor público en cuanto coordinación y unidad jurídica de comportamientos ilícitos. No es suficiente un informe falso, una cuenta errada, es necesario e imprescindible **que exista conexión dolosa** con el concierto defraudatorio (es decir, con el acto lesivo de deslealtad para con los intereses del Estado) y obviamente provecho económico para tales particulares.

Lo que sí evidencia un grado apreciable de dificultad es saber qué componentes típicos del artículo 385º (patrocinio ilegal) resultan aplicables a los actos de los sujetos equiparados. En este punto, se debe señalar que constituye un acto de forzamiento hermenéutico hacer equiparable la conducta del funcionario o servidor público que patrocina indebidamente intereses de particulares ante la administración pública a los actos de los peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores o albaceas. La opinión particular del autor de este trabajo es que debe eliminarse la referencia al artículo 385.

En resumen, los sujetos enunciados en el tipo penal serán objeto de imputación por los delitos de colusión defraudatoria y patrocinio ilegal por la vinculación ilegal de sus actos con los del funcionario que se concierta para defraudar al Estado o que patrocina ilegalmente (aplicación o extensión de conductas vinculables y penalidades correspondientes). Se entiende que la imputación es a título de **autoría**, dada la importancia de los actos para definir los citados delitos. Cabe **complicidad** si dichos aportes son de simple referencia, auxilio o no determinan la comisión delictiva.

6.5. Elemento subjetivo

Necesariamente deberá de tratarse de comportamientos dolosos que siguen las características típicas de los artículos 384 y 385. Las infracciones culposas carecen de relevancia penal.

6.6. Consumación y tentativa

Al ser el delito de colusión tanto de simple actividad como un delito de resultado la equiparación hecha mediante el artículo 386 supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá para su consumación de la concreación de las aportes de cada sujeto en atención a la consumación de los delitos referidos. Las formas de **tentativa son admisibles**.

En el caso de la equiparación hecha en función del delito de patrocinio ilegal, la consumación exige tan solo la actividad de patrocinio, es decir, **se trata de** una figura de **simple actividad**.

6.7. Penalidad

Las sanciones son las mismas que las establecidas para los funcionarios o servidores públicos de los artículos 384 y 385 según sea la naturaleza de los actos. Es decir, de 3 a 6 o de 6 a 15 años (art. 384); o de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas (art. 385). La pena es obviamente desproporcionada en lo que corresponde al delito de colusión defraudatoria extensiva. Corresponde al juez aplicar las penalidades efectuando la debida dosimetría.

7. BIBLIOGRAFÍA

Arismendiz Amaya, Eliu. La problemática de la participación del *extranei* en el delito de colusión ilegal. *Actualidad Penal*, vol. 11. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Benavides Schiller, Andrés. *El delito de funcionario público*. Barcelona: Bosch, 2016.

Bobadilla Bocanegra, Rocío, La necesidad de una estrategia probática en el delito de colusión: a propósito de la investigación de los casos relacionados a Odebrecht, en *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 105. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

Caceres Julca, Roberto y Carrión Diaz, Juan. *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Idemsa, 2011.

Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *La corrupción en la contratación pública*, Salamanca: Ratio Legis-Grupo de Estudio contra la Corrupción Universidad de Salamanca, 2009.

Catalan Sender, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona: Bayer Hermanos, 1999.

Díaz Lazo, David César. «Título de intervención de los alcaldes y funcionarios de dirección en el delito de colusión». *Actualidad Penal*. vol. 7. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar (directores). *Prevención y tratamiento de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016.

Francia Arias, Luis. ¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una reinterpretación del delito de exacciones ilegales. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 103. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis. El delito de colusión. Grijley, 2008.

García León, Godofredo. Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión, en *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 114. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

González-Aréchiga, Bernardo. Transparencia en el rescate bancario: ¿problemas de agencia, corrupción, imperfecciones de mercado o captura regulatoria? Irma Eréndira Sandoval (coordinadora). *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*. México: Siglo XXI Editores, 2009.

Jareño Leal, Ángeles. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Iustel, 2011.

JIMÉNEZ N, Sergio, ¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo del delito de colusión, en *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 114. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

MANDUJANO RUBÍN, José Luis. *Delito de colusión: Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: Lex & Iuris, 2018.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, El delito de colusión: análisis del elemento «concertación». En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 105. Lima: Gaceta Penal, 2018.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. *El delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, 2019.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 121. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

MENDOZA VAEZ, Paúl, El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial, en *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 101. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

MORONE, Antonio Francesco. *Concussione, induzione indebita e corruzione: luci ed ombre dopo le leggi 190/2012 e 69/2015*. Milano: Editore Key, 2016.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *Los favores políticos y el lobby o gestión de intereses en el escenario de la corrupción política. Aspectos penales, criminológicos y administrativos*, ARA Editores, 2014. PARIONA ARANA, Raúl. El delito de colusión. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

RAMPIONI, Roberto. Concussione e corruzione: il nuovo assetto sistemático e le sue conseguenze applicative. Em Francesco Cingari, *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, Firenze, 2013.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. «El delito de concusión en el Código Penal: análisis jurídico-dogmático del artículo 382 CP». En *Actualidad Penal*. vol. 4. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

RIMONDI, Jorge Luis. La problemática actual de la concusión. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

Rojas Vargas, Fidel. Ubicación dogmática y rol que juegan «los interesados» en el delito de colusión desleal (artículo 384 del Código penal).En Fidel Rojas Vargas. *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial.* Lima: Gaceta jurídica, 2013.

SHAMIS, Héctor, E. Evitando la colusión, previniendo la colisión: ¿qué sabemos de la economía política de la privatización? En Irma Eréndira Sandoval (coordinadora), *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad.* México: Siglo XXI Editores, 2009.

ULLOA GAVILANO, José Rubén. «La concertación como elemento típico de carácter indiciario en el delito de colusión. (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 1076-2013 Ucayali)». *Actualidad Penal.* vol. 11. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

VALLE ODAR, Frank Carlos. El deber de individualización del *extraneus* en el delito de colusión a propósito del caso Kouri. En *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 105. marzo 2018. Lima: Gaceta jurídica.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander, Notas sobre el delito de colusión desleal: tratamiento doctrinal y jurisprudencial. En *Gaceta penal & procesal penal,* Tomo 114. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

Capítulo seis

DELITOS DE PECULADO

(Artículos 387 al 392)

1. INTRODUCCIÓN

El peculado es uno de los más antiguos delitos de función que conoce la historia del derecho penal. Fue severamente castigado en el **derecho ateniense y romano**. En este último se llegó a distinguir el peculado por sustracción, retención y uso, el peculado de dinero sagrado y de los dineros públicos. Inclusive se reguló y castigó hasta con pena de muerte el peculado de los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos, extendiéndose la sanción a quienes les prestaran ayuda o a sabiendas recibieran las cantidades sustraídas.

El vocablo ***peculado*** es una palabra compuesta que deriva de dos voces latinas *pecus* (ganado) y *latus* (hurto), que forman la palabra *peculatus*. El ganado, que era el bien más preciado, en una sociedad de grandes extensiones de tierras agrícolas y pastizales de propiedad de patricios latifundistas, servía de medio de cambio en la Roma monárquica y republicana y definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano.

La figura penal de peculado ha evolucionado a través del tiempo, con el desarrollo y la complejidad de la función pública, lo que no pasó desapercibido para las construcciones normativas que para el siglo XIX tenían regulado ya una serie de **modalidades** sobre la base de **dos ejes principales**: el peculado propio o básico y el peculado por extensión o impropio.

El **peculado propio** es el cometido por funcionarios o servidores públicos que se **apropian** o **sustraen** (el uso del verbo rector depende de cómo lo haya regulado cada legislación penal) bienes públicos, que

por las atribuciones inherentes a sus cargos son poseídos material o jurídicamente por dichos sujetos. En cambio, en el **peculado por extensión** el tipo penal abre su tipicidad para comprender a una serie de sujetos particulares —que resultan reputados jurídico-penalmente a título de funcionarios públicos— que de hecho, por encargo o delegación, administran bienes públicos destinados o empleados en fines sociales.

El peculado propio se subdivide en peculado doloso y culposo, los que, a su vez, pueden ser básicos o agravados.

El **peculado doloso** registra las siguientes modalidades:

a) Por apropiación.
b) Por sustracción.
c) Por utilización o distracción genérica.
c) Por distracción o uso específico.
d) Por aplicación distinta o malversación.
e) Por aprovechamiento del error de otro.
f) Por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado.
g) Por demora injustificada en los pagos ordinarios.
h) Por rehusamiento a la entrega de bienes.

De todas ellas, **el Código Penal peruano no regula** específicamente el peculado por sustracción, por aprovechamiento del error ajeno y el peculado por aprovechamiento de trabajos o servicios remunerados por la Administración pública.

El vigente **Código Penal español de 1995** emplea una denominación distinta para referirse al peculado al que denomina con la frase genérica de «**malversación de caudales públicos,** que comprende

tanto a la malversación de fondos y a la apropiación de dinero, efectos o valores, que luego de la reforma practicada por la Ley Orgánica del 30 de marzo de 2015, construye su tipicidad con remisión a los artículos 232 y 233 del Código Penal español.

En todo delito de manejo de recursos públicos el concepto «patrimonio público» constituye un factor clave y decisivo, para precisar el bien jurídico y, por lo mismo, el ámbito posible de extensión de la tutela penal.

El derecho penal trabaja en este campo con una noción propia de patrimonio que ha evolucionado de un restrictivo concepto fiscal, pasando por el de denotación pública (bienes del gobierno central, organismos autónomos, gobiernos regionales y municipales) hasta llegar a un **concepto funcional de patrimonio público**, con el cual se abarca todos los bienes que se hallen bajo propiedad o administración del sector público, con el que se comprende también a los bienes de particulares que en el momento de la comisión del delito se encuentren bajo posesión o administración del sector público, sin que se requiera siquiera analizar en este punto la posibilidad de que efectivamente pasen a propiedad del Estado, por cuanto el sujeto público, una vez que dichos bienes de origen particular han ingresado legítimamente a su esfera de administración, se halla en **posesión oficial de garante** con respecto de ellos y por lo mismo, si se los apropia, cometerá peculado y no un delito patrimonial común.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Adquirir consenso sobre el objeto de la tutela penal en los delitos de peculado ha estado precedido de un amplio debate doctrinario en torno a dos concepciones. O bien se asume una **posición patrimonialista** que privilegia la tutela del patrimonio público o se sigue con la tradicional **defensa de los deberes de lealtad del funcionario** para con la gestión de los recursos públicos.

a) La primera posición, llevada a sus extremos, ha implicado la desfuncionalización de dicho delito, conforme lo expresa actualmente el Código Penal alemán, al considerar al peculado un delito común patrimonial (hurto-apropiación ilícita) agravado por la condición pública de los bienes y que de igual modo ha seguido el Código Penal español luego de la reforma de 2015.

b) La segunda posición, igualmente llevada a sus límites extremos, implicaría desatender la naturaleza misma de las cosas que se revela con este delito, que ofende seriamente la dimensión patrimonial de lo público, para priorizar una concepción ética de la la infracción del deber como bien jurídico hegemónico.

Los **defensores de la posición patrimonialista** (De la Mata y Etxeberria, Muñoz Conde), en una versión racional y ponderada, coinciden en señalar que el bien jurídico protegido está representado por la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración pública, de cara a servir los intereses generales de la sociedad, criticando que en realidad sea la infracción de un deber de lealtad institucional el bien jurídico, por constituir tal afirmación un criterio autoritario.

La tendencia mayoritaria que prima actualmente en la doctrina y en la jurisprudencia es considerar que el peculado es un **delito pluriofensivo** y, por lo mismo, que el objeto de protección penal se halla tanto en asegurar la protección de dicho patrimonio, mediante una administración técnica, profesionalizada y correcta, como garantizar el deber de lealtad constitucional-normativa del funcionario o servidor público para con la gestión de los recursos públicos. También se busca asegurar un comportamiento del funcionario, que administra, percibe o custodia caudales o efectos, que excluya abusos de poder. Poder que dada sus vinculaciones funcionales con el patrimonio público, detenta.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico tutelado e importancia de la actividad pericial oficial y de parte. Cuarto. El delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. **Quinto**. En tanto a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público, es obvio que se necesita la disminución ilícita de los caudales o efectos públicos, lo que importa la producción de un daño patrimonial mediante la disposición antijurídica. Afirmado este elemento típico, desde la perspectiva procesal, el concreto alcance de la apropiación ha de ser determinado pericialmente. Se requiere, por consiguiente, de una pericia técnica, conforme lo estipuló, entre otras, la Ejecutoría Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 889-2007/Lima. Cuando, como en el presente caso interviene la Contraloría General de la República, a ella le corresponde, a través del Informe Especial y sus informes técnicos complementarios, determinar el perjuicio patrimonial —el Informe Especial tiene el carácter de una Auditoría de Cuentas Gubernamental y se erige en una pericia institucional—; El cuestionamiento al Informe Especial se realiza a través de una pericia de parte. En todo caso, la ampliación o aclaración del Informe Especial debe hacerlo la propia Contraloría General de la República a través de sus auditores gubernamentales, nunca por medio de una pericia contable efectuada por contadores del REPEJ, y siempre a instancia de las partes o, en su caso, —si fuere legalmente procedente— del órgano jurisdiccional.

Casación N.º1004-2017-Moquegua, del 26-07-18, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

El delito de peculado es un delito pluriofensivo: garantiza el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y evitar el abuso del poder del funcionario. Tercero. [El] delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública; y, b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, y el tipo penal exige para su configuración que el funcionario o servidor público se apropie o utilice, en cualquier forma,

para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

R. N. N.º 1601-2006-Huaura, del 28-01-09, FJ 3. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

No es necesaria la tenencia material directa del bien público. Cuarto. [La] disponibilidad jurídica a la que hace referencia intrínsecamente el delito de peculado se refiere a proteger y garantizar que no se lesionen los intereses patrimoniales de la Administración pública y evitar el abuso de poder con que pueda estar facultado el funcionario o servidor público, no siendo necesaria entonces la tenencia material directa del bien público [...].

R. N. N.º 4568-2008-Huánuco, del 09-03-10, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

En suma, **el delito de peculado es** un delito que afecta intereses patrimoniales del Estado, procura una correcta administración de los mismos con vistas a su destino público y, también, busca preservar los deberes de lealtad y profesionalismo del funcionario y/o el servidor público para el fomento y el aseguramiento de las finalidades del patrimonio público. Es decir, redundando, que los objetivos en el delito de peculado son:

a) **Proteger el patrimonio público**. En este punto la alusión de que el afectado es el «patrimonio del Estado» o «el Estado» en realidad debe ser reconducida a la afectación de las reparticiones públicas. Es por eso que modernamente se habla de que el afectado no es en rigor tanto el Estado como sí la entidad pública concretamente lesionada: así, el Ministerio de Educación, la Contraloría, la municipalidad, el Poder Judicial, etc. Es esta una versión más cercana y puntual del sujeto pasivo del delito.

b) Garantizar una **correcta administración** de ese patrimonio, mirando el destino público institucional o público social, que se le va a dar.

c) **Proteger o garantizar los deberes** que tiene el funcionario público para con la Administración pública (los deberes en este caso son deberes de una correcta gestión del patrimonio público).

La Corte Suprema, siguiendo estos delimitadores conceptuales, ha establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ (Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal del 2005), que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

***El peculado de un delito pluriofensivo*. 6.** El artículo 387 del Código Penal vigente establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que «*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo[...]*»; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como «*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos[...]*»; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes «Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social[...]» (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario

o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) 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.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, del 30-09-05, FJ 6. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2005.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico: La intangibilidad de los intereses del Estado. Tercero. [...] 3.1. El delito de peculado tiene como objeto de protección la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado, y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar fondos públicos. Para que se configure el delito, el agente debe apropiarse o utilizar, para sí o para terceros, los caudales o efectos cuya recepción, administración o custodia le hayan sido confiadas en razón a su cargo. [...].

R. N. N.º 831-2013-Apurímac, del 08-01-14, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

3. EL DELITO DE PECULADO DOLOSO PROPIO SIMPLE Y AGRAVADO

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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243(EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo único de la Ley N.º 29758 (EP, 21-07-11), por el artículo 1 de la Ley N.º 29703 (EP, 10-06-11) y por el artículo único de la Ley N.º 26198 (EP, 13-06-93).

3.1. Características generales

El Código Penal peruano, en materia de peculado doloso, para definir parte de su tipicidad objetiva ha optado por un sistema de redacción que toma el comportamiento de apropiación y no de sustracción, que se aprecia en otras legislaciones penales (Argentina, Costa Rica). Esto en una primera línea de interpretación marca el ámbito de la interpretación, no obstante, que la redacción nacional precisa que dicha apropiación se produzca de cualquier forma.

El modelo peruano de peculado mediante apropiación y utilización, se caracteriza por incluir **en un solo tipo penal las figuras dolosa y culposa** de peculado, al igual que las agravantes de dichas figuras, lo que permite darle mayor coherencia a la labor de interpretación a cargo de los operadores jurídicos, a la par que reserva otras tipología, por ejemplo, para el peculado atenuado de uso y demás modalidades de peculado.

3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **sujeto activo** el funcionario o servidor público que por razón del cargo posee (directa o por disposición jurídica) caudales o efectos en cualquiera de las reparticiones que constituyen el Estado en sentido amplio. Se aprecia de este modo la vinculación fuerte o intensa que se deriva de las competencias del cargo, lo que pone en evidencia una compleja red de deberes previos que sirven de base para articular este delito funcional. La norma penal **ha restringido el círculo de autores**, de modo que ser funcionario o servidor público no es suficiente condición de tipicidad para que se realice el delito. En efecto, si un funcionario no vinculado funcionalmente con los caudales se los apodera, no estará cometiendo peculado, sino sencillamente hurto común o, de ser el caso, apropiación ilícita.

JURISPRUDENCIA

El sujeto activo en el delito de peculado: 2.1.1. En la doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial, porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinado sujetos especiales cualificados —en este caso funcionario o servidor—, pero al mismo tiempo se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único. **2.1.1.1** [E]n este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro [...]. La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo 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 tienen tal relación funcional.

R. N. N.º 615-2015-Lima [caso *Diarios chicha*], del 16-08-16, FJ 2.1.1.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Estar **vinculado funcionalmente** es una característica de tipicidad que acompaña a los delitos de infracción de deber, en algunos casos con bastante intensidad como sucede con el delito de colusión y en este caso con el de peculado; en otros, con un nivel de vinculación no tan intenso como acontece con el delito de concusión del artículo 382. La vinculación intensa da cuenta de la presencia de indicadores normativos en el tipo penal que acentúan la relación del sujeto público (funcionario o servidor) con el objeto normativo de

protección penal (las contrataciones y concesiones en la colusión; los caudales y efectos, en el peculado) y que restringe aún más el círculo de autores en el espectro de los funcionarios y servidores públicos.

Existe en el delito de peculado del artículo 387 una **doble calificación normativa** para el autor de este delito: **(i)** que sea funcionario o servidor público en sentido administrativo, es decir, en la más formal de las lecturas interpretativas que pueda darse de este sujeto público, lo que imposibilita crear la figura del funcionario de hecho en este delito y **(ii)** que se hallen en posesión de los bienes por razón del cargo, con carácter excluyente de otro modo funcional de posesión. Esta **vinculación funcional** resulta determinante al momento de verificar la existencia del elemento normativo: funcionario o servidor público en el delito de peculado. De modo que —en el marco de una interpretación estricta— posesiones materiales sin referencia en las atribuciones inherentes al cargo, por simples razones de confianza, costumbre, delegaciones a título personal o entregas de dinero vinculadas a razones distintas a las emanadas del cargo, resultarán insuficientes para configurar tipicidad del delito de peculado.

JURISPRUDENCIA

Significado concreto de la vinculación funcional por razón del cargo. 3.2. Como ha quedado establecido, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tienen que demostrar su vinculación funcional «por razón del cargo» respecto a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento —ley de la materia, ROF, MOF, etc—; en otras palabras, el tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo del delito, en virtud de

los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y el bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado. En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcionarial. En primer orden no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF), y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionario o servidores.

R. N. N.º 615-2015-Lima [caso *Diarios chicha*], del 16-08-16, FJ 2.1.1.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Sujeto pasivo es la Administración pública en la amplia gama de reparticiones que forman parte de ella, concretamente la entidad pública afectada. Sujeto que titulariza a la entidad afectada con el comportamiento típico ya sea mediante el apoderamiento para sí o para otro o con la utilización del caudal o efecto.

JURISPRUDENCIA

Municipalidad y Estado no pueden ostentar concurrentemente la calidad de agraviado en el delito de peculado. Sexto. [El] delito de peculado afecta el patrimonio y el orden funcional de la entidad estatal respectiva, y la municipalidad es un órgano autónomo en la administración y gestión de su patrimonio, por lo que el Estado —como gobierno central— no puede ostentar concurrentemente con ella la calidad de agraviado del mencionado delito.

R. N. N.º 2500-2007-Junín, del 15-09-08, FJ 6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En una importante sentencia de Casación N.º 1000-2017 Moquegua, del 26 de junio de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha considerado que el delito de peculado es un

delito de infracción de deber con elementos de dominio. Criterio que rompe la férrea línea de interpretación —equivocada por cierto— que señalaba que en los delitos de infracción de deber es superfluo el dominio del hecho, interesando tan solo la infracción de deber.

a. Comportamiento típico

El tipo penal doloso de peculado admite dos modalidades de comisión: el peculado por apropiación y el peculado por utilización, conforme al uso de los verbos rectores *apropiar* y *utilizar* contenidos en la norma penal.

Para ambas modalidades de peculado —tanto el de apropiación como por utilización— la norma tiene como punto de partida el hecho de que el funcionario o servidor público **tiene bajo su posesión** (bajo cualquiera de las tres formas de poseer: percepción, administración o custodia) los caudales o efectos. Posesión jurídica legítima, dado que nace de los atributos y competencias del cargo.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Para la comisión del delito de peculado no solo es necesario comprobar la cualidad del autor, sino las otras exigencias típica, como la «vinculación funcional» con el objeto. 10. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto como, por ejemplo, en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-11, FJ 10 [hay que precisar que solo los ff. jj. 16-19 son considerados doctrina legal]. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

El delito de peculado exige un vínculo funcional específico por razón del cargo. Sexto. [El] delito de peculado se configura cuando el sujeto activo —funcionario o servidor público— se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; que la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y, además, el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado; que por ello no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo [...] que, por tanto, la conducta desplegada por el agente debe generar desmedro o perjuicio patrimonial al Estado o sus instituciones.

R. N. N.º 1081-2009-Lima, del 01-07-10, FJ 6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La diferencia radica en el hecho de que en el **peculado por apropiación** el sujeto público hace suyo incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo Administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado suponen la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público.

JURISPRUDENCIA

Peculado por apropiación. Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo, recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el

fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero, quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento.

R. N. N.º 2337-2001-Lima, del 26-06-03. Sala Penal de la Corte Suprema.

Peculado por apropiación: ingresos propios no se pueden gastar en canastas navideñas. Concurrencia de los elementos del tipo. No es posible alegar con éxito un error de prohibición sobre la base del acuerdo extraordinario del concejo municipal. Tercero. [...] [La] pericia contable [...] acredita que se vulneró la Ley de Bases del Sistema Presupuestal porque los ingresos propios no se pueden gastar en canastas navideñas, solo en alimentos y en otros rubros [...]; de igual manera, los gastos del canon solo pueden ser utilizados en gastos o proyectos de inversión, concepto ajeno a las adquisiciones verificadas; [...] se desvió fondos públicos municipales que se destinaron a conceptos distintos a los legalmente previstos, cuyo destino no fue público, sino privado, lo que importa la comisión del delito de peculado por apropiación [...]. **Cuarto.** [El] alcalde es el titular del pliego y, por lo tanto, como tal, tenía la disponibilidad jurídica de los recursos municipales, tanto más si él mismo firmó los cheques —la relación funcionarial es evidente y el control sobre el destino del dinero involucrado es patente-; que no es posible alegar con éxito un error de prohibición sobre la base del acuerdo extraordinario del Concejo Municipal, tanto porque este no abarcó todo el monto desviado y extraído fuera del ámbito público cuanto porque por su rol como alcalde y la advertencia que se formula en la sesión del Concejo Municipal estaba en condiciones de advertir los problemas legales que representaba tomar dinero de cuentas que no lo permitían [...].

R. N. N.º 5257-2008-Moquegua, del 12-02-10, FFJJ 3 y 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En cambio, en el **peculado por utilización,** conocido también como peculado por distracción, el agente no está movido por el *animus rem sibi habendi* [ánimo de hacerse propietario de un bien y

de actuar ilegalmente como tal], sino por una voluntad que busca tan solo aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad de apoderamiento definitivo o ingreso del bien a su esfera de dominio patrimonial o de tercero. Utilizar el caudal o efecto supone un apoderamiento temporal, sin fines de apropiación, que deberá cesar e importar la restitución del bien al dominio público.

El **contenido material del peculado por utilización** se define necesariamente excluyendo los bienes contemplados en el peculado de uso del artículo 388 del Código Penal, esto es, las maquinas, vehículos e instrumentos de trabajo, lo cual le reporta al peculado por utilización los bienes inmuebles, ya sea edificios, viviendas, fincas rústicas, terrenos agrícolas o terrenos baldíos y bienes muebles con valor patrimonial, distintos a los nominados en el peculado de uso, además de bienes muebles que no sean consumibles con la utilización, como los documentos con valor patrimonial, efectos, artefactos domésticos electrónicos, joyas, obras de arte, adornos, objetos y bienes incautados, etc., La utilización del dinero o de bienes fungibles con el uso descarta la hipótesis de configuración de un peculado por utilización, abonando el peculado por apropiación, no obstante cada caso deberá ser analizado de manera concreta, para los efectos de advertir singularidades.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Peculado por apropiación y utilización. 7. [...] c) *Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba en hacer suyo, caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30-09-05, que establece como doctrina legal los FFJJ 6-8. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

Peculado por utilización o distracción. Sexto. [Sin] duda, rectificando lo sostenido en el fallo de instancia, se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios: que la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero.

R. N. N.º 3632-2004-Arequipa, del 20-09-05, FJ 6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La **percepción, administración** o **custodia** constituyen las modalidades de posesión que la norma exige en tanto vinculadores jurídicos con los que el sujeto público se relaciona con el caudal o efecto y a partir de las cuales desarrollará actos de apropiación o utilización. Esta singular relación entre el sujeto público y el objeto material del delito es lo que se denomina la **vinculación funcional**, componente central en la estructura típica del delito de peculado y cuya ausencia genera atipicidad del supuesto de hecho, para los fines criminalizadores y punitivos del peculado.

La **percepción** se define como la acción de captar o recibir caudales o efectos de distinta fuente: de otras dependencias públicas; de particulares por ejemplo con la recepción del pago de impuestos, con la recepción de donaciones y legados; de empresas privadas, de colectivos sociales, de fuentes extranjeras, etc. En todos los casos de procedencia lícita. Bienes que pasan a formar parte del patrimonio público. Se percibe caudales o efectos tanto para ser ingresados al patrimonio de la entidad pública como para retornarlos al lugar o sede de donde procedieron. Así, en el caso de retorno, la devolución de fondos no utilizados que realizan las entidades públicas.

Mediante la percepción se generan los funcionarios o servidores públicos receptores de dinero y bienes al interior de cada entidad pública a cuyo nombre son ingresados dichos caudales.

JURISPRUDENCIA

Peculado de apropiación de servidora pública mediante percepción. Séptimo. Para probar la vinculación de la procesada al delito se debe acreditar su condición de servidora pública, asimismo, que en base a su funciones tuvo vínculo con los caudales del Estado, lo que aprovecho para apropiarse de ellos. **Octavo**. Sobre su condición de servidora pública se tienen los contratos de servicios no personales firmados por la procesada y la Dirección Regional Agraria, obrantes en autos, en los cuales se señala que tiene como funciones, brindar apoyo en la oficina de tesorería elaborando los diferentes comprobantes de pago para las diferentes cuentas corrientes, recepción, codificación enumeración de expedientes, elaboración y archivo de notas de envío, entrega de documentos de las diferentes agencias y sedes agrarias, reparto de documentos a las diferentes instituciones a nivel local, regional y distrital, así como otras funciones que ordene el jefe inmediato superior. Esto debe ser concordado con el artículo 425 del Código Penal, que señala que se considera, a efectos penales, servidor público, a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades. **Noveno**. Estos medios de prueba acreditan que la procesada tenía la función de recibir dinero por recursos propios; asimismo, ella debía de depositar el dinero que recibía del Banco a la Nación, en la cuenta corriente correspondiente, es decir, sus funciones estaban ligadas a la recepción y depósito de dinero del Estado.

R. N. N.º 2291-2013-Junín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La **administración** es la posesión material o jurídica de los caudales o efectos con finalidades de destino público. Destino público que tiene que ver con una parte institucional, esto es, caudales para ser empleados internamente por la propia entidad, para fines diversos: pago de personal, equipamiento, compras y gastos varios. Destino público orientado hacia fuera de la entidad pública, esto es, con destino social: obras, carreteras, hospitales, educación, etc. La administración es la gestión y el empleo de recursos públicos con vista a los fines de la función pública y los cometidos estatales. El administrador resulta así el principal funcionario técnico del Estado,

cuya información es programar, siponer y utilizar los caudales y efectos en fines de interés institucional y social.

La administración le dota al sujeto público de una gran cuota de poder, al tener bajo su ámbito de competencia los recursos públicos, ya sea de manera directa o en modo de disposición jurídica

La **custodia**, por su parte, hace alusión a la conservación y vigilancia de los caudales o efectos llevados a cabo, en cumplimiento de sus deberes y roles administrativos, por el funcionario o servidor público. No es función de custodia, para efectos penales, las simples tenencias coyunturales o fácticas del bien, esto es, cuando no están engarzadas con un marco de atribuciones o competencias.

En función de la custodia el funcionario o servidor entra en posesión-tenencia con los caudales o efectos, a partir de cuyo momento se erigen un conjunto de deberes administrativos de preservación y cuidado para con dichos bienes públicos.

Estos vinculadores jurídicos o modos legales de posesión del caudal o efecto pueden ser relativamente intercambiables, es decir, el perceptor puede ser, a la vez, administrador o custodio si nos atenemos a las características de funcionamiento de la Administración pública en determinadas zonas del país. Sin embargo, el custodio no puede asumir roles de administrador.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Percepción, administración y custodia. 7. [...] b) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos [...].

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30-09-05, FJ 7. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

La percepción, administración y custodia. 2.1.1.2. [...] *b)* [...] Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación: 1. *Percepción*. Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. 2. *Administración*. Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego [(6) *Vid.* Rojas Vargas, Fidel, *Op. cit.*, p. 489]. 3. *Custodia*. Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. En virtud de estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber de garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos [...].

R. N. N.º 615-2015-Lima [caso *Diarios chicha*], del 16-08-16, FJ 2.1.1.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

b. El objeto material del delito: los caudales o efectos

La norma penal utiliza los vocablos «caudales» y «efectos», ambos de rancio abolengo francés, de inicios de fines del siglo XVIII, que resultan desfasados con la terminología actual, y no así bienes o recurso públicos.

Con el vocablo «caudal» se comprende al dinero, cualquier objeto material o tecnológico con valor en el mercado, bien mueble, bienes inmuebles que por sí solos tienen un valor económico en el mercado

y que forman parte del patrimonio público en sentido amplio y funcional. Son los bienes que se pueden vender y comprar. En cambio, «efectos» designa a todos los objetos o cosas que no tienen valor por sí mismos, sino por lo que representan (títulos valores negociables, estampillas, consignaciones judiciales, giros postales, documentos valorados, distintivos oficiales, etc.).

JURISPRUDENCIA

Bienes sobre los que recae la acción. Noveno. [Que] debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material en el delito de peculado pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada, siempre que hayan ingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la Administración pública en condición de disponibilidad jurídica para fines institucionales o de servicio y a través de un acto jurídico legalmente válido; que, en ese contexto, las donaciones o legados al Estado expresamente aceptados por acto administrativo lo vincula con los intereses públicos [...].

R. N. N.º 1320-2009-Huánuco, del 03-11-10, FJ 9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El punto de discusión reside en si los bienes inmuebles forman parte de los caudales, de modo tal que sean susceptibles de apropiación mediante conducta peculadora. Queda fuera de discusión que **los inmuebles sí son caudales** desde la perspectiva del **peculado por utilización**. El punto de dificultad radica en el hecho de si **un bien inmueble puede ser objeto de apropiación**; en este punto, el Código Penal ofrece pistas al respecto, sobre todo, en el artículo 202 (delito de usurpación), en el que se admite la apropiación de inmuebles.

La Corte Suprema ha asumido un criterio funcional para decidir la calidad del caudal o efecto, al sostener que ambos deben ser susceptibles de introducción y negociación en el tráfico jurídico.

JURISPRUDENCIA

Caudales o efectos: Los libros contables supuestamente apoderados por los citados encausados no constituyen caudales o efectos —objeto material del delito de peculado—, pues, conforme lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera de manera unánime, ello comprende fundamentalmente al dinero u otros objetos dotados de valor económico, y los efectos comprenden a los documentos de crédito —valores en papel, título, sellos, estampillas— emanados de entidad estatal, que representan valores económicos y tiene carácter de negociables, tal como coinciden en tal criterio numeroso autores tanto nacionales como extranjeros; calidad que no tiene los libros contables por no ser susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) con fines contables o de administración.

R. N. N.º 4174-96-Junín, del 26-05-98. Sala Penal de la Corte Suprema.

En síntesis, el esfuerzo conceptual de la Corte Suprema —de conformidad con la doctrina— ha consistido en precisar que el **caudal** posee por sí valor económico, mientras que el **efecto** representa un valor económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico. Se nota en tales definiciones el interés jurisprudencial por lograr distinciones taxativas entre lo que es caudal y efectos, de modo que los títulos de crédito pasan en tal idea a constituir «efectos». Esta inclusión puede ser debatible, pero consideramos adecuado y racionalizador el esquema de inclusión clasificatorio propuesto por la Corte Suprema que abona por una noción estricta de caudal y amplia de efectos.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Caudales y efectos. 7. [...] e) [...] Los [*caudales*] son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los *efectos* son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30-09-05, FJ 7. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario debe basarse en el ámbito de competencia del cargo. **Cuarto.** [La] posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario [en la comisión del delito de peculado] debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como los reglamentos-ROF. Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud de los deberes o atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente. Por ello, cuando se menciona al término apropiación, este consiste en hacer suyos caudales que pertenecen al Estado, y disponer de ellos. Mientras que en el supuesto de hacer uso de los efectos, se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien.

R. N. N.º 287-2013-Puno, del 24-02-14, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

No puede considerarse a libros contables como efectos o caudales objetivos del delito de peculado. **Tercero.** [Aun] cuando el encausado [...] ha admitido haber retenido en su poder los libros contables del Centro Educativo so pretexto de no habérsele cancelado sus honorarios; conforme señala en la sesión de audiencia [...] al afirmar que actuó de esa forma «porque me debían un remanente de dinero desde abril»; sin embargo, es necesario remarcar que al no considerarse dichos documentos contables como efectos o caudales, así como elementos objetivos del delito de peculado no puede atribuírsele tal ilícito por no estar prevista dicha conducta descrita en el artículo 387º del Código Penal [...].

R. N. N.º 4416-2006-Arequipa, del 29-02-08, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El *patrimonio público* (término inclusivo para comprender los caudales y efectos) no es solamente el tesoro del Estado ni los bienes y el dinero de las dependencias públicas. El concepto «patrimonio público» comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración pública. Más aún, por patrimonio público **se entiende también a aquellos bienes particulares,** por ejemplo, donaciones, premios, o legados y fideicomisos que se encuentran **temporalmente** bajo

administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre dichos caudales y efectos, siendo susceptibles de apropiación.

EJEMPLO

Son patrimonio público los bienes incautados como las máquinas tragamonedas que se comisan en trámite administrativo y que pasan a almacenes públicos o privados, pero bajo administración de la entidad pública. Estos bienes son de origen privado, pero jurídicamente tienen una significación pública porque el Estado asume —en esos momentos— relaciones de posesión jurídica sobre dichos bienes.

JURISPRUDENCIA

No se configura peculado si el agente se apodera de importes de dinero (revendiendo comprobantes de pago) pertenecientes a particulares y no del Estado. Cuarto. [En] el presente caso no se cumplen los elementos objetivos del tipo penal [de peculado], por cuanto, no se le imputa al encausado [...] el hecho de haberse apropiado o utilizado, para sí o para otro, caudales de contenido económico concreto que haya tenido en percepción, administración o custodia por su función como Jefe encargado de la Oficina [...] de Licencias de Conducir [...]; sino el haberse apropiado de comprobantes de pagos efectuados en el Banco de la Nación (cuyo dinero ingresó y se mantuvo en el erario nacional) por trámites relacionados a su función, que ya habían sido utilizados en expedientes administrativos anteriores para efectos de ofrecerlos y venderlos a nuevos usuarios de los mencionados trámites; por tanto, el referido encausado en ningún momento se apoderó del importe del dinero de los comprobantes en cuestión, el cual siempre permaneció en la esfera de dominio del Estado; sino se habría apoderado de importes de dinero pertenecientes a particulares [...].

R. N. N.º 4195-2009-Moquegua, del 25-01-11, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El pago efectuado por una entidad pública a un funcionario, como adelanto de haberes, deja de ser un caudal estatal para pasar al dominio y libre disposición del particular beneficiado. Cuarto. [Cuando] una entidad edil efectúa un pago por adelanto de haberes a un funcionario, no puede afirmarse que dicho dinero sigue siendo un caudal estatal, pues ha pasado al dominio y libre disposición del particular beneficiado, razón por la que su apropiación o utilización no puede reputarse ilícita, al no entrañar abuso del poder público ni un quebrantamiento de los deberes funcionales de lealtad y probidad alguno; [...] el beneficiado con un pago por adelanto de haberes no recibe [...] el dinero en percepción, administración o custodia, sino en propiedad con todas las facultades que le son inherentes a este derecho real (el agente no solo tiene poder de vigilancia y control sobre la cosa, sino ya dominio sobre ella).

R. N. N.º 4968-2006-Santa, del 11-03-08, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

c. *El destinatario: para sí o para otro*

En el delito de peculado por apropiación es usual que el funcionario o servidor que se apropia de los caudales o efectos los ingrese a su patrimonio, mediante actos ilegales de disposición sin tener derecho a ello, al tratarse de bienes ajenos de propiedad o bajo administración de la Administración Pública, momento en que se perfecciona el tipo penal. Lo que haga a partir de entonces el sujeto activo pertenece a la fase de agotamiento del delito, esto es, lo coloque en el banco, los guarde, adquiera bienes, compre acciones, soborne a funcionarios, los transfiera a otra persona, etc. Sin embargo, la norma penal se ha puesto en el caso de que el sujeto público lleve a cabo la consumación del delito con la finalidad de destinar los bienes **a una tercera persona** («para otro»), quien puede ser un particular, una persona jurídica, un colectivo social, otro funcionario o servidor público, no pudiendo entenderse que sea una entidad pública distinta a la cual pertenece el sujeto del delito,

pues en esa hipótesis se desnaturaliza el comportamiento típico para pasar a configurar una malversación de fondos.

En la modalidad de peculado «para otro» es de vital interés apreciar la finalidad de la consumación, Es decir, el caudal del Estado no va a ingresar en definitiva y realmente al patrimonio del funcionario peculador, sino de un tercero. En este supuesto pueden darse dos escenarios: (i) el funcionario desarrolla actos de apropiación sobre el bien o caudal público, es decir, consuma el delito, pero el bien no va a tener como destino su patrimonio, no va a ser incorporado realmente a él, sino al patrimonio de una tercera persona. En este supuesto, la titularidad de facto sobre el bien se mantiene en un estado de latencia en el ámbito de dominio del funcionario o servidor vinculado, hasta que sea el tercero u el otro quien disponga del mismo; (ii) el sujeto público efectúa desde su posición de administrador, perceptor o custodio actos de transferencia del bien hacia el tercero —como indica la norma— en cualquier forma, pero utilizando las vías propias de los actos administrativos externos, simulando erogaciones, pagos, bonos indebidos, etc.

En el primer escenario del peculado para otro, el caudal apartado de la esfera del Estado, se mantiene temporalmente en el dominio ilegal del funcionario hasta que sea introducido a la esfera patrimonial del otro, al que alude el tipo penal. En el segundo escenario no hay estado de latencia, el caudal pasa directamente a poder del tercero, bajo una innumerable posibilidad de actos concretos, con los cuales se trata de justificar su salida. En ambos casos, quien consuma el delito es el funcionario público no el tercero, pues carece de entidad jurídica para ello al no tener calidad de autor ni coautor. No hay posibilidad de coconsumación, al no encontrarse el tercero bajo alguno de los vinculadores de posesión y en igualdad de atribuciones por razón del cargo, que exige el tipo penal.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

El destinatario para sí. 7. [...] El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30-09-05, FJ 7. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2005.

Redundando, la expresión *para otro* nos permite entender que ese dinero o caudal del que se apropia el funcionario (quien consuma el delito) va a ser trasladado a terceras personas. Dicho término (*para otro*) no quiere decir que el caudal o efecto que se apropia el funcionario o servidor vinculado esté dirigido a su esposa o a sus hijos, sino que está pensado para una persona que se encuentra más allá del ámbito personal o familiar del funcionario público. De apropiarse los bienes o caudales para dárselos a sus familiares, el peculado seguirá siendo «para sí», ya en fase de agotamiento, es decir, se mantienen en su esfera ilegal de dominio sin que se pueda hablar jurídicamente que estemos en la presencia de peculado «para otro». *Para otro* ha sido una designación colocada en el tipo penal para cubrir extensivamente las posibilidades de actividad ilícita del delito, sin que ello lo convierta en un elemento normativo. El término se utiliza cuando el funcionario se apropia de los caudales para desplazarlos desde su ámbito de dominio —ilegal, por cierto, al suponer ya actos de disposición peculador— a terceras personas, las cuales pueden ser tanto personas físicas o naturales como instituciones o personas jurídicas (empresas nacionales o extranjeras, grupos políticos, partidos, credos religiosos, entidades internacionales, instituciones diversas, etc.). Dicho destinatario fáctico, en suma, ha sido colocado por el legislador para entender que el peculado puede también comprender hipótesis de mayor complejidad, en las cuales ese «otro», puede ser un receptador, un cómplice o incluso un participante inocuo.

Esta peculiar vinculación entre sujeto activo del peculado y favorecido o beneficiario ha sido visto en la actualidad no siempre desde una perspectiva serena, para llegar a sostener que este tercero es el que finalmente consuma el delito o concurre junto al sujeto público a la consumación, lo cual constituye un criterio erróneo, dado que ello rompe las reglas de concepción y construcción normativa de los delitos de infracción de deber.

El **rol** cumplido por el **tercero beneficiado** con la consumación del peculado puede llegar a admitir las siguientes lecturas:

a) Se trata de un ***cómplice primario o secundario***, si es que ha contribuido con aportes o contribuciones en fase de preparación o durante la ejecución a la concreción del delito;

b) Es un ***inductor***, en el caso de comprobarse que determinó al funcionario o servidor público a apropiarse de los fondos que estaban destinados para él;

c) Se trata de un ***receptador***, de haber recibido, guardado o negociado los bienes con conocimiento o presunción de que estos proceden de la comisión del delito de peculado, o

d) Es un ***beneficiario penalmente*** irrelevante si desconoce el origen o la procedencia del caudal público.

El delito es **eminentemente doloso**, lo que descarta como hecho penalmente relevante apropiaciones por descuidos, imprudencias o confusiones, muy frecuentes en zonas en las cuales acceden al ejercicio de la función pública personas no necesariamente poseedoras de conocimiento sobre manejo y gestión del sector público (por ejemplo, en distritos alejados de los grandes centros poblados).

3.3. Aumento de la cuantía para diferenciar la cantidad del injusto

La Ley N.º 29703 (10 de junio de 20011), ley que produjo modificaciones en la redacción del tipo penal, incorporó un referente

pecuniario (cuantía) para diferenciar entre un peculado simple y otro agravado, siguiendo el ejemplo de los códigos penales españoles (el art. 432 —antes de su reforma en el año 2015— reguló el delito de malversación mediante apropiación con dos niveles de agravación: (i) superior a 50 000 euros o (ii) superior a 250 000 euros; las penas oscilan entre los 4 a 8 años), y mexicano, en relación con los caudales a efectos de matizar el injusto del delito, siendo una circunstancia agravante el monto elevado de lo apropiado.

Las cuantías son referentes objetivos que permiten diferenciar la cantidad de injusto, dado que si se trata de proteger el patrimonio público, el dato objetivo del monto de lo apropiado por el funcionario o servidor constituye un elemento material a tomar en cuenta para graduar el injusto y derivar consecuencias punitivas diferentes, ya que no es igual que el agente se apodere de bienes de escasa entidad pecuniaria a que lo haga en volúmenes y proporciones que pongan en peligro la viabilidad del servicio o de la función.

El segundo párrafo del artículo 387 señala, en su versión actual, que cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, la pena privativa de libertad será no menor de ocho (cuatro más que la modalidad simple) ni mayor de doce años (también cuatro más que la modalidad simple) y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Con esto se establece que en el peculado el patrimonio público imprime la naturaleza del delito y no importa solo la infracción de deber.

3.4. La relación funcional del autor con el objeto material normativo del delito

La relación funcional por razón del cargo admite dos interpretaciones:

a) El funcionario tiene el **control directo** de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, el tesorero, el administrador que tiene la caja chica, el jefe de

maestranza, o el funcionario que está en contacto con el bien a efectos de brindar servicios, el depositario que cuida los bienes públicos). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien.

b) El titular o funcionario de nivel generalmente **no está en relación directa** con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente estos no están en un determinado territorio que él administra. Tiene lo que se llama la ***disposición jurídica de los bienes*** (el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva). Esta modalidad de vinculación permite también imputarle a los funcionarios el delito de peculado, en caso estos hayan dispuesto que dichos montos o caudales se destinen para terceros, o ellos se los apropien, pese a no estar en contacto directo material con los bienes, utilizando su poder de decisión.

JURISPRUDENCIA

Relación funcional por razón del cargo. 2.1.1.2. *a) Existencia de una relación funcional «por razón de su cargo». Prima facie* debemos mencionar que no todo funcionario público —por su sola condición— podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse* o *utilizar*, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en posesión [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal; por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado. Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza

el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos, directivas, entre otros). Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional [...]. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-I16, del 30 de setiembre de 2005, ha dejado en claro que para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica [...].

R. N. N.º 615-2015-Lima [caso *Diarios chicha*], del 16-08-16, FJ 2.1.1.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La vinculación funcional es un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado. **Noveno.** [Respecto] a la imputación contra el [tercero] encausado [prefecto], cabe precisar que para atribuir la responsabilidad a una persona como autor del delito de peculado nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino que, además, ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado [combustible]; que la vinculación funcional es un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría; que, en el presente caso, el aludido encausado si bien tenía la calidad de funcionario público, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, no tenía la disponibilidad jurídica del bien que se apropió, conforme se recoge en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, porque dicho bien habría sido proveído por la Sunarp-Piura, es decir, otra institución estatal que no estuvo bajo su cargo; que, asimismo, su otorgamiento fue dispuesto por otro funcionario [...] quien mantenía dicha vinculación funcional, ya que era jefe de la Zona Registral Uno, Sede Piura [de la Sunarp]; por lo que en todo caso [el prefecto] no podría ser autor sino más bien partícipe en el ilícito materia de imputación.

R. N. N.º 3841-2011-Piura, del 10-01-13, FJ 9. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Exigencia de vínculo funcional para configuración del delito de peculado. **Tercero.** [...] [El] tipo penal de peculado se configura con el apoderamiento para sí o para tercero de caudales o efectos del Estado, a los que el agente del delito accede por razón de su cargo [...]; que bajo esta premisa y analizando el material probatorio insertados al proceso, no se llegó a determinar la tesis acusatoria; que, en efecto [...] la acusada [...] al tiempo de los hechos, se desempeñó en el Núcleo Ejecutor del Proyecto PESR-RURAL [...] como inspector técnico, de lo que se desprende que sus funciones se circunscribían a la verificación de la realización de la obra y no al manejo de información contable sobre la misma, funciones que correspondían al inspector administrativo como se especificó en el Convenio [...], pues era responsable solidario con el núcleo ejecutor por la buena ejecución del proyecto; que, por tanto, la calidad especial exigida para el agente del delito de peculado no se tipifica dentro de la labor técnica que desempeñó y para la que fue contratada, es decir, no existió vínculo funcional con los caudales que fueron entregados por FONCODES al citado proyecto; que, en consecuencia, no le son atribuibles los cargos imputados en la acusación.

R. N. N.º 840-2009-Huánuco, del 06-07-10, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El imputado tenía un encargo funcional adicional por disposición superior, por lo que la relación funcional con el dinero en cuestión está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir la responsabilidad por el destino de esos caudales municipales. Tercero. [El] encausado [...] fue administrador del Mercado Municipal [...] y si bien sus funciones no incluían las cobranzas, a solicitud de [su superior] cobraba los arbitrios, de los que rindió cuenta. En su declaración administrativa [...] admite el cobro que realizaba tanto por energía eléctrica como por arbitrios a los comerciantes de los puestos de venta del Mercado [...]. **Cuarto.** [Es] evidente [entonces] que el imputado [...] tenía un encargo funcional adicional por disposición superior, del órgano competente, por lo que la relación funcional con el dinero en cuestión está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir o imputar la responsabilidad por el destino de esos caudales municipales. De otro lado, está probado el cobro por arbitrios y energía eléctrica, así como el faltante correspondiente, que estaba en su ámbito de competencia o de organización.

R. N. N.º 2905-2012-Ucayali, del 12-03-2013, FFJJ 3 y 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

3.5. Un caso particular: los viáticos

La administración de los caudales o efectos del Estado no supone que el funcionario pueda disponer de los bienes a su criterio o capricho. El patrimonio que administra, percibe o custodia un funcionario o servidor no es para sí o para terceros, a elección o discrecionalidad del sujeto público vinculado funcionalmente, ya que un conjunto de normas jurídicas le imponen deberes y obligaciones que tiene que cumplir para asegurar tanto la intangibilidad de los caudales como el uso adecuado y funcional de los mismos para fines institucionales y de interés general.

El caso de los viáticos representa un caso muy ejemplificativo que sirve para demostrar los límites de la tipicidad del delito de peculado doloso, y los excesos a los que se puede llegar cuando se pierde de vista el principio de legalidad penal.

Podemos definir al viático el acto de disposición interna, de dinero, que hace la Administración pública —esto es, las diferentes reparticiones públicas—, a una persona (funcionario o servidor, excepcionalmente un particular) con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio.

JURISPRUDENCIA

Los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. [Los] «viáticos» tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del «viático» que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de

recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecua al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción de deber, puesto que en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se le puedan exigir a los procesados [...].

R. N. N.º 260-2009-Loreto, del 03-03-10, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Los **viáticos** entregados a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación, hospedaje y traslados internos se producen **en calidad de transferencia en disposición**, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas.

Los viáticos, en la Administración pública, tienen las siguientes **características**:

a) Poseen titularidad de origen público

b) Tienen un contenido **patrimonial** (en dinero).

c) Poseen naturaleza **eventual**. No puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría su calidad administrativa y de destino.

d) Deben tener un revestimiento de **legalidad**. Tienen que estar previstos en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal.

d) Poseen un carácter **fungible**. El viático no se da para custodiarlo o para invertirlo. El viático, como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, se entrega para gastarlo. El concepto administrativo de viático habla de movilidad, alimentación y hospedaje, y traslados internos cuando sean necesarios.

e) Su **comunicabilidad**. El funcionario tiene el deber de informar, rendir cuenta y dar detalles sobre la forma que ha utilizado los viáticos.

JURISPRUDENCIA

Necesidad de reformar el criterio jurisprudencial sobre considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos. Sétimo. [E]l término «viáticos» constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional; por lo tanto, los «viáticos» tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en este subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del «viático» que se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado.

R. N. N.º 4212-2009-Amazonas, del 09-02-11, FJ 7. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Los **viáticos** entregados a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje tienen una **función instrumental** y **son** de carácter personalizado para ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales.

Si bien queda claro que los viáticos no suponen transferencia de bienes en posesión para uso público (pues lo es en disposición para gasto personal), la obligación de rendir cuentas y aleatoriamente de devolver lo no gastado ha sido visto como un supuesto fáctico irregular a partir del cual construir imputación por delito de peculado. Tal razonamiento, en sus fundamentos, prescinde de los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva del delito de peculado. El beneficiario con **el viático** no administra por razón del cargo el bien. Dicho bien, cuando ingresa al dominio del beneficiario, **pierde potencialmente su calidad de patrimonio público por destino** porque el uso del bien no es propiamente para fines públicos.

En este contexto que el funcionario o servidor público esté en la obligación de rendir cuentas y devolver lo no gastado no posiblita la concreción del delito de peculado, sí en cambio la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral. Habrá una **falta administrativa** y se le procesará administrativamente **por no haber devuelto** lo que no utilizó para efectos de sus gastos personales pero no se configura el tipo penal 387 del Código Penal. Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos. Ello no impide apreciar la comisión de otras ilicitudes penales (falsificación material, por ejemplo), o realmente peculado cuando se simula el viático o nunca se llega a realizar la comisión). Al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 7-2019, del XI Pleno Jurisdiccional de las Sala Penales de la Corte Suprema con ponencia del juez supremo Salas Arenas ha efectuado una detallada exposición de las posiciones doctrinarias dispares que existen sobre esta materia, al igual que ha proyectado valiosas reflexiones. Pleno que se pronuncia por la atipicidad del no rendimiento de viáticos a título de peculado, zanjando una larga polémica que ha arrastrado consigo lamentables decisiones judiciales —a todo nivel e incluso ejecutorias supremas— sobre una temática que desde el principio de legalidad era insostenible: la criminalización y punición de los viáticos por delito de peculado, ocasionando la condena arbitraria de numerosos funcionarios y servidores públicos.

JURISPRUDENCIA

El viático como objeto del delito de peculado. Viáticos no se sustentaron cuando correspondía. Décimo. [El] encausado [...] incurrió en la comisión del delito de peculado [...], habida cuenta que efectuó actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado para determinado fin [viáticos], sin sustentarlo cuando correspondía [lo efectuó 3 años después de habérsele requerido], es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal.

R. N. N.º 2665-2008-Piura, del 21-01-10, FJ 10. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Rendición de cuentas. Sétimo. Y que, en cuanto a los viáticos concedidos a dos funcionarios sin que exista —ni se haya exigido— la rendición de cuentas correspondientes, ese hecho no constituye delito de peculado, pues no implican actos de apropiación o de distracción y ni siquiera se atribuye su entrega vulnerando el derecho presupuestario, por lo que tal conducta configura en todo caso un injusto administrativo por falta de cuidado en el control de la rendición de cuentas a cargo de los funcionarios a quienes se proporcionaron los viáticos.

R. N. N.º 3632-2004-Arequipa, del 20-09-05, FJ 7. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Omisión a rendir cuentas por viáticos percibidos no tiene entidad para configurar delito de peculado. 47. La consecuencia administrativa ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: (i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación; (ii) se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido); (iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma). **49.** Por tanto antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar

si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Pero aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos. Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas, en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó.

Acuerdo Plenario 7, Pleno Jurisdiccional 2019 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia.

3.6. Cómo probar el peculado

Las salas penales de la Corte Suprema han señalado en numerosas resoluciones que el peculado requiere de **pericia técnica** que demuestre el perjuicio patrimonial al Estado. Si la persona que se halla en relación material directa o jurídico-indirecta con el bien público **no da explicaciones** sustentables y coherentes de lo sucedido con dichos bienes, si se demuestra que esta persona **estaba en posesión jurídica** o **en posesión material** de los bienes y los mismos (el dinero o los bienes) desaparecen, hay una presunción de que él se los ha apropiado o han sido destinados a tercera persona. La labor de investigación penal irá acumulando medios de prueba (indicios, testimonios, verificaciones *in situ*, pericias) para llegar a la conclusión de que esta persona es quien se ha apropiado de parte del patrimonio público. No obstante, es deber del órgano persecutor del delito acreditar el perjuicio mediante prueba técnica, sin el cual no se podría demostrar uno de los extremos de la lesividad al bien jurídico protegido. Existe igualmente en el criterio de algunos jueces supremos posición distinta, al considerar la innecesariedad de la pericia contable en el delito de peculado. En esta línea, existen posiciones extremas que consideran que el delito de peculado es de peligro y no requiere verificaciones de lesividad material.

JURISPRUDENCIAS

Precisiones sobre prueba indiciaria. Pérdida sospechosa de bienes no es suficiente para acreditar tipicidad y culpabilidad en delito de peculado doloso por apropiación. ***Sexto.*** El Ministerio Público invocó la aplicación de la prueba indiciaria para sustentar el juicio de condena, mas omitió expresar el razonamiento deductivo que internamente realizó para obtener, de los hechos probados, las premisas conclusivas. Aun cuando se superara ello, los indicios no son unívocos, es decir, no apuntan inconcusamente a la responsabilidad del encausado con el hecho delictivo. **Octavo.** Las exigencias de prueba fiable, corroborada y suficiente que constituyen el núcleo de las reglas de prueba que integran la presunción de inocencia no se cumplieron en el presente caso. El tribunal superior resolvió acertadamente el conflicto. La pérdida de bienes, aun en forma sospechosa, no es suficiente para imputar una conducta de apropiación al encausado; tampoco lo es su rol de encargado ni la falta de violencia que se ejerció para la sustracción, pues existían otras personas que tenían las mismas facultades de disposición que aquel.

R. N. N.º 2869-2017-Madre de Dios, del 18-10-18, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Valor probatorio de la pericia técnica. Constituye ya una línea jurisprudencial definida considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito.

R. N. N.º 889-2007-Lima, del 23-09-08, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Véase mismo fundamento en R. N. N.º 2028-2007-Tacna, del 19-03-09, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Informe emitido por la oficina de auditoría interna no constituye prueba preconstituida ni es una prueba que acredite plenamente la comisión del delito de peculado. Cuarto. [...] 4.4. [El] informe [...] emitido por la Oficina de auditoría interna de FONCODES no constituyen prueba preconstituida, en sentido estricto, sino, y como la ley misma lo refiere,

tiene valor determinante para el inicio de las acciones legales, pero no es una prueba que acredite plenamente la comisión del hecho incriminado [delito de peculado], dicho informe, una vez ingresado al proceso penal debe ser sometido a contradicción para que el juez le otorgue valor probatorio correspondiente [...].

R. N. N.º 1896-2013-Madre de Dios, del 25-02-14, FJ 4.4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Es imprescindible el peritaje contable oficial que determine con exactitud si existió o no perjuicio económico. Informe emitido por la Contraloría, si bien constituye prueba preconstituida, no es suficiente ni determinante para establecer la responsabilidad del agente. Quinto. [El] procesado ha sido uniforme y persistente en señalar que efectivamente recibió la suma de 12 900 nuevos soles por el trabajo que realizó, sin embargo, la obra no se pudo entregar en el plazo de 90 días, dado que la municipalidad no prestó los materiales que se requerían, habiéndose quedado en el distrito [...] hasta el mes de diciembre en que se entregó la obra al juez de paz de dicho distrito; por lo demás, no existe tampoco un peritaje contable oficial que determine con exactitud si existió o no perjuicio económico, dado que es el presupuesto fundamental para determinar la comisión del delito de peculado. Sexto. [El] informe emitido por la Contraloría General de la República, si bien constituye prueba preconstituida, no es suficiente ni determinante para establecer la responsabilidad del agente, ello sin perjuicio de merituarla como prueba de parte conforme lo hizo el Colegiado Superior en la sentencia recurrida, pues en el fondo ha sido emitida por un órgano de control de la entidad agraviada [...].

R. N. N.º 4568-2008-Huánuco, del 09-03-10, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

***Condiciones para que una prueba pericial esté apta para enervar la presunción constitucional de inocencia. Informes emitidos por la Contraloría gozan del carácter de pericia institucional preprocesal.* Tercero.** [En] el expediente no se encuentra acreditada la culpabilidad del acusado [...] por los delitos de peculado, malversación de fondos y falsificación de documentos; que, en efecto, la única prueba que sustenta la incriminación del representante del Ministerio Público es el INFORME PERICIAL [...] —no emitido por un órgano del Sistema Nacional de Control— realizado en la investigación preliminar, es decir, antes del inicio formal del proceso [...]. **Cuarto.** [Sin] embargo, esa instrumental no constituye una prueba pericial

apta desde el ámbito procesal probatorio para enervar la presunción constitucional de inocencia, pues no fue emitida por una institución oficial dedicada a esos fines y no se sujetó a ninguna de las normas procedimentales que regulan la práctica de la pericia procesal [...]; que es de acotar que en el ámbito investigado solo se otorga esa calidad a los informes emitidos por la Contraloría General de la República que gozan del carácter de pericia institucional preprocesal y, como tal, capaz de valorarse en la sentencia [...]. **Quinto.** [Por] otro lado, ese informe pericial no fue ratificado y sustentado en el juicio oral por los especialistas que la emitieron —ni siquiera fue leído y debatido en el juicio oral o contradictorio—, lo que ocasionó la imposibilidad de que las partes procesales y el Tribunal Superior puedan interrogar a los expertos que la emitieron —uno de los principios básicos de la prueba pericial está constituida por la garantía de los principios de inmediación y contradicción, que conlleva a que las partes afectadas puedan preguntar y repreguntar a los peritos dictaminadores en defensa de sus respectivos interés—, así como se recortó la posibilidad que el acusado [...] pueda aportar la prueba de descargo pertinente, afectándose el derecho de defensa y el debido proceso [...].

R. N. N.º 591-2011-Huánuco, del 04-04-12, FFJJ 3-5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Colegiado supremo considera no determinante pericia en el delito de peculado. **Cuarto.** Los hechos submateria tiene una connotación especial, pues si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado en cualquiera de sus modalidades, en tanto que el tipo penal comprendido en el artículo 392 del Código Penal o en el tipo base del artículo 387 del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia —no vinculante— que si considera la necesidad de la existencia de estas pruebas —pericia contable— para establecer la responsabilidad del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan siendo generalmente en casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero —cajeros o tesoreros—.

R. N. N.º 484-2014-Ayacucho, del 23-04-15. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Peculado por utilización y pericia. Décimo noveno. En el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la Administración pública, ilegalmente (y sin ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial.

Casación N.º 131-2016-Callao, del 21-03-17, Sala Penal Transitoria

El razonamiento lógico es el siguiente: hay un faltante, ese patrimonio estaba bajo administración del funcionario, el faltante se detecta justamente en el ámbito de competencia del funcionario. Sin embargo, esto no es suficiente para condenarlo. El fiscal está en la obligación de demostrar que él se apropió del bien, mediante actos de disposición o ingresándolo a su patrimonio personal o desplazándolo al de terceros.

El peculado básico es un delito doloso, característica subjetiva que deberá igualmente acreditarse. Cuando **no se puede probar** el dolo del funcionario, queda para analizar la figura subsidiaria del **enriquecimiento ilícito**, en el supuesto de incrementos patrimoniales ostensibles en la masa patrimonial del funcionario o servidor público.

3.7. El peculado culposo

En el delito de peculado culposo se protege un bien jurídico general (proteger la regular marcha de la administración pública) y un bien jurídico específico (preservar el patrimonio público). En este tipo penal, el funcionario, público permite con su comportamiento negligente o por imprudencias que terceras personas sustraigan los bienes. Lo que está en juego aquí no es la honradez o la probidad del funcionario sino una **correcta administración-custodia del patrimonio público** y preservar la intangibilidad de ese patrimonio.

La culpa del sujeto público, dada la calidad de garante en la que se encuentra para con los bienes del patrimonio público, ya sea en su vinculación de custodio o administrador, admite tanto una **culpa consciente**, como más propiamente una **culpa inconsciente**, esto es, el nivel de responsabilidad subjetiva más extremo, en la que el sujeto público no se representó mentalmente el resultado lesivo, pero debió habérselo representado, esto es, estaba en el deber de hacerlo.

La redacción que ha empleado el legislador penal para regular el delito culposo de peculado resulta técnicamente singular, por decir lo menos, dado que circunscribe el núcleo de la acción al hecho de que sean **terceros los que sustraigan el bien por descuido del funcionario** o servidor público, y no que sea este el que se apropie por culpa; en otras palabras, el autor de la sustracción no es el sujeto público, vinculado por razón del cargo con el caudal o efecto, sino terceras personas, que pueden ser particulares (*extraneus*) o incluso otros funcionarios o servidores públicos. Obviamente, es singular por cuanto se ha construido un tipo complejo que junta tipicidades del hurto y de un peculado de dudosa relevancia penal; por lo mismo, la autoría por peculado culposo reside en un descuido, imprevisión o negligencia que ocasiona o posibilita, a su vez, una relación causal distinta no imputable en cuanto actos ejecutivos al funcionario o servidor. Pero, de otro lado, haber hecho descansar el núcleo del ilícito en la apropiación o sustracción negligente de los bienes o caudales por actos directos del sujeto público, habría sido una **aplicación maximalista del derecho penal** con más desventajas que méritos para la Administración pública, dado que para ello resulta suficiente el derecho administrativo disciplinario.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

***Peculado culposo.* 8.** Respecto de la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente

a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente. **9.** En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: «la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como: a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. b) La culpa del funcionario o servidor público. *Culpa* es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30-09-05, FFJJ 8 y 9. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2005.

Estructura del delito de peculado culposo. Cuarto. La conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal [...] y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo

Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: «... Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público».

R. N. N.º 4500-2005-Junín, de 06-09-07, FJ 4 [este considerando constituye precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo]. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

Reconducción del título de condena por parte del Tribunal Supremo del delito de peculado doloso a peculado culposo. Noveno. Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al rector de la Universidad Nacional San Agustín, este tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la universidad, en razón de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una personas razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba [...]. Admitir que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdos que atenten contra el patrimonio o funcionamiento de la universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...].

Casación N.º 244-2013-Arequipa, del 11-02-14, FJ 9. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En el peculado culposo se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes: no se cumplió con verificar debidamente el contenido de los bienes que se recibían. Cuarto. [El] delito de peculado culposo

[...] se configura cuando el funcionario o servidor público por su descuido da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función, esa infracción debe producir un resultado típico —pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero— y una relación de antijuricidad —esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado—, [...] los encausados [...] admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión [tampoco comunicaron a sus superiores de tal donación, no efectuaron el inventario respectivo y tampoco verificaron las cajas que recibía] [...], motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable [...].

R. N. N.º 2674-2009-Cajamarca, del 15-07-10, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Peculado culposo agravado: apropiación de materiales destinados a poblaciones afectadas. El delito se consume pese a que después los funcionarios procedieron a la reposición de los bienes. Sétimo. [...] [Se ha establecido] suficientemente que [los] bienes [destinados a damnificados] fueron objeto de apropiación por [los funcionarios municipales encusados], incorporándolo a su patrimonio personal, habiéndose procedido a cubrir estos con otros de la misma naturaleza, lo que resulta irrelevante para la configuración del injusto penal aflictivo a los intereses patrimoniales del Estado; es decir, con la apropiación de los materiales de propiedad de la institución estatal se consuma el delito instruido con prescindencia de la reposición de estos —con otros de iguales o de similares características—, que eventualmente signifiquen una desfiguración del perjuicio ocasionado, pretendiendo alegar un cumplimiento tardío de sus funciones, no obstante que la afectación se concretizó al no haberse acudido oportunamente a las familias afectadas [...]. **Octavo.** [La conducta se encuentra tipificada como] peculado culposo agravado, [...] teniendo en consideración que [la] conducta no comporta la intención de apropiarse de los [...] materiales destinados a las [...] poblaciones afectadas.

R. N. N.º 1229-2010-Loreto, del 01-06-11, FFJJ 7 y 8. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

3.8. El peculado agravado

Producto de la reforma producida en 1993 (Ley N.º 26128, del 13 de junio de ese año), en relación con el delito de peculado, el legislador incorporó como circunstancia agravante de dicho delito la finalidad del caudal o efecto, es decir, que **si el patrimonio** que se apropia el sujeto público **está destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social,** la pena privativa de la libertad se incrementa en ambos extremos tanto en su mínimo de 4 a 8 como en su máximo de 8 a 12 años (conforme a la Ley N.º 30111).

El legislador ha tomado en cuenta la importancia del destino social de los caudales para incrementar la entidad del injusto del peculado al igual que la respuesta punitiva. La tipicidad agravada en este caso se produce tanto antes de que se apliquen a dichos fines los caudales o efectos como cuando ya se están implementando los fines asistenciales o los programas de apoyo social. La **configuración** de la modalidad agravada de peculado requiere que el infractor conozca de dicha finalidad que poseen los caudales. El dolo del agente se amplía aquí con un múltiple nivel de conocimiento: de su vinculación funcional, de la naturaleza pública del patrimonio, de su finalidad de destino.

3.9. Consumación

Se produce la consumación del delito en el **peculado por apropiación** para sí cuando el sujeto público ha realizado actos de disposición patrimonial de los caudales o efectos, removiéndolos del ámbito público para ser incorporados a su dominio patrimonial. El tipo no requiere que se produzca ni que se compruebe el provecho obtenido de parte del funcionario o servidor público, sí, en cambio, deberá de verificarse el detrimento o disminución patrimonial sufrida por la entidad pública.

En la modalidad de peculado «para otro», la consumación del delito opera cuando se los ha apropiado con la finalidad de destinarlos al tercero beneficiado. En ambas modalidades estamos ante un delito de consumación instantánea y de resultado lesivo, que admite fases de tentativa. La consumación del delito no requiere que el otro tenga consigo los bienes, por cuanto ya los actos de disposición, practicados en dicha dirección, por el sujeto público, perfeccionaron el delito. Que el funcionario o el «otro» obtenga provecho económico o lucro no son exigencias de tipicidad del peculado doloso. Que el funcionario o servidor público devuelva los caudales o efectos apropiados, no genera consecuencias de atipicidad o justificación; sí, en cambio, posee efectos valorativos para determinar disminución de pena.

El peculado por apropiación es así un delito de resultado lesivo a los intereses patrimoniales del Estado. Esta modalidad apropiatoria ha sido construida legislativamente como un delito de lesión no de simple actividad y peligro

El valor de la pericia técnica para acreditar la preexistencia, pérdida o disminución funcional del patrimonio resultará de importancia para ambas modalidades de peculado o para hacer radicar el hecho en su sola dimensión de ilicitud administrativa.

JURISPRUDENCIA

Importancia del dolo en la consumación del delito de peculado. Causa declarada probada es ilícita solo a nivel administrativo. 3.9. La razón criminológica del tipo penal de peculado —que se condice esencialmente con el fenómeno de la corrupción— la constituye el aprovechamiento del poder en beneficio privado del funcionario, lo cual, en el presente caso, no fue acreditado por el representante del Ministerio Público. Únicamente se hace referencia a una conducta objetiva, esto es, el incremento objetivo que estuvo directamente reglamentado y no se hizo un análisis del tipo subjetivo o afán doloso de apropiación que determine y delimite el mo-

mento de comisión de un supuesto típico de peculado con la comisión de una infracción administrativa [...]. Por tanto, la causa imputada, declarada probada durante los debates orales, si bien es ilícita a nivel administrativo, no es delictiva; por tanto, corresponde que sea revocada y el reproche de antijuridicidad también queda desestimado. **3.10.** La configuración del tipo objetivo sin una justificación subjetiva del proceder de los imputados conlleva a la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, referido a la proscripción de la responsabilidad objetiva que establece: la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

R. N. N.º 2390-2017-Ancash, del 23-04-18, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

En el **peculado por utilización** el delito se considera consumado cuando se ***ha producido*** el uso ilegal y el caudal o efecto del cual se sirvió el infractor haya sido reintegrado o devuelto (en el caso de los bienes muebles) al patrimonio público. La no reintegración o no devolución del bien a la esfera del dominio público puede suscitar un espacio de interpretación proapropiación, lo cual exige al operador jurídico enfatizar el análisis del dolo con el que se desarrolla la conducta típica.

En esta modalidad existe un nivel de apoderamiento mínimo del bien que permite el uso ilegal por fuera de los fines públicos, lo que posibilita entender que si bien el delito se consuma instantáneamente existe un espacio de terminación que no concluye mientras no opere la reintegración o devolución. Este apoderamiento es distinto del criterio de apropiación característico de la primera modalidad de peculado, en la cual el sujeto público actúa como propietario del caudal o efecto, esto es, actúa con criterio de *rem sibi habendi*.

En el peculado culposo, la consumación está supeditada a que la negligencia del funcionario de lugar a la sustracción del caudal o efecto público. Si ello no sucede, el acto conserva ilicitud administra-

tiva. Al tratarse de un delito culposo es impracticable jurídicamente formas de tentativa o de complicidad. En el caso que haya existido concierto en la autogeneración de la negligencia, esto es, para simular un ilícito culposo, el delito será peculado doloso, donde el tercero que sustrae será cómplice del autor funcionario.

JURISPRUDENCIA

Consumación del peculado doloso mediante apropiación 19.1. Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado, que le han sido confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi* —la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya—; El beneficiario del apoderamiento puede ser el 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 pública. Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. **19.2.** La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui géneris*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio.

Casación N.º 102-2016-Lima Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La consumación en el delito de peculado. Cuarto. El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o

fondos del Estado; es decir, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los *caudales o efectos* por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte de su patrimonio público a su patrimonio personal o, en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o del efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a terceros, la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionado o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y, por lo mismo, consumar el delito.

R. N. N.º 1371-2012-Puno, de 12-11-13, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

3.10. Penalidad

- *Peculado doloso básico*: pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años más inhabilitación, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado, y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza y no podrá ser menor del 25 % ni mayor del 50 % del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.
- *Peculado doloso básico agravado por el monto elevado de lo apropiado o utilizado*: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años más inhabilitación, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- *Peculado doloso agravado por la finalidad de los bienes públicos*: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años más inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- *Peculado culposo básico*: Pena privativa de la libertad no mayor de 2 años y prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas más inhabilitación.
- *Peculado culposo agravado*: pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 5 años, más inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 150 a 230 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

JURISPRUDENCIA

Para determinar la pena, hay que tener en cuenta que el peculado incidió en perturbaciones para la realización debida de obras de relevancia social y en la ordenación urbana del distrito. Sétimo. [Para determinar la pena, hay que tener en cuenta que estamos ante] la comisión de cinco delitos en concurso real cometidos por quien ostentaba el máximo cargo de la municipalidad agraviada, y perpetrados en el curso de dos periodos de gobierno edil; que el perjuicio generado a la municipalidad en atención al monto afectado y a las características de la zona geográfica y social de actuación de la municipalidad afectada ha incidido en perturbaciones para la realización debida de obras de relevancia social y en la ordenación urbana del distrito [...].

R. N. N.º 628-2009-Ica, del 27-01-10, FJ 7. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La Ley N.º 30304, de 28 de febrero del 2015, que modificó el artículo 57 del Código Penal, ha dispuesto que los funcionarios que sean condenados por los delitos establecidos en el presente artículo 387 no podrán gozar de la suspensión de la pena.

4. EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS IMPROPIO

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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo único de la Ley N.º 27151 (EP, 07-07-99) y por el artículo único de la Ley N.º 26198 (EP, 13-06-93).

4.1. Características generales

El delito de malversación, o distracción de fondos como también se lo conoce en otras legislaciones penales; no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un **ilícito**, de **evidente factura administrativa**, de mal uso del dinero y los bienes del Estado o de las diversas reparticiones públicas, al asignárselos a destinos no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria.

Llama la atención que la norma penal de malversación de fondos no emplee los términos *caudales* o *efectos*, que se observa en el peculado, sino que aluda literalmente a ***dinero*** y ***bienes***. Es obvio que la fuente argentina(8) de origen de donde se tomó el modelo influenció para salir de la esfera de irradiación francesa y española antigua en materia del objeto material del delito.

El legislador penal modificó en el año 1999, por Ley N.º 27151 del 7 de julio de ese año, el texto original de este delito, incorporando el componente «definitividad» a la aplicación diferente de los bienes públicos, al igual que el criterio objetivo de «afectación al servicio o la función encomenda», lo que contribuyó notablemente a racionalizar las disposiciones de tipicidad y razonabilidad de esta figura penal, desde la injerencia punitiva.

La *definitividad* es una suerte de filtro de tipicidad que tiene un sentido práctico de mínima intervención, pues no toda conducta considerada malversación se castiga.

EJEMPLO

En un pueblo bastante alejado ha ocurrido una gran inundación, dejando a cientos de personas en la intemperie y con grave peligro de perderse muchas vidas. El alcalde tiene que actuar de inmediato y utiliza dinero de partidas que no estaban contempladas para cubrir esa contingencia. Es un caso de extrema necesidad. Si el dinero es regresado a su partida de origen y no hay afectación al servicio o a la función a la cual estaban destinados esos fondos, entonces no habrá delito de malversación. En estos casos nos quedamos en la pura área administrativa.

(8) *Código Penal de Argentina (1922)*: «Artículo 260. Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.»

Es de esperar que este tipo penal, en invocación a principios de mínima intervención y de *ultima ratio* merezca por parte de la política penal peruana una mejor evaluación a efectos de analizar su necesidad en tanto conducta penalmente relevante, dejando a la esfera administrativa la tarea de sustanciar y sancionar de ser el caso a los funcionarios y servidores públicos que dan destinos diferentes a los bienes o dineros asignados; o de restringir el ámbito de tipicidad a supuestos de gran lesividad social y funcional.

JURISPRUDENCIA

No constituye peculado ni malversación el uso de cantidades mínimas de fondos estatales: Cuarto. Que del mismo modo, se ha desvirtuado la comisión del delito de peculado con el dictamen pericial contable ampliatorio [...], que concluyó «De la documentación existente en autos por infracciones de tránsito de la Policía Nacional del Convenio N.º 001-2008, los meses de diciembre (2008) y enero (2009) el importe de S/ 3 213,58, los mismos que han sido rendidos en su totalidad por el Coronel Sifuentes. Incluso con el importe de S/ 2,07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N.º 01, con la observación de que no se distribuyó la alícuota a las comisarías de Abancay, Bellavista, Radio Patrulla, Curahuasi, Tamburco, Huanipaca, Casinchihua, Lambrama y Challiuanca. También se ha determinado que de los fondos entregados al Mayor Marco Ayvar, jefe de DVPOLTRAN existe un saldo por distribuir de S/ 1,37 [...]». Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde solo determinados es jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la vialibilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que, a su vez, configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación.

R. N. N.º 1336-2012-Apurímac, del 10-01-13, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

4.2. Bien jurídico protegido

El objeto de tutela penal radica en la necesidad de cautelar el principio de «legalidad presupuestal», como criterio rector en las asignaciones y disposición de los dineros y bienes públicos. «Legalidad presupuestal» que expresa un valor de primera importancia en la Administración Pública y que relaciona recursos y finalidades establecidos en un Plan General de aplicación, inversión y gasto, y cuya rigidez —excepcionalmente flexibilidad conforme a las variaciones que imponga la realidad y el respeto a la formalidad— exige aplicar los fondos públicos en las áreas previamente predeterminadas, en una suerte de disciplina presupuestal concreta en cada una de las entidades pública. Este principio, a tutelar mediante el delito de malversación, pretende impedir, conminatoriamente, en vía punitiva, que el funcionario o servidor público «administrador» realice traspasos de fondos (dinero y bienes) de manera voluntarista, abusiva o caprichosa, preservando un uso del presupuesto público conforme a un plan general.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico. Décimo primero. Malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos (...), ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del erario público contrariando las normas presupuestales en rigor. [...] el disvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso del establecido por ley, pero aplicándolo en el mismo ámbito de la administración, esto es, se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración. Conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: "En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos: se trata, en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio".

En consecuencia, la configuración de este tipo penal está condicionada al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa, así como el contenido de la legalidad presupuestal.

R. N. N.º 130-2011-Loreto. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que tiene bajo su administración dinero o bienes con facultades para disponer de ellos con fines predeterminados de naturaleza oficial. Cualquier otro sujeto público que llegue a tener contacto con recursos públicos sin poseer facultades de administración-asignación no podrá cometer malversación de fondos sino irregularidades administrativas, sin perjuicio que pueda constituirse en partícipe. Rige aquí, al igual que en el peculado y la colusión defraudatoria, una estricta vinculación funcional del sujeto activo con el objeto material del delito, solo que y a diferencia de dicho delito, con un solo vinculador funcional, esto es, la calidad de «administrador». De lo que se infiere que no puede malversar el perceptor o el custodio

JURISPRUDENCIA

Delito de malversación exige que el autor realice acciones de administración de los bienes: un contador que solo se limita a analizar los estados financieros de fondos de la institución pública agraviada: Cuarto. Que el encausado CCC sostiene que se desempeñó como contador externo de la municipalidad agraviada desde junio de 2002 a octubre de 2005; que, como tal, no tenía capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarían los dineros municipales; que, inclusive, al notar el exceso en los gastos corrientes los hizo notar al alcalde para los correctivos correspondientes, pero no se le hizo caso y se le dijo que luego se regularizaría porque debía atenderse los gastos ediles; que su función era entregar la documentación sustentatoria de los castos debidamente

codificada para que después se procesara y preparara los informes trimestrales que se debían entregar a la Contrararía General de la República, la elaboración de los registros contables y demás obligaciones a la que el contrato de locación de servicios obligaba [...]. Es de resaltar que ninguno de sus coimputados le formula cargo alguno, pues el citado acusado no tenía bajo su control la disposición de recursos públicos municipales [...]. **Quinto.** Que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración pública. Administrar, a su vez, es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. **Sexto.** Que, en el presente caso, no cabe duda que se dio al dinero municipal un destino diferente al establecido en el caso del FONCOMUN. Empero, lo esencial en el caso del imputado es si tenía una relación funcional con el mismo y si los administraba, según lo anotado en el parágrafo anterior. Ahora bien, el contrato [...] de la pericia contable, adjunto en el anexo respectivo, precisa que el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información financiera y contable de la municipalidad. Entre los servicios profesionales que debía hacer era confeccionar los registros contables principales, diversos registros auxiliares, y rendiciones de cuentas mensuales del Vaso de Leche, así como realizar evaluaciones presupuestarias semestrales, prestar asesoramiento en la elaboración del presupuesto participativo, y configurar los estados financieros y presupuestos para la Cuenta General de la República. Ninguna de esas funciones importa esa relación funcionarial indispensable para responder penalmente por el destino indebido del FONCOMUN: él no tenía poder de decisión ni consta que se coludió con sus coimputados con esa finalidad delictiva.

R. N. N.º 2117-2013-Lambayeque, del 22-01-15, FFJJ 4-6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El núcleo de la ilicitud reside en el hecho que el funcionario o servidor público da a los dineros o bienes que administra una **aplicación definitiva diferente**, infringiendo las previsiones ya establecidas y asumidas vía presupuestal o por vía decisional legal.

Son así dos los componentes a tomar en cuenta: la aplicación diferente y la definitividad de esta aplicación.

a) **Aplicar en forma diferente** admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de la administración pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones; tenemos aquí igualmente una malversación de fondos intrasectorial.

b) La **definitividad** de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la anomalía administrativa o conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida en que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante hay que tomar en cuenta los periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen la oportunidad para sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se halla redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva *diferente*, es decir, no está en la naturaleza del bien su empleo conclutorio o fungible a efectos de tipicidad, sino que este extremo del comportamiento típico se halla íntimamente vinculado

a la disposición causal que el agente realice de dicha circunstancia; es en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente.

El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de juego técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también con imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado.

Será **definitiva** la malversación cuando la misma es **irretornable contablemente** a la partida de origen, en un contexto doloso de comportamiento de infracción de deber. El tiempo y la modalidad de retorno —a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad— se corresponde con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema.

JURISPRUDENCIA

Estructura típica del delito de malversación de fondos. Quinto. [Dos son los] elementos que constituyen la estructura típica del [...] delito [de malversación de fondos]: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida; consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos.

R. N. N.º 2702-2009-Lima Norte, del 07-04-10, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Si bien existen irregularidades, no se aprecia aplicación definitiva de los recursos ni afectación del desarrollo del proyecto. Octavo. El supervisor del proyecto indicó que se efectuaron pagos, primero, de pensión al personal que no estaba autorizado, así como por concepto de pasajes, almuerzos, alojamiento al personal no autorizado y compra de tarjetas no autorizadas y, segundo, en el rubro de maquinarías que no correspondían, tales como adquirir gasolina. Esos montos no estaban autorizados en el expediente técnico. El imputado niega parcialmente los cargos y sostiene que esos montos ulteriormente se descontaron a quienes se les proporcionó. El desorden documental y en la propia gestión del proyecto determinaron que el imputado fuera despedido, cuando la obra estaba al 35 % de ejecución [...]. Los informes de FONCODES mencionan irregularidades, pero no dan cuenta de una aplicación definitiva de recursos del proyecto, ni que afectó el desarrollo del Proyecto y culminación de la obra [...]. Por ende, ese delito no tiene base de acreditación suficiente.

R N. N.º 2136-2014-Cajamarca, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Configuración del delito de malversación de fondos, duplicidad del plazo de prescripción en el delito de malversación de fondos, y principio de congruencia en la reparación civil. [Sumilla]. Para la configuración del delito de malversación de fondos se exige: i) un cambio de destino de los involucrados, pero siempre en el ámbito público; ii) que el cambio de destino sea definitivo, y iii) que se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta. En el delito de malversación de fondos se aplica la duplicidad del plazo de prescripción en tanto la acción delictiva recae directamente sobre el patrimonio del Estado. Si la parte civil no solicita una pretensión indemnizatoria propia, en atención al principio de congruencia, el Tribunal no puede imponer una reparación civil más allá de la solicitada por el fiscal.

R. N. N.º 3204-2009-Junín, del 25-10-10, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Malversación de fondos: funcionarios dieron a recursos económicos una aplicación diferente a la que estaba prevista. [Sumilla]. Se configura el delito de malversación de fondos toda vez que los encausados en su condición de funcionarios públicos, dieron a recursos económicos una aplicación diferente a la que estaba prevista, perjudicando el funcionamiento regular de la entidad agraviada. En este orden de ideas por las pruebas

actuadas en el presente proceso se acredita la materialidad del delito imputado, así como la responsabilidad de los encausados, pues vulneraron lo deberes de lealtad y probidad que por su condición de funcionarios o servidores públicos, estaban obligados a observar.

R. N. N.º 5022-2006-Lima, del 02-05-07. Sala Penal de la Corte Suprema.

No se ha podido demostrar si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio, pues dicho monto pertenece a un excedente que tenía la Municipalidad agraviada. Sexto. [...] [Respecto] del delito de malversación de fondos, se debe precisar que la comisión de tal figura delictiva no se encuentra probada, toda vez que no se ha demostrado en autos si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio, pues de lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la municipalidad agraviada y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, cuestionándose en el presente caso el hecho de haber sido mal utilizado, generándose perjuicio a la entidad edil, pero en modo alguno se acredita que se hayan malversado fondos.

R. N. N.º 1719-2007-Puno, del 07-04-09, FJ 6. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Acreditación de la afectación del servicio encomendado es un elemento típico indispensable del delito de malversación de fondos. Cuarto. [La] acreditación de una afectación del servicio encomendado —como expresamente exige el citado precepto penal— es un elemento típico indispensable —referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad— para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del derecho penal como *última ratio* [...].

R. N. N.º 4690-2005-Lima, del 12-09-07, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

No existe aplicación diferente de los fondos a lo señalado por la ley. Décimo tercero. [...] B. *La aplicación definitiva diferente a la destinada en el delito de malversación de fondos.* En el delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que se cuestiona se asienta siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos,

diferente a la que originariamente estaban destinados de manera oficial, con lo cual se afecta el servicio o función encomendada, se exige, pues, la acreditación de un inconveniente en la prestación de un servicio o función, establecidos previamente, cuyo origen sea precisamente la indebida aplicación de los recursos estatales. Como consecuencia de lo señalado [...], requiere para su configuración una afectación [...] identificada plenamente, en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado. En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no serán relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad. C. *Atipicidad de la conducta imputada.* [...] [La] Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado [...] establece [que los recursos obtenidos por la privatización] «[...] deberán destinarse al desarrollo de programas orientados a la erradicación de la pobreza y a la pacificación del país». [...] [No] puede sostenerse que la finalidad de pacificación del país se encuentra referida únicamente a la lucha contra el terrorismo, con exclusión de la búsqueda de solución a los conflictos de naturaleza externa, pues ello implicaría utilizar el contenido semántico de dicha palabra en modo restringido, limitado y arbitrario, en perjuicio de los procesados. [...] [La] compra de armamento en un contexto de conflicto bélico con un país limítrofe —como es de público conocimiento—, no puede ser ajen[a] a la finalidad de pacificación del país comprendida en la ley citada.

R. N. N.º 3641-2011-Lima, del 25-05-12 [Caso *Compras de los MIG-29 y Sukoi-25*], FJ 13. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito es **doloso**. Ello supone que el funcionario o servidor debe tener conocimiento del fin o destino indebido, anómalo, que está dando a los bienes o dineros públicos que administra; debe asimismo saber que está infringiendo normas administrativas que

le impiden malversar. El Código Penal peruano no castiga malversaciones administrativas, vale decir, dirigidas con criterios de resultado material carentes de dolo o causados por imprudencia o que se hallen debidamente justificadas.

JURISPRUDENCIA

Causa de Justificación por obediencia jerárquica. Inexistencia de afectación al servicio. Cuarto. El mencionado desembolso —*retribución complementaria de 20 nuevos soles por concepto de compensación de trabajo*— se extendió hasta junio del 2003, según se desprende del memorando suscrito por el director general y dirigido al acusado, en el que le ordena suspender el pago por concepto de «compensación por trabajo extraordinario»; por tanto, se colige que los encausados, en su calidad de director de Administración y director de Economía del Instituto Materno Perinatal, respectivamente dispusieron el pago en comento, previa coordinación, comunicación y aprobación de la Dirección General, lo que configura una causal de justificación de dichos desembolsos debido a una situación de obediencia jerárquica y, por ende, no se advierte una conducta dolosa tipificada como de malversación de fondos; por cuanto, además, dichos pagos provenientes de caja chica de la institución guardan correlación con la Directiva 002-2002-OGA-SA, procedimiento de asignación de Concepto de movilidad local, que en su numeral tres prescribe el pago de dichos conceptos. Quinto. Que, asimismo, de autos, no emerger actividad probatoria alguna que corrobore que el direccionamiento de los fondos desde la caja chica de la institución para el pago en cuestión haya causado un perjuicio definitivo a un servicio o prestación para el que inicialmente estaba previsto.

R. N. N.º 2194-2013-Lima, del 26-02-14, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

4.4. Consumación y tentativa

Al tratarse de un delito de resultado, el delito se consuma al producirse la aplicación definitiva de los bienes o del dinero a destinos oficiales no previstos originariamente y no autorizados, lo que debe ocasionar como consecuencia **afectación al servicio o función encomendada.**

JURISPRUDENCIA

Necesidad de acreditar afectación concreta al servicio. Undécimo. Al respecto, este colegiado supremo debe anotar que no resulta suficiente el planteamiento táctico del Ministerio Público sobre la acreditación del resultado típico del delito de malversación de fondos, ya que el hecho de que no se realizaron algunas actividades relacionadas al servicio cuyas partidas presupuestales se desviaron, no permite sostener necesariamente que se produjo una afectación al servicio, sobre todo si este cumplió con sus metas programadas, como se sostuvo en el presente caso, se resaltó en la sentencia recurrida, y fue parte de las conclusiones del informe pericial contable. Es así puesto que —como se desprende de los pronunciamientos citados en el considerando noveno— el resultado típico requiere la acreditación de que la referida desviación ilegal de fondos generó una situación concreta de inconvenientes en la prestación del servicio, demora o incumplimiento de plazos, incremento de costos, disminución de la calidad de servicios, entre otros a determinarse según el caso concreto o la naturaleza del servicio. **Duodécimo**. Los referidos efectos perjudiciales en el servicio público (cuyas partidas presupuestales fueron desviadas) se refieren, entonces, a situaciones específicas y verificables, que deben ser suficientemente sustentadas y acreditadas por el fiscal como titular de la acción penal, y de las que se desprenda la afectación del servicio en conjunto, cuyo origen sea precisamente la indebida desviación de sus fondos. No basta, por tanto, que se indique que no se llevaron a cabo algunas actividades relacionadas al servicio, sino que se acredite como dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico.

Casación N.º 544-2018, del 04-07-19- Lima Norte. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Dicha afectación, que será decisiva para integrar la perfección global del delito se entiende, es a los destinos de la partida de donde se derivaron o tomaron irregularmente los fondos. De ahí que, por ejemplo, si el dinero se tomó de la partida del canon minero (reservada para inversiones en infraestructura y obras de envergadura) para utilizarlo en pagar personal (gastos corrientes), además de no

regularizarse dicha aplicación (definitividad), dicho comportamiento debe ocasionar que no se pueda construir el hospital o la carretera, o que se comprometa seriamente dichas aplicaciones, con lo cual se habría lesionado o puesto en serio riesgo la función o el servicio. Dicha afectación se considera tal en relación al dinero suficiente, a los plazos afectados en los que se debió iniciar y concluir la obra, a los costos que fueron elevados, en suma, a toda circunstancia significativa que afecta sensiblemente la función o servicio implícitos en la obra o servicio dejado de hacer o de prestar. No habrá afectación a la función o servicio si la partida de donde se derivaron los fondos es de destinos varios o no tiene asignada una aplicación específica, igualmente si las obras o prestaciones a realizar con la partida de origen no sufren alteración o afectación.

Para determinar la definitividad y la afectación a la función o servicio encomendados, se requerirá de los informes técnicos y estudios pertinentes que con la objetividad del caso y los respectivos debates esclarezcan dichas circunstancias; no es ello un asunto de argumentación o criterio sujeto a discrecionalidad.

Como es fácil advertir, la consumación del delito de peculado, solo se producirá una vez que se hubiera pasado los filtros de tipicidad que el legislador ha colocado en la redacción de esta figura penal.

El delito admite fases de tentativa, máxime si entre la aplicación distinta y la definitividad se configuran una serie de momentos ejecutivos, lo cual nos da a entender que la sola aplicación diferente por sí no consuma el delito, requiriéndose, además, de una condición material extrafuncional, por lo que no es tan cierto que la sola aplicación diferente genera automáticamente momento consumativo de malversación que le haga al agente merecedor de sanción penal.

JURISPRUDENCIA

No se configura el delito de malversación de fondos si el servicio encomendado (construcción de carretera) no llegó a alterarse. Quinto. [Para que se configure] el delito de malversación de fondos [...] no solo basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada; que, en el presente caso, si bien los acusados usaron el dinero [14 mil soles] de la construcción de la carretera [...] para el pago de las planillas de los trabajadores; empero, después la municipalidad alquiló maquinarias para trabajos en dicha obra por el monto de más de 34 mil nuevos soles, cantidad de la que se dedujo el dinero que fue objeto de transferencia; que aunado a ello la construcción de la indicada carretera se realizó conforme al proyecto inicial, es decir, se llegó a terminar y entregar sin inconvenientes, y fue recepcionada por las autoridades competentes sin ninguna observación; que, en tal sentido, el servicio encomendado —que fue la culminación de la carretera en mención— no llegó a alterarse, razón por la cual no se puede sostener que se haya configurado el delito de malversación de fondos.

R. N. N.º 91-2009-Apurímac, del 04-03-10, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Configuración del delito de malversación de fondos. Séptimo. [E]n cuanto al delito de malversación de fondos previsto en el artículo 389 del acotado cuerpo legal, si bien es cierto que exige como uno de sus presupuestos que se dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban destinados, también lo es que para la configuración del mismo se incluye como elemento típico que la conducta tienda a la afectación del servicio o de la función encomendada; de ahí que la malversación de fondos sea un delito de resultado, ya que, de lo contrario, estaríamos ante una infracción administrativa no advirtiéndose de autos que se haya afectado el servicio; que siendo esto así, resulta procedente disponer la absolución de los precitados encausados por los delitos materia de impugnación, de conformidad con el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales.

R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios, del 15-02-03, FJ 7. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La figura penal de malversación de fondos, en igual técnica legislativa que el delito de peculado doloso y culposo se agrava si el dinero o bien, que desvía el agente, está destinado a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales. De dicha calidad del caudal deberá conocer el sujeto activo del delito, en cuyo defecto se afirmará únicamente un delito básico de malversación.

4.5. Penalidad

- Malversación de fondos básica: pena privativa de la libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años, más pena de inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para el funcionario o servidor público que cometan este delito.
- Malversación de fondos agravada: pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años, más pena de inhabilitación, además de una pena de multa de 365 a 730 días-multa.

5. LOS DELITOS DE PECULADO Y MALVERSACIÓN IMPROPIOS (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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por la sétima disposición final de la Ley N.º 28165, publicada el 10-01-04, y por el artículo único de la Ley N.º 26198, publicada el 13-06-93)

5.1. Aspectos generales

Con este irregular dispositivo legal, que guarda una gran similitud con el artículo 263 del Código Penal argentino, a través del cual se amplía el ámbito de protección penal, el legislador de modo expreso ha comprendido a una serie de autores que, normalmente no forman parte del concepto administrativo de *funcionario* y *servidor público*, así como ha puesto de manifiesto que también el patrimonio de particulares, bajo ciertas condiciones, o que esté destinado a fines sociales se hace merecedor de tutela penal. «Están sujetos» marca así la injerencia punitiva a agentes distintos —de los funcionarios o servidores públicos— consignados en los artículos que la norma alude.

No se trata propiamente de un delito de infracción de deber propio ni impropio, si en cambio de un delito especial.

JURISPRUDENCIA

Naturaleza remisiva del delito. Cuarto. Es indudable que nos encontramos ante un tipo penal en blanco (impropio), en el que en principio han quedado determinados los elementos esenciales de la conducta prohibida en la descripción principal: el núcleo esencial de la conducta punible, el contenido del desvalor en cuanto a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos definidos en la ley (en concordancia con el artículo 387 del Código Penal) y la pena [...], no obstante, excepcionalmente, es necesario remitirnos a normas extrapenales para completar la determinación de la definición en cuanto a quien es el depositario de bienes embargados, cuando es designado y sobre que bienes recae dicha medida cautelar de naturaleza real, para completar el supuesto de hecho que se corresponde con la descripción general de actuación sancionada por la ley penal y garantizar la seguridad jurídica.

R. N. N.º 4091-2010-Callao, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

El delito de peculado por extensión describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa. Tercero. [El] delito de peculado por extensión, previsto en

el artículo 392 del Código Penal, constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, pues comprende a sujetos activos que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos ni por nombramiento o elección, a la vez que describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa.

R. N. N.º 3286-2008-Ucayali, del 26-01-10, fj 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Peculado por extensión: aplicación a sujetos activos que no tienen la condición de funcionario o servidor público. Tercero. [El] delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos de este ilícito a quienes no tienen la condición de funcionario o servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, sancionando a tres distintos tipos de autores —según el objeto sobre el cual recae la acción del agente activo—, que son i) los administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares; ii) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, y iii) las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. **Cuarto.** [Teniendo] en cuenta la naturaleza de los hechos juzgados, debe concluirse que estos no se encuentran comprendidos en las hipótesis, señaladas en los acápites i) y ii) del considerando anterior, expuesto así los hechos se puede determinar que la condición del procesado recurrente era la custodia de bienes o caudales públicos —tesorero—, que lo ubica en el presupuesto del tipo penal referido a «custodiar» a los que se alude en el acápite iii) ya mencionado.

R. N. N.º 1436-2010-Huánuco, del 24-11-11, FFJJ 3 y 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El peculado y la malversación extensivos adquieren una explícita ampliación del círculo de autores, con base a la descripción del artículo 392 del Código Penal, así como de los comportamientos típicos que registran dichas figuras penales. El tipo, de por sí complicado,

está pensado para los administradores y custodios que administren dineros pertenecientes a entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero, al igual que toda persona o representante legal de personas jurídicas que administre o custodie bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. La referencia está hecha aquí a funcionarios y empleados de entidades privadas de beneficencia, entidades donde el interés público juega un papel predominante y que ha motivado la injerencia del Estado en relación a dichos fondos, asimismo a los demás sujetos especialmente nominados en el tipo penal vinculados con dinero o bienes, embargados o depositados, de particulares y con destinatarios diferentes de la administración pública. El criterio de finalidad social y asistencial del dinero y bienes administrados o custodiados también ha permitido que el *ius punendi* estatal efectúe aquí labor de injerencia en este extremo.

Las entidades particulares de beneficencia o similares, las personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes orientados a fines sociales o asistenciales, cubre todo un espectro de entidades nacionales o extranjeras dedicada a esos fines, desde organismos de las Naciones Unidas, como el Banco Mundial, la FAO (Organización para la Alimentación y la Agricultura, PNUD (Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo), PMA (Programa Mundial de Alimentos) y de países como Alemania (la GTZ, por ejemplo), que poseen una amplia línea de programas de asistencia social; entidades financieras de ayuda social, Fundaciones, ONG, Caritas, la Cruz Roja, entidades religiosas, sociedades de auxilios mutuos, y hasta cooperativas no lucrativas que desarrollan en el país acciones de asistencia social, cuyos funcionarios o quienes administran la asistencia, en el Perú, podrían ser objeto de injerencia penal. Norma penal extensiva poco razonable, que ha merecido ya en alguna ocasión fuerte oposición a la tentativa de la Contraloría General de la República de practicar control en una línea inicial de *prima ratio*.

JURISPRUDENCIA

Banco mundial constituye una entidad de asistencia social para los fines del delito de peculado extensivo. Cuarto. El tribunal sentenciador calificó estos como peculado y malversación impropio y aplicó el artículo 392 del Código Penal. Esta norma equipara tanto (i) a los autores de los delitos de peculado y malversación para incorporar a personas que no son funcionarios públicos, como (ii) a los bienes para comprender a los privados. El Banco Mundial es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se define como fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo, cuya misión es combatir la pobreza, contribuir al desarrollo económico de los países menos desarrollados. Entre otras actividades ofrece donaciones para diversos fines, tales como inversiones para el desarrollo del sector privado, la agricultura, gestión ambiental y de los recursos naturales. La finalidad de asistencia social que aplica el programa «Concurso Ferial de Desarrollo 2002 es evidente [...]. El Banco Mundial y el programa que puso en ejecución se adscribe o adecua claramente a esa característica esencial de ser, para estos concretos fines, una entidad de asistencia social de promoción de desarrollo. Los recursos que proporcionaron, bajo la forma de «una donación», tenían un objetivo preciso y estaban sujetos a control por el Banco. El imputado a su vez, como presidente de la Comunidad Campesina le correspondía la administración del recurso donado —facultad de disposición de los bienes para aplicarlo a determinadas finalidades—, parte de lo cual destinó a fines convenidos y otra parte llanamente se lo apropió. La conducta atribuida y probada es típica y se subsume en el tipo penal 392 del Código Penal. Los agravios del imputado carecen de virtualidad, en tanto en cuanto el dinero no es público. La única entidad agraviada es la comunidad campesina.

R. N. N.º 3348-2009-La Libertad, del 27-11-10, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente (a los que la norma se refiere desatinadamente refiriendo «aunque pertenezcan a particulares», esto es, sean de propiedad de particulares), usualmente se suele presentar un **concurso aparente** de normas con lo establecido

en el artículo 190 del Código Penal, que regula una de las modalidades de apropiación ilícita de bienes muebles, dinero o valores por parte del depositario judicial. Concurso aparente que se supera si prestamos atención a que en el caso del delito de apropiación ilícita el bien jurídico en juego es uno de naturaleza particular, sin efectos de equiparación normativa y, sobre todo, a que la alusión al tipo extensivo de peculado está referido de modo más amplio a los administradores y depositarios de bienes que cumplen esas funciones por disposición de autoridad competente, es decir, no solo por la autoridad judicial.

JURISPRUDENCIA

Comportamiento típico. Depositarios judiciales que quebrantan sus deberes de custodia Sexto. Que, por lo demás, los elementos típicos del delito imputado se verifican en su totalidad en el caso de los recurrentes, pues estos asumieron el encargo de auxilio judicial como depositarios del bien inmueble no inscrito [...], tal como se desprende del acta judicial y resolución; siendo que, al cabo de unos meses, transfirieron las acciones y derechos que tenía sobre dicho inmueble conforme se desprende de la copia de la partida electrónica [...] emitida por la Oficina Registral Lima-Callao. Que, en consecuencia, los procesados suscribieron la minuta y posterior escritura pública de donación de acciones y derechos a favor del padre del procesado, a sabiendas de que sobre el referido inmueble se había trabado un embargo del cual habían sido designados como depositarios, acto jurídico que importó el quebrantamiento de la esfera legal de custodia; alcances fácticos que no fueron cuestionados por los procesados en su escrito de expresión de agravios. En consecuencia, corresponde rechazar la pretensión impugnatoria de los recurrentes y confirmar la sentencia condenatoria.

R. N. N.º 3968-2009-Lima Norte, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

En el delito de peculado por extensión cuando el dinero afectado no es público el único agraviado es la entidad de asistencia social que lo dona. Si el impugnante es únicamente el sentenciado, no se puede modificar la pena en su perjuicio. Cuarto. Que el tribunal sentenciador calificó estos hechos como peculado y malversación impropio, y aplicó el artículo 392 del Código Penal. Esta norma equipara tanto (i) a los autores

de los delitos de peculado y malversación para incorporar a personas que no son funcionarios públicos, como (ii) a los bienes para comprender los privados. El Banco Mundial es un organismo especializado de Naciones Unidas que se define como fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo, cuya misión es combatir la pobreza —contribuir al desarrollo económico de los países menos desarrollados—. Entre otras actividades ofrece donaciones para diversos fines, tales como inversiones para el desarrollo del sector privado, la agricultura, y gestión ambiental y de los recursos naturales. La finalidad de asistencia social que explica el Programa «Concurso Feria del Desarrollo 2002: Creadores de Cultura» del Banco Mundial y las condiciones de la donación efectuada, es evidente. El objetivo de esa donación (constitución y puesta en funcionamiento de un Bosque Eólico Piloto de tres MW en la comunidad [campesina]), compatible con la misión de Banco Mundial, y su destinatario: una Comunidad Campesina, cumplen la exigencia típica prevista en el primer punto del citado artículo 392 del código Penal: administradores o custodios de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares. El Banco Mundial y el Programa que puso en ejecución se adscribe o adecua claramente a esa característica esencial de ser, para estos concretos fines, una entidad de asistencia social, de promoción del desarrollo. Los recursos que proporcionaron, bajo la forma de una «donación», tenían un objetivo preciso y estaban sujetos a un control por el Banco. El imputado, a su vez, como presidente de la comunidad [campesina], le correspondía la administración del recurso donado-facultad de disposición de los bienes para aplicarlo a determinadas finalidades, parte del cual lo destino a fines de los convenidos y otra parte llanamente se lo apropió. La conducta atribuida y probada es típica y se subsume en el tipo legal del artículo 392 del Código Penal. Los agravios del imputado carecen de virtualidad, salvo el supuesto en que se comprende como agraviado al estado, en tanto en cuanto el dinero afectado no es público. La única entidad agraviada es la comunidad campesina.

R. N. N.º 3348-2009-La Libertad, del 27-11-10, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Diferencia entre el delito de peculado por extensión y la apropiación ilícita. Tercero. [...] i) [...] [En] el delito de peculado por extensión o peculado impropio, sus verbos rectores alternativos de comportamiento típico son apropiarse y utilizar, por cuanto existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal a los caudales o efectos de propiedad

del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia, y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita «propiedad» sobre el mismo y que excluye de ella al Estado; al sujeto activo, además de exigirle que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional, ineludible con los efectos y caudales del Estado objeto del delito. ii) Por otro lado, el delito de apropiación ilícita en su forma agravada, regulado en el inciso 2 del artículo 190 del Código Penal, se refiere a que«si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial [...]», es de indicar que en este caso el «depositario judicial» se trata de una persona, que inscrita en el listado respectivo, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial son, por tanto, nombrados por el juez de la causa. Que el «depositario judicial» ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera de un proceso, de forma específica, siendo en esta clase de delito el verbo rector la apropiación de forma definitiva del bien o cuando hace uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que afecte el bien, que haya advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa.

R. N. N.º 3396-2010-Arequipa, del 21-02-12, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Diferencia entre los delitos de peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad. Quinto. Que en el denominado delito de peculado por extensión o «peculado impropio», los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita «propiedad» sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. Sexto. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. [...]

Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad no hay en el agente un ánimo *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.

R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, del 13-01-05, Segunda sala penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

El sujeto activo en el delito de peculado por extensión. Tercero. [El] sujeto activo en [el delito de peculado por extensión] es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales [...], por lo que de acuerdo con el artículo 392, segunda parte de dicha norma material, son sujetos activos del peculado por extensión los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público.

R. N. N.º 2162-2004-Lima, del 04-02-05, FJ 3. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Peculado agravado por extensión. Cuarto. [Para] este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto que el tipo penal comprendido en el artículo 392 del Código Penal o en el tipo base del artículo 387 del mencionado texto legal no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia —no vinculante— que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas —pericia contable— para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero —cajeros o tesoreros—, lo que no sucede en el caso. Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también puede[n] ser acreditad[as] mediante la prueba indiciaria; de ahí que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba.

R. N. N.º 484-2014-Ayacucho, del 23-04-15, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Finalmente, completan el círculo de autores comprendidos en la redacción del artículo 392 todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes **destinados a fines asistenciales** o **a programas de apoyo social**. La norma penal ha acudido aquí a una formula subsidiaria de protección penal cuando se refiere a «todas las personas o representantes de personas jurídicas» que administran o custodian dinero o bienes. El contenido de esta determinación normativa no deja de ser complejo y deficiente, porque en una norma subsidiaria descender al detalle o cerrar el tipo no es lo más conveniente desde una perspectiva de técnica legislativa coherente.

La **equiparación normativa** efectuada por el artículo 392 con relación a los sujetos activos del delito no supone la creación de nuevas tipicidades, dado que la conducta típica sigue siendo la contenida en los artículos 387 al 389 del Código Penal, al igual que la tipicidad dolosa que en este caso comprenderá el conocimiento de las singulares posiciones de autor que trae consigo el delito de peculado y malversación extensivas. Por cierto, que el tipo penal 392 trae consigo una serie de problemas para efectos de una interpretación de rigor del contenido y alcances de la equiparación por la condición de autoría y con base en la naturaleza del delito, si tomamos en cuenta la posibilidad de modalidades comisivas que posee el delito de peculado y los especiales modos de vinculación jurídica no solo del peculado doloso sino igualmente de la malversación de fondos.

No es acertado aplicar este tipo penal extensivo a los funcionarios públicos que administran sociedades de beneficencia integrantes de la administración pública, tampoco a los ejecutores coactivos de los gobiernos municipales y de otros entes públicos, dado que en dichos casos será de utilización los tipos penales de peculado o malversación cuando corresponda. No considero coherente que también sean autores de peculado extensivo los particulares que administran entidades públicas de beneficencia o similares, pues la calidad pú-

blica de la entidad traslada condición pública al administrador que eventual o con cierta permanencia se encarga del gobierno de dichos entes públicos. Que exista una entidad pública administrada por particulares es una afirmación, por lo menos benignamente crítica, argumentativamente surrealista.

Como se ha señalado anteriormente, a través de los artículos 392 y 386 el Código Penal construye, para estrictos fines penales, un **concepto penal propio de funcionario público**, a efectos de ampliar el círculo de protección al bien jurídico, mediante la conminación penal y, de llegar el caso, la respectiva sanción punitiva.

5.2. Penalidad

La establecida en los artículos 387 a 389, dependiendo de cuál sea el delito que corresponda a la tipicidad de los actos de los sujetos equiparados, más la inhabilitación del artículo 36 numerales 1 y 2, conforme a lo dispuesto en el artículo 426 del Código Penal.

6. OTRAS MODALIDADES DE PECULADO

6.1. Peculado específico de uso

ARTÍCULO 388. El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo único de la Ley N.º 29758 (EP, 21-07-2011) y por el artículo 1 de la Ley N.º 29703 (EP, 10-06-11).

El peculado específico de uso, contemplado en el artículo 388 del Código Penal, ha sido construido privilegiando un sector importante y sensible del patrimonio público, objeto material del delito. La norma penal **ha enfatizado determinados bienes** a efectos de comprenderlos en esta expresión de peculado de utilización atenuado: vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallen bajo su guarda.

Si ya de por sí los términos *vehículos* y *máquinas* permiten abarcar una inmensa gama de especies, con la frase «**cualquier instrumento de trabajo**» ingresamos a una tesitura considerable de objetos materiales de delito. En efecto, «instrumentos de trabajo» posee un significado muy amplio, que puede llegar a atentar contra la racionalidad de la aplicación penal de dicho dispositivo, y que merecerá por parte del operador jurídico una interpretación restrictiva conforme a principios de lesividad y *ultima ratio*.

Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa el comportamiento típico del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se

ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados.

JURISPRUDENCIA

Configuración del delito de peculado de uso. Tercero. [El] peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. [...] Quinto. [...] Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización; de ahí que se puede inferir que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia. [...] Sexto. [Por lo tanto] su conducta ha infringido el normal desenvolvimiento de la Administración pública y la buena imagen institucional, que constituye el bien jurídico protegido por el delito [...] [por lo cual el tribunal declara no haber nulidad].

R. N. N.º 2149-2013-Amazonas, del 20-04-15, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El delito de peculado de uso protege la adecuada disponibilidad funcional de los bienes estatales por parte de los sujetos públicos. Cuarto. [El] bien jurídico tutelado en [el] delito [de peculado de uso] es el normal desenvolvimiento de la Administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas, en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos. Asimismo, los elementos materiales constitutivos del tipo exigen: a) *Usar o permitir el uso*; el usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros; mientras que permitir que otro use; está referido a que otro se aproveche del bien, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros; b) *Bienes pertenecientes a la administración pública*; esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración pública o bajo su guarda que sean propiedad del Estado, de la Administración pública en sentido amplio, o de particulares bajo la custodia de la Administración pública, y c) *fines ajenos al servicio*; lo cual

presupone la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Resultando ser sujeto activo el funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio a título de autoría o coautoría; asimismo, al ser un delito doloso, requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal. **Quinto.** Que, de otro lado, el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, establece como excepción lo siguiente: «No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo». Al respecto el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N.º 4298-2012-PA/TC (caso: Roberto Torres Gonzáles) del 17 de abril de 2013, estableció que: «[...] 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 prácticamente indesligable. [...] Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva [...], en el sentido de que la exención típica: servicio personal por razón del cargo, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos

estrictamente individualizados de funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable; pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. [...]».

R. N. N.º 1541-2012-Lima, de 18-09-13, FFJJ 4 y 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

***Escasa trascendencia del hecho configurador de peculado de uso, determina la no injerencia penal. Traslado de línea telefónica y llamadas particulares.* Octavo**. En el presente caso, se tiene que la Contraloría General de la República constató que el recurrente y sus familiares fueron objeto de agresión física y que bienes de la municipalidad fueron dañados por los pobladores y como consecuencia de ello, el encausado —como titular de la entidad edil— trasladó el despacho de los asuntos municipales a su domicilio [...], situación que conllevó a que también trasladará la línea telefónica de la entidad municipal a su domicilio, que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal; imputación que es aceptada por el referido encausado, conducta reprobada jurídicamente, porque no es aceptable que se haga uso indebido de la línea telefónica de la institución para realizar llamadas sobre asuntos particulares; sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí no produce una «perturbación social» que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativo, es que en atención al principio de *ultima ratio*, corresponde absolver al encausado de la acusación por el delito imputado.

R. N. N.º 3004-2012 Cajamarca del 13-02-14. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El peculado de uso protege deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y de los bienes pertenecientes al Estado. Quinto. [El] delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican —en el actuar (en este caso del funcionario público)— no solo

tratar de no «dañar» el bien jurídico protegido (Administración pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado [...].

» R. N. N.º 1269-2009-Puno, del 19-08-2010, FJ 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El peculado de uso sanciona la conducta del funcionario que causa una considerable depreciación del bien por su uso continuo y desgaste. **Tercero.** [El] delito de peculado de uso [...] sanciona la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración Pública o que se encuentre bajo su guarda, y en buena cuenta, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que, a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar un perjuicio, traducido en la desvalorización del patrimonio del Estado; se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es, que se actúe con conciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial.

R. N. N.º 4595-2008-La Libertad, del 20-04-10, FJ 3, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Se nota claramente la finalidad preventiva de esta formulación legal y hacia dónde apunta el mensaje comunicativo de la misma. Todo uso ilegal de bienes públicos que por sus características no ingrese en este tipo penal será reconducido por la fórmula básica del peculado por utilización del artículo 387.

El tipo penal contiene, además, una **extensión de autoría**, para efectos penales, a los contratistas de obras públicas y sus empleados que usen dichos bienes fuera del servicio oficial, en el contexto de las contrataciones oficiales.

JURISPRUDENCIA

Alcalde que utiliza vehículo (con su conductor) que se le había asignado por razón de su cargo para fines particulares. 3.6. De lo expuesto, se tiene que al encausado [alcalde] [...] se le asignó el vehículo [...], para la realización de actividades funcionariales [...]; habiendo éste dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el colegio [...] hacia su domicilio (es decir, se usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio); no resultando creíble la versión de descargo del encausado [...], que desconocía que su coencausado [el chofer] efectuaba el recojo de sus menores hijos a su salida de su colegio y los trasladaba hasta su domicilio; por lo que, estando a lo expuesto, se encuentra acreditado el delito instruido y la calidad de autor del mismo, habiendo colaborado para ello [el chofer], en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso.

R. N. N.º 1297-2012-Ica, del 17-01-13, FJ 3.6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Interesa destacar el contenido normativo que da razón a la causal de **exclusión de tipicidad**, contenido en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal, es decir, cuando el vehículo automotor está asignado al uso personal del funcionario por razón del cargo. **La razón del cargo** da cuenta de prerrogativas especiales, fundadas en merecimiento por la importancia de la función y consideraciones de seguridad, otorgadas en determinados lugares y reparticiones públicas a un rango de funcionarios para que hagan uso, en sus fines personales, del automóvil, camioneta, motocicleta u otro vehículo motorizado (una nave acuática, en la zona de selva, por ejemplo). No debe entenderse «razón del cargo» como que el vehículo concedido es para usos del cargo o destinos oficiales sino que de la importancia del cargo poseído o desempeñado deriva este privilegio para el funcionario; cuestión que puede no gustar, pero que se ajusta a la normatividad administrativa interna de cada repartición pública que es donde se origina dicha permisión. Los **fines personales** cubren todo un espectro de usos que le son inherentes a la vida privada

del sujeto público, abarcando tanto a su núcleo familiar como suyo propio. No se trata de equiparar vehículo para fines personales con vehículo de uso oficial o vehículo para fines del servicio, pues los destinos son diferentes.

No serán fines personales los usos exclusivamente familiares, alquilar el vehículo, adscribirlo o efectuar servicio de taxis, utilizarlo para cometer delitos (por ejemplo hurto de gasolina, tráfico de drogas, violación sexual, etc), utilizarlo para realizar viajes de turismo por la región o el país, entre otros fines que se salen por fuera del uso personal por razón del cargo.

El **servicio personal por razón del cargo** le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales de seguridad y del servicio imponen. Incluso por vía de interpretación extensiva cubre también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes.

JURISPRUDENCIA

Uso personal de vehículo por razón del cargo. Precisiones del Tribunal Constitucional. 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 prácticamente 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 éste puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto a él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría un 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.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N 04298-2012-PA/TC Lambayeque, de 17 de abril de 2013.

Es atípico por peculado de uso que persona ajena a la entidad pública se halla al interior de un vehículo público. Séptimo. [...] [El] último párrafo del artículo 388 del Código Penal [...] taxativamente expresa que «no están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo» —esto es, que se hallan destinados al servicio personal del funcionario, siempre y cuando exista una

vinculación funcional—, se puede concluir que la conducta realizada por el acusado obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, que se desarrollan dentro de un marco establecido de permisiones en beneficio del funcionario público, y no resulta configurativa del ilícito penal imputado al procesado [...]. **Octavo**. Que, respecto a lo alegado por el procurador público en el sentido de que el acusado era quien conducía la camioneta que era de propiedad del Gobierno Regional y que dentro de ella se intervino a una persona quien no tenía vinculación funcional con la entidad pública, este Supremo Tribunal advierte que estos hechos constituyen infracciones de carácter administrativo, pues si bien incumplieron la Directiva Regional, dichos actos no tiene relevancia penal.

R. N. N.º 564-2012-Puno, del 09-05-13, FJ 7 y 8. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

6.2. Peculado por demora injustificada de pagos y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad

ARTÍCULO 390. El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

ARTÍCULO 391. El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehusa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El artículo 390 del Código Penal, así como el 391, regulan dos conductas omisivas de peculado (copiadas del Código Penal argentino, cuyo artículo 264 los regula en un solo tipo penal, des-

doblado en dos párrafos)[9], que suponen por parte del funcionario o servidor público un evidente abuso de poder y representan en la estructura de los delitos funcionariales, recogidos en nuestra legislación penal, normas especiales respecto al delito de incumplimiento de funciones establecido en el artículo 377 del Código Penal. En ambos casos se puede apreciar la presencia de un manifiesto e insoportable comportamiento contrario a la normatividad por parte del funcionario o servidor público competente, que llega a poner en peligro jurídicamente la correcta marcha de la administración pública y a afectar los intereses de terceras personas. La existencia en ambos tipos penales de componentes patrimoniales —en sentido amplio patrimonio público— «fondos expeditos», «dinero», «cosas o efectos depositados», objetos materiales de delito, etc., decidieron al legislador a regular dichos comportamientos como modalidades de peculado, y no de abuso de autoridad, no obstante que representan típicas figuras de abuso de poder.

La primera figura penal en mención castiga al funcionario o servidor público que, teniendo **fondos expeditos**, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, apreciándose así los tres elementos del comportamiento típico de demora: **(i)** la existencia de fondos listos para el pago (presupuesto típico, y punto de partida de la imputación penal), **(ii)** retardo injustificado imputable al sujeto público (específica omisión ilegal del agente) y **(iii)** que el pago sea ordinario, esto es, la regular y acostumbrada o periódicamente establecida remuneración, sueldo o

(9) *Código Penal argentino*. «Artículo 264. Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración».

pago en general, sin que ello requiera una orden judicial o que, en su defecto, haya sido ordenado por la autoridad competente, cuando la obligatoriedad del pago haya sido objeto de decisión administrativa o judicial (naturaleza vinculante del pago).

La **demora injustificada del pago** es lo que le da perfil propio a esta modalidad de peculado y, por ello se entiende la omisión caprichosa en la que incurre el autor del delito, al no asistirle razón legal, técnica ni humana para explicar su conducta de retardo. No se trata de que el agente no efectúe el pago, sino que lo difiera, lo posponga o alargue sin causa que justifique tal actitud (por ejemplo, la no suficiente provisión de fondos, la orden de pago imprecisa decretada por la autoridad competente, etc.). La tipicidad del hecho cubre tanto la demora para dar la orden como para efectuar el pago, así como para darle trámite al mandato de la autoridad competente. En dichos supuestos deberá tratarse de comportamientos dolosos que involucran criterios caprichosos y sin justificación legal alguna. En el ámbito del dolo el funcionario deberá conocer de la existencia de fondos expeditos y que está violentando sus deberes al demorar el pago. El delito no admite tentativa

El autor en este delito no puede ser, como resulta obvio, cualquier funcionario, sino solo aquel vinculado con la obligación de pago, pudiendo tratarse de un solo autor o de varios sujetos públicos de quienes depende la decisión de pago.

JURISPRUDENCIA

Retardo injustificado de pago. [En] el presente proceso no se dan los elementos constitutivos necesarios para la configuración de los delitos contra la Administración pública, desobediencia y resistencia a la autoridad y retardo indebido de pago, puesto que de acuerdo al informe técnico [...] los pagos reclamados por el agraviado [...] se encontraban incluidos en el presupuesto del ejercicio fiscal del año [correspondiente].

R. N. N.º 2974-2002-Lambayeque, del 28-01-03. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En el caso del **delito de rehusamiento**, el tipo penal regula la conducta del funcionario o servidor público que, pese a ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega, rechaza entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos en su custodia o administración. El rehusamiento, a diferencia del retardo, es un comportamiento donde el agente coloca un plus cualitativo mayor de desobediencia por obstrucción a los mandatos jurídicos recaídos en los deberes del cargo que le obligan a cumplir.

Al igual que en el retardo del artículo 290º, el tipo penal **no exige** que el funcionario o servidor público obtenga **algún provecho patrimonial**. Asimismo, si la imposibilidad de cumplimento derivara de un comportamiento de apropiación de los bienes, estaríamos propiamente ante un delito de peculado. A diferencia de lo que sucede con la figura penal de retardo, el tipo penal de rehusamiento requiere de la existencia de **requerimiento que intima** al sujeto infractor a la entrega del bien, requisito colocado por la existencia previa de relaciones de posesión con los bienes mediante formas jurídicas de depósito, custodia o administración con las que ha entrado el sujeto público en vinculación jurídica con el dinero, cosas o efectos.

Este delito es igualmente doloso, no admitiendo tentativa.

En ambos delitos la penalidad, pese al mayor disvalor del injusto penal del rehusamiento, no es mayor a los dos años de privación de la libertad.

La jurisprudencia vinculante en materia del delito de rehusamiento a la entrega de bienes ha efectuado la siguiente precisión:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad. Sexto. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que

consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (ver Creus, Carlos. Derecho penal Parte Especial. Tomo II. 4.ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993, p. 307. Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2.ª ed. Palestra Editores, 2003, p. 395. Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la Administración pública. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2003, p. 405). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *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.

R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, del 13-01-05, Segunda sala penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, esta ejecutoria suprema efectúa precisiones de diferenciación, a las que le otorgó la calidad de precedente vinculante, entre los delitos de rehusamiento a la entrega de bienes y el delito de peculado por extensión, con base a que en el primer delito el sujeto activo —un particular— no se apropió o utilizó como propios los bienes recibidos en calidad de depositaria judicial (que sí sucede en el peculado extensivo), sino que de modo renuente no acotó la resolución judicial de requerimiento que le señalaba que dentro del tercer día de notificada cumpliera con poner a disposición del juzgado los bienes dados en custodia.

JURISPRUDENCIA

Delito de rehusamiento en la entrega de bienes a la autoridad es un ilícito de resultado instantáneo sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial. Tercero. [El] delito previsto en el artículo 391 del Código Penal se perfecciona o satisface plenamente —consumación típica— con el simple rehusamiento (la negativa consciente) a entregar los bienes depositados, custodiados o administrados por parte del obligado, previo requerimiento por la autoridad competente; que, empero, el verbo rector empleado en el citado precepto

penal («rehusar») no indica que cada momento en que se desobedece el mandato judicial sea una prórroga duradera de la fase de consumación del delito; que si bien la conducta puede implicar el transcurso de cierto tiempo en que el bien no se entrega a la autoridad, se trata de un elemento del que no depende la consumación típica del delito (la que está enlazada estrictamente al cumplimiento del verbo típico antes mencionado); que, desde este punto de vista, el delito se estructura como un ilícito de resultado instantáneo, cuya consumación acaece con el acto revelador de rehusamiento, sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial.

R. N. N.º 1554-2007-Arequipa, del 08-05-08, FJ 3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Retención indebida de cosas: procesado actuó solo como depositario judicial. [La] conducta [del procesado] de ninguna manera cabe adecuar el delito de peculado a la modalidad de retención indebida de cosas, toda vez que si bien es cierto existe homogeneidad del bien jurídico, también lo es que dicha modalidad es referida para el caso específico de funcionario o servidor público, lo cual no se da en el presente caso, dado que el encausado no tiene dicha calidad específica, quien actuó solo como depositario judicial [...].

Exp. N.º 3939-2001-Ica, del 25-02-03, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Prescripción en el delito de rehusamiento en la entrega de bienes a la autoridad. Quinto. Para los efectos de establecer los plazos de prescripción de la acción penal, se deberá cumplir los requisitos de temporalidad exigidos en los artículos 80 y 83 del Código Penal, referidos al plazo ordinario y extraordinario de prescripción, respectivamente. El artículo 80 establece que la acción penal en su forma ordinaria prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, mientras que el artículo 83 precisa que en todo caso la acción penal en su forma extraordinaria prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. **Sexto.** El delito contra la Administración pública —en su modalidad rehusamiento a entrega de bienes en custodia—, materia de imputación, fue tipificado en el artículo 391 (vigente al momento de los hechos) lo sancionaba con una pena privativa de libertad no mayor de 2 años. En tal sentido, la prescripción en el caso que nos ocupa, en su plazo ordinario será de 2 años, y de 3 años en su plazo extraordinario, ello

de conformidad con el Acuerdo Plenario 9-2007/CJ-116. **Sétimo.** En consecuencia, para la prescripción de la presente acción penal es necesario que transcurran 3 años computados desde la fecha en que se produjo el evento criminoso; por ello, dado que los hechos imputados a la procesada, se produjeron el 1 de junio de 2006, fecha que se venció el plazo para la devolución del bien submateria, a la fecha han transcurrido más de 8 años, por tanto, la potestad persecutoria feneció por el transcurso del tiempo.

R. N. N.º 3209-2012-Huánuco, del 09-09-14, FFJJ 5-7. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Diferencia entre delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión: [Sumilla] En el delito de peculado por extensión, los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita «propiedad» sobre el mismo y que excluye de ella al Estado; mientras que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente.

R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, del 13-01-05. Sala Penal de la Corte Suprema.

7. BIBLIOGRAFÍA

Armas Cabrera, Rafael. ¿El ocaso de los delitos de infracción de deber? Sobre la imposibilidad de aplicación del llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado. En *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 98. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

Avalos Rodríguez, Constante Carlos. El peculado por apropiación de viáticos y el primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. En *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 110, 2018. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. Los viáticos como objeto del delito de peculado. A propósito del Pleno Superior Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios. En *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 110. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública: especial referencia a los delitos de malversación de caudales y fraudes al fisco*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015.

BELTRAN HADDAD, Ramón. *Peculado y malversación*. Caracas: Livrosca, 1996.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de peculado*. San José de Costa Rica: Editorial Juritexto, 2000.

BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. Lo prudente del peculado imprudente. En *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 123. Lima: Gaceta penal.

CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZALES. Ma Pila. Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano, en Jorge Luis Collantes Gonzáles (coordinador) *Tratado de derecho penal. Desafíos del derecho penal contemporáneo*. Trujillo: Normas legales, 2004.

CARRERA, Daniel P. *Peculado de bienes y servicios públicos*. 2.ª ed. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2005.

CÁCERES JULCA, Roberto. *El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Idemsa, 2012.

CALDERON VELARDE, Leonardo, El delito de peculado de uso: comentario a la sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres González. En *Gaceta penal* & procesal penal. Tomo 36. Lima: Gaceta jurídica, 2012.

CASTRO LINARES, L. Análisis de los elementos definitorios del ilícito penal de malversación. Un estudio con base en la venta de inmuebles públicos por parte del instituto de vivienda de Madrid. En María Puente Aba (directora) y Eva María Souto García (coordinadora),

Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales. Granada: Editorial Comares, 2016.

Chanjan Documet, Rafael. El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. En Montoya Vivanco, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

De la Mata, Norberto J. y Etxebarria, Xabier. *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

Entrena Fabré, Rafael, *El delito de Malversación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Etxebarria Zarrabeitia, Xavier. Malversación de caudales públicos, en en Adela Asua Batarrita. *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

Fernández Vásquez, Marcelo. Una mirada hacia la naturaleza y los recursos de los Cafae: análisis en relación con el delito de Peculado, En *Gaceta Penal & procesal penal*. Tomo 109. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

Ferreira Torinho, Demetrio Cyriaco. *Do peculato*, 2.ª edicao, Livraria Progresso, Cidade do Salvador, 1954.

Franco, Uriel. *El peculado*. Bogotá: Temis, 1987.

Guzman Dalbora, José Luis. La malversación de caudales en el Código penal chileno, en Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

Heredia Obregón, Dante. La insignificância en el peculado. Panorama jurisprudencial y dogmático. En *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.

Luzón Peña, Diego-Manuel & Roso Cañadillas, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. En

Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 23, Instituto de Derecho Penal-Idemsa, 2011.

Morales García, Oscar. *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Pariona Arana, Raúl. El concepto «por razón del cargo» en el delito de peculado. En *Magistri et doctores*. Lima: UNMSM, Unidad de Postgrado, N.º 2.

Peña Suasnabar, Jony Antonio. La infracción de deber objetivo de cuidado en el delito de peculado (Comentarios a la Sentencia N.º 005-2014 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima). *Actualidad Penal*, vol. 1. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

Reaño Peschiera, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista editores, 2004.

Reaño Peschiera, José Leandro. La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. Tomo 4. Lima: Grijley, 2003.

Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de fondos*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

Rojas Vargas, Fidel. Ubicación dogmática y rol que juega el tercero (para otro) en el delito de peculado doloso: El tema de la vinculación funcional. En Fidel Rojas Vargas. *Derecho penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.

San José, Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso com figuras afines*. Barcelona: Bosch, 2016.

Salinas Siccha, Ramiro. El delito de malversación de fondos. En *Gaceta penal 32*. Lima, 2012.

Salinas Siccha, Ramiro, «El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana». En Heydegger, Francisco R. (coord.), *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa, 2013.

SPENA, Alessandro. El principio de ofensividade en la interpretación de las normas sobre el peculado y la corrupción. En Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

VARGAS SUELDO, Jorge Armando. Los vehículos motorizados de servicio personal como causal de atipicidad del delito de peculado de uso (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 564-2012 Puno). *Actualidad Penal*, vol. 8. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

VERAU MONTENEGRO, Ricardo. Malversación de fondos: ¿Cuándo acudir al juzgado penal? *Brujula*, año 8, N.º 15. La corrupción edición especial. Lima: Asociación de egresados y graduados Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

ZABALEGUI MUÑOZ, María del Carmen, La malversación de caudales públicos. En *Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial. Delitos de los funcionários públicos*. Madrid, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, en Luis Miguel Reyna Alfaro (director). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

Capítulo siete

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

(Los delitos de cohecho: artículos 393 al 398)

1. GENERALIDADES

1.1. Introducción

La corrupción, práctica humana tan antigua como la sociedad misma, define una serie de comportamientos jurídicamente desvalorados. Desde las exacciones a los pobladores de las provincias romanas sojuzgadas por el Imperio, que permitiera que patricios y gobernantes inescrupulosos adquirieran más poder y por lo mismo mayor capacidad de negociación en la Roma imperial para la compra de dignaturas (consulados, curules en el senado, magistraturas diversas), pasando por la venta de «indulgencias» en la Europa medieval (que pretendiera asegurar un espacio de vida eterna plena de impunidad en el reino de Dios, borrando el pecado, a cambio de dinero, oro y bienes), hasta llegar a las sistemáticas prácticas corruptas institucionalizadas de fines del siglo XX de políticos y empresarios, **la corrupción se ha convertido**, en este tercer milenio, en el medio al que más acuden funcionarios y servidores públicos inescrupulosos, también los particulares, para obtener recursos económicos, poder y control político, beneficios o ventajas diversas, generándose a partir de ello una contracultura que cínicamente postula el acceso —a como dé lugar— a puestos y cargos de poder, violentando las reglas del juego y las expectativas ciudadanas, a efectos de satisfacer finalidades de lucro, poder o influencia. Contracultura de la corrupción que, generada en los centros de poder político, se extiende a la sociedad civil, la misma que adopta frente a ella una posición de crítica débil o cierta complacencia que se condensa en la frase «roban, pero hacen obra».

Es objeto de debate si la corrupción forma parte de nuestra naturaleza, como lo es la agresión o los instintos de poder (territorial, de posición y recursos). Platón, inició la lectura reflexiva sobre este tema en el libro II de «la República», cuando en sus diálogos con Glaucón, concluyó señalando que la naturaleza humana apunta tanto a la virtud como al vicio, dependiendo —la consolidación de una u otra— del tipo de sociedad que le toque vivir y de lo que traiga la persona consigo, esto es, dentro de su mundo interno. Genial precisión efectuada por el gran filósofo griego que nos coloca, más de dos milenios después, en el dilema de tener que preguntarnos acerca de la naturaleza genética de la inescrupulosidad humana acentuada o desencadenada por el tipo de sociedad que le sirve de escenario vital, frente a cuyas causas y efectos los cursos de ética, los compromisos o las conminaciones de la norma penal poco es lo que pueden lograr. La inescrupulosidad, característica que junto a la agresión y el abuso acompañan al ser humano, en tanto persistente amoralidad en la búsqueda de objetivos económicos o políticos, explica la actitud del espécimen humano en su frenética búsqueda de poder y privilegios, sea un particular o un funcionario, una persona humilde o un empinado social, económica o políticamente, se encuentre donde se encuentre, en un alto cargo político o en la dirección de un asentamiento humano, en un juzgado o como dirigente religioso. La inescrupulosidad, semillero de la corrupción y el abuso, es transversal y universal no requiere formación ni títulos, los que incluso a veces o casi siempre mejoran sus habilidades y capacidad de simulación-impunidad.

La palabra «corrupción» es omnicomprensiva de una serie de comportamientos que tienden a satisfacer o satisfacen expectativas de lucro y de poder por medios indebidos, reprobados socialmente aprovechando, el agente, las cuotas de poder que posee, las que son administradas para obtener beneficios patrimoniales o políticos propios o para terceros. La inescrupulosidad con la que actúa el

sujeto se constituye así en el elemento común denominador presente en todas sus manifestaciones, que junto a otros desencadenantes constituye componente básico de este fenómeno mundial —en mayor o menor intensidad— que junto al abuso de poder forman una unidad inescindible.

Los **escenarios** en los cuales **se presenta la corrupción** son muy diversos y comprende una amplia gama de actividades, procesos, instituciones y niveles sociales. Se aplica en pequeña escala y extensión focalizada o afecta a todo el sistema de convivencia social de un país o de un bloque de países. Corrupción en materia política, judicial, educativa, religiosa, familiar, contractual, en la relación de pareja, en el ámbito público, en el sector privado, en fin, en toda relación humana que comprometa a dos o más personas y en la que tenga que decidirse un asunto, por insignificante o gravitante que este sea y donde la motivación de la resolución del conflicto supone el intercambio de prestaciones indebidas o de su tentativa.

Tal característica de vastedad inmensurable que admite la temática de la corrupción obliga a **delimitar el contenido** y los alcances de la misma a efectos de que los operadores jurídicos efectúen el juicio de desvaloración jurídico-penal. El derecho punitivo —apartando del tema de la relevancia penal la corrupción de contenido y efectos estrictamente privados, la de pareja o familiar, la contractual, religiosa y otras expresiones sociales que se reconducen por sus propias vías de solución— ofrece un campo bastante reducido de regulación normativa de dichas conductas al referirlas casi en exclusividad a la cometida por los funcionarios y servidores públicos, y a la de los particulares vinculados en relación sinalagmática con dichos sujetos públicos.

La corrupción pública es la que ha merecido la mayor de las atenciones por parte de la criminología contemporánea y el derecho penal especial de función, sobre todo, por el gran **despliegue** informativo **de los medios de comunicación** que han acercado al poblador

común un conocimiento, profano y no pocas veces manipulado, de las múltiples formas de corrupción cometidas en las altas esferas del poder y los entes públicos. Conocimiento que antaño circulaba y permanecía en la esfera de dominio privilegiado de pocas personas. Pero también ha llamado la atención y comprometido esfuerzos comunes, el accionar de los organismos internacionales que han realizado numerosos eventos (congresos, conferencias, seminarios internacionales) en los que se ha debatido ampliamente dicha problemática, efectuándose diagnósticos regionales y mundiales y planteándose propuestas y líneas de acción para una lucha abierta contra la corrupción en diferentes frentes.

Destacan en esta orientación la Conferencia Interamericana de Lucha contra la Corrupción, celebrada en Caracas en marzo de 1996, y la «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción», que luego de dos años de reuniones de sus equipos de expertos conformados por delegados de numerosos países aprobó en la ciudad de México (diciembre del 2003) su texto definitivo. El Preámbulo de esta Convención establece lo siguiente:

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Preámbulo)

Preocupados por la gravedad de los problemas y las *amenazas que plantea la corrupción* para la estabilidad y seguridad de las sociedades *al socavar las instituciones y los valores de la democracia,* la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. (cursivas agregado).

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción **socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad**, el orden moral y la justicia, así como **contra el desarrollo integral de los pueblos** (*Cfr.* Exp. N.º 1271-2008-HC/TC; Exp. N.º 019-2005-

AI/TC), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño de las funciones y servicios públicos constituyen los vectores tanto del abuso como de la corrupción.

Se suele clasificar la corrupción, atendiendo a sus diversas manifestaciones en:

a) **Pública o privada.** La corrupción pública es la que asocia el uso irregular y abusivo del poder estatal detentado por funcionarios y servidores públicos para obtener ventajas patrimoniales, de posición-estatus y políticas, afectando los valores e intereses de las administraciones públicas. La corrupción privada hace referencia a las diversas prácticas socialmente desvaloradas de obtención de lucro o ventajas en las interacciones particulares.

   Los códigos penales latinos en muy raras ocasiones regulan los actos de corrupción privada, a efectos de sancionar estas prácticas, bajo el rubro «delitos de corrupción», estando más bien repartidos en el ámbito de protección de diversos bienes jurídicos, como por ejemplo en los delitos contra la voluntad popular, contra el orden económico y en algunas modalidades de delitos patrimoniales (fraude en la administración de personas jurídicas o estafas). No obstante, las convenciones internacionales anticorrupción han recomendado a los países la introducción en sus legislaciones penales de tipos penales que castiguen dichas prácticas corruptas, lo que progresivamente está sucediendo. El Perú, al igual que otros países, ha introducido en su Código Penal, por acción del Decreto Legislativo N.º 1385 (publicado el 4 de septiembre de 2018) los artículos 241-A, que regula diversos comportamientos típicos recogidos en los delitos de **corrupción pasiva y activa** (*Pasiva:* ...acepta, reciba, solicita donativo, ventaja o beneficio

para ...realizar u omitir actos que permita favorecer a otro en...contratación de bienes, comercialización de servicios... o en las relaciones comerciales; *Activa:* quien... prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes, directores...una ventaja o beneficio indebido...para ellos o un tercero como contraprestación para realizar u omitir un acto que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes...), y 241-B **corrupción en perjuicio de la entidad societaria;** con los que se involucra en ambos delitos, como sujetos activos del delito, a socios, accionistas (solo 241-A), gerentes, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, de organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, sociedades irregulares.

b) **Tradicional o institucionalizada.** La primera hace mención a las distintas expresiones de corrupción recogidas en los códigos penales desde el siglo XIX, mientras que la segunda alude a sofisticadas, complejas y globalizadas manifestaciones de corrupción que se genera, controla y decide desde los centros del poder político y económico, utilizándose a las instituciones del Estado y las reparticiones públicas desde donde se garantiza con mayor eficacia la obtención de los fines delictivos.

c) **Poco significativa económicamente y de alta incidencia patrimonial**. Partiendo de la idea de consenso que cualquier manifestación de corrupción es igual de nociva para los valores de la función pública, la imagen de la Administración pública y el desarrollo de la sociedad, no se puede perder de vista por ello que desde perspectivas económicas y de lesión a intereses globales de la Administración pública, la corrupción que se desarrolla en sectores claves de la economía adquiere perfiles propios de alarma para el futuro de la nación y de las sociedades (corrupción en la negociación de la deuda pública, en la colocación internacional de las divisas,

en la venta de empresas estatales, en los concurso públicos internacionales de obras y servicios de gran envergadura, concesiones de recursos públicos, adquisiciones de material bélico, construcción de hospitales, carreteras, instalaciones petroleras y gasíferas, etc.).

Se ha ensayado también una clasificación con base en delimitadores conceptuales, que nos habla de **corrupción negra, gris y blanca**, de acuerdo con el grado de extensión, sistematicidad y ubicación.

a) Será *negra* aquella de las élites políticas, económicas y militares que se define por ser sistemática, institucional y de alta incidencia económica.

b) *Gris* aquella endémica de las corruptelas que asolan la función pública sin ser sistemática.

c) *Blanca* las corruptelas de baja intensidad, que incluso llegan a ser soportables para el sistema, que metafóricamente se ha dicho engrasan o aceitan las complicadas y tendenciosas regulaciones administrativas. Esta modalidad de corrupción se caracteriza por su eventualidad, focalización, individualización y falta de cohesión.

La corrupción gris y la blanca son las que han constituido la tradicional fuente de clientelaje del sistema penal.

Otras clasificaciones son endémica-ocasional, económica-moral, de élites-de masas, del dinero-de las costumbres, política-económica, justificada, injustificable socialmente, etc.

1.2. Corrupción, cohecho y soborno

El vocablo «**corrupción**», si bien es bastante expresivo de la realidad que se quiere describir, sin embargo, dada su pluralidad de significados y gran capacidad de abarcamiento, no es técnicamente

el más idóneo para describir y encerrar en lo específico la serie de conductas desvaloradas jurídicamente que se recogen en el Código Penal e imputables a los funcionarios y servidores públicos.

La **corrupción** puede abarcar todas las dimensiones del quehacer humano: el tráfico comercial, el ámbito intelectual, religioso, las relaciones laborales, familiares, el ámbito científico, los campos jurisdiccional y forense, gestión pública, etc. Solo cuando se presenta en las esferas de competencia —en sentido amplio— de los funcionarios y servidores públicos se denomina **cohecho**. Es así, el cohecho una especie concreta de corrupción focalizada en los comportamientos de los sujetos públicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado del correcto funcionamiento de la Administración pública y de la imparcialidad como condición funcional de sus actos. El término **soborno**, en cambio, alude a una acción también concreta de contenido ilícito imputada a terceros, consistente en quebrar la resistencia —para comprar los actos de función o las decisiones— del sujeto público, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener prestaciones de contenido formal o material antijurídico, indebido o tendencioso. Tradicionalmente se ha hablado del delito de soborno para referirse con él al cohecho activo. En sentido restringido, el término «soborno» también es utilizado para referirse al medio corruptor puesto en acción (donativo, entrega, ventaja, promesa, presente, dádiva, etc.)

Por todas estas razones, es más adecuado hacer uso del vocablo «cohecho», que etimológica y semánticamente es el que mejor condensa nuestra materia.

1.3. Definición de cohecho

El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede **definirse,** como el mal uso o aprovechamiento indebido, que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas, derivadas del cargo o empleo poseído, para beneficio particular, de grupo o de terceros,

en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual generalmente se realizan contraprestaciones ilícitas a cargo de dichos sujetos.

Una definición como la presente tiene la ventaja de no generar mayores inconvenientes, ya que es genérica, no atiende a una modalidad específica de corrupción y toma en cuenta el criterio de lesión a la Administración pública, no necesariamente en sentido patrimonial.

1.4. El bien jurídico protegido

El objeto de la tutela penal implícito en las normas penales que regulan los tipos de cohecho pasivo y activo es, en sentido general, **garantizar el correcto funcionamiento** y el prestigio de la Administración pública y, más específicamente —para varias modalidades de corrupción—, **asegurar el principio de imparcialidad** que debe guiar el comportamiento funcional de los sujetos públicos.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

***Los delitos de corrupción afectan el correcto funcionamiento de la Administración pública*. 14.** [...] Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí [en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal, «Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos»] 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 decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, del 16-11-10, FJ14 (el resaltado es nuestro). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la Corte Suprema.

La imparcialidad en el ejercicio funcional significa que la toma de decisiones y, en general, los actos funcionales de los funcionarios y servidores públicos debe hallarse al margen de condicionamientos externos-internos o presiones ilegales, fundamentalmente patrimoniales, que los desnaturalicen.

JURISPRUDENCIA

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado. Quinto. [El] delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades, configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido; ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado. **Sexto.** [Si] bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].

R. N. N.º 1406-2007-Callao, del 07-03-08, FFJJ 5 y 6. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

1.5. Los medios de corrupción

La mayoría de legislaciones penales occidentales han circunscrito los elementos típicos concretadores del cohecho en el donativo (dádiva, presente) y la ventaja, al igual que el ofrecimiento o promesa.

La legislación penal nacional en una búsqueda por completar el mundo posible de los medios corruptores ha elaborado una exhaustiva, aunque no siempre coherente, reunión de instrumentos corruptores para hablarnos del donativo, la ventaja de cualquier naturaleza, la promesa y el beneficio. Mecanismos o medios a través de los cuales deberán de materializarse las diversas modalidades de cohecho y corrupción activa y que cumplen el papel de facilitar o motivar el comportamiento funcional ilegal del sujeto público.

Las peculiares características de gran generalidad que registran estos conceptos posibilita aprehender a través de los mismos una vasta gama de facilitadores específicos sin que se salgan de su espectro de significación.

a. El donativo

El donativo es el medio corruptor por excelencia y el más empleado. Reúne las siguientes características:

a) Materialidad. Da cuenta de su fiscalidad o existencia material concreta (dinero, joyas, obras de arte, vehículos, yates, inmuebles, etc).

b) Traducibilidad pecuniaria. El donativo siempre tiene un valor en el mercado, de mediano o gran valor. Dado los valores que entran en juego para la Administración pública, con los actos de corrupción, el escaso valor del donativo siempre ha sido objeto de debate, pese a ello, en el país se ha condenado por delito de corrupción considerando valores patrimoniales de 50 o 10 soles (15 o 3 dólares).

c) Transferibilidad. Su capacidad para ingresar en el tráfico jurídico comercial, para intercambiarlo, es característica del donativo.

d) Orientación finalista. Quien solicita, recibe o acepta, o quien otorga u ofrece a través del donativo, busca una finalidad (el sujeto público desea enriquecerse o como mínimo incrementar su patrimonio. El particular o usuario del sistema pretende una decisión, resolución, un acto funcionarial o de servicio del funcionario o servidor que le favorezca o perjudique a tercero.

La orientación **finalista** como característica del donativo se refiere a que debe estar dirigido a **obtener contraprestaciones ilícitas** del funcionario o servidor público, o lícitas —en el caso del cohecho pasivo impropio—, pero bajo su efecto motivador.

e) Idoneidad o suficiencia motivadora para el logro de la finalidad delictiva tanto del sujeto público como del tercero. Componente importante del donativo que debe ser analizado en función al caso concreto. Que el donativo se considere idóneo para motivar la voluntad funcional del sujeto público es un asunto de valoración caso por caso, no siendo posible elaborar fórmulas generales al respecto, dada la diversa naturaleza, entidad e importancia de los temas sujetos a decisión del funcionario o servidor público.

Sin embargo, cabe decir que la **suficiencia motivadora** del donativo hace alusión a su poder objetivo para mover o canalizar la voluntad del funcionario o servidor hacia la conducta o resultado pretendido. Esta característica, de estricta naturaleza valorativa, permite excepcionalmente, establecer algunos parámetros de interpretación para hacer diferencias entre los obsequios nimios o insignificantes, que se supone carece de suficiencia motivadora, de los donativos significativos en la lógica del medio corruptor. Así, la entrega de caramelos, flores, lapiceros de escaso valor o actos de cortesía, aprovechando ocasiones de ce-

lebración personal del funcionario o servidor. Lo mismo puede decirse de los favores convencionales, que no sobrepasen criterios de estimación socialmente aceptables, los que igualmente se salen del espectro de significación de esta característica de relevancia penal.

b. La promesa

La promesa, en cambio, se define como todo **ofrecimiento de entrega futura** inmediata o mediata de donativo o de prestación de ventajas que incrementarán el patrimonio o favorecerán al funcionario o servidor público en distintos sentidos.

Son características de la promesa ser real, seria y posible de cumplir. La promesa dirigida al funcionario o servidor público puede ser formulada directamente o por intermedio de terceras personas. El contenido de la promesa debe estar circunscrito a los donativos (bienes muebles, inmuebles, dinero) o ventajas. El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene tal condición, siendo indiferente que se efectivice cuando esté —el sujeto público— en ejercicio efectivo de funciones o cuando se halla gozando de licencia, permiso o vacaciones. Su materialización puede lograrse (i) en un futuro cercano, por lo general condicionada a la prestación del acto de función o servicio requerido, o (ii) mediato, incluso, cuando el agente público ha perdido ya su condición funcional.

La promesa, por su propia naturaleza, para adquirir relevancia penal por delito de cohecho, no requiere materializarse, pero tendrá que acreditarse probatoriamente que ha sido activada en tanto medio corruptor para conseguir actos de función o servicio. El sujeto público acepta la promesa o también lo puede solicitar, el tercero o usuario lo ofrece o pone en juego para obtener prestaciones del funcionario o servidor público.

c. *La ventaja (cualquier)*

La ventaja abarca todo mecanismo corruptor que no pueda ser considerado donativo o beneficio, vale decir, que no reúna las características objetivas (donativo) o personalizadas (beneficio) que definen tales medios corruptores. Así, son ventajas los empleos, promociones laborales, servicios diversos, descuentos inusuales, ascensos, información privilegiada, accesos a áreas reservadas de trabajo, viajes de turismo, prestaciones de salud, condecoraciones, estudios de post grado, seguros actividades de esparcimiento, etc. Posee una nota de subsidiaridad frente al donativo. Comprende tanto las de contenido patrimonial o las que, sin poseer dicho valor, mejoran u optimización el mundo laboral, profesional, académico, personal, familiar del sujeto público.

El código utiliza, las frases «cualquier otra ventaja» (arts. 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 398-A y 400) o simplemente «ventajas» (397, 397-A, 398), con las que connota una idea de apertura del contenido de la misma, **no** circunscribiéndola **necesariamente** a **beneficios patrimoniales**. En el ámbito sexual, prácticas de este tipo utilizadas para conseguir actos funcionales han sido consideradas ventajas por la jurisprudencia y doctrina española

La ventaja supone privilegio indebido, no merecido, por parte del sujeto público, que mueve su voluntad y lo determina o puede determinar en una dirección determinada a través de sus decisiones o resoluciones. Es característica de la ventaja lo que está fuera del ámbito personal del sujeto público, singularizada por su objetividad e idoneidad motivadora.

d. *El beneficio*

Mediante el beneficio —mecanismo corruptor incorporado por Ley N.º 28355 (del 6 de octubre del 2004), en la redacción modificada de todas las figuras penales de cohecho reguladas en la Sección

IV del Capítulo II del Título XVIII (Delitos contra la administración pública) del Código Penal—, el legislador ha querido cerrar el ámbito de protección del bien jurídico, en materia de medios corruptores. Se entiende que lo que no pueda ser considerado como donativo o ventajas, por criterio de subsidiariedad, será un beneficio. El tipo penal de cohecho pasivo impropio agrega el calificativo de «indebido» al beneficio.

Difícil es conceptuar el contenido del término «beneficio», existiendo ya otros que detallan el ámbito de los medios de los que se sirve el sujeto público o el agente corruptor, más aún de la «ventaja» que da cuenta de todo un mundo de beneficios. Se puede considerar que el beneficio es toda satisfacción personal pretendida o lograda, (ofrecida o posibilitada) por el sujeto público, en la cual el criterio de objetividad que caracteriza al donativo y la ventaja pierde fuerza, es decir, se enfatiza con el beneficio la atención al mundo interno de bienestar o satisfacciones subjetivas del sujeto activo. Así, la expectación de una obra de arte, la entrega de fotografías o recuerdos de especial predilección por el sujeto público, la concurrencia a eventos de muy restringida asistencia, en los que el sujeto público obtiene particulares satisfacciones, etc.

1.6. Clasificación de los delitos de cohecho

Los artículos 393 al 401 del Código Penal vigente, en su actual presentación normativa, ofrece la siguiente clasificación de cohecho:

a) Cohecho pasivo propio (art. 393). Tipo penal que admite una serie de variedades.

    1. Cohecho pasivo propio mediante aceptación o recepción.
    2. Cohecho pasivo propio mediante solicitud.
    3. Cohecho pasivo propio mediante condicionamiento.

4. Cohecho pasivo propio antecedente y cohecho subsecuente.
5. Cohecho pasivo propio comisivo y omisivo.
6. Cohecho pasivo propio mediante donativo.
7. Cohecho pasivo propio mediante ventaja.
8. Cohecho pasivo propio mediante promesa de donativo o ventaja o de ambos.
9. Cohecho pasivo propio mediante beneficio.

b) Cohecho internacional pasivo (art. 393-A) que comprende formas comisivas de aceptación, recepción, solicitud, directas o indirectas, por donativo, ventaja, promesa o beneficio, antecedente y consecuente, para obtener o retener un negocio. Regula también forma omisiva de delito.

c) Cohecho pasivo impropio (art. 394). Tipo penal que se subdivide en cohecho por aceptación-recepción y cohecho por solicitud directa o indirecta, por donativo ventaja, promesa o beneficio, antecedente o consecuente.

d) Cohecho pasivo específico (arts. 395 y 396), básico y agravado.

e) Corrupción activa genérica (art. 397) Tipo penal que admite las modalidades propia e impropia.

f) Corrupción activa transnacional (art. 397-A) Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.

g) Corrupción activa específica (art. 398).

El Código Penal regula igualmente en la Sección IV «Corrupción de funcionarios», además de los clásicos delitos de cohecho, tres figuras de corrupción: interés ilícito en contrataciones y operaciones (art. 399), enriquecimiento ilícito (art. 401) y tráfico de influencias (art. 400), que si bien no tienen en su estructura típica las conductas

«solicitar» o «aceptar» propias de los tipos de cohecho, sí poseen —los dos últimos— identidad en cuanto a los mecanismos de corrupción que entran en juego para integrar la tipicidad del delito: donativos (enriquecimiento ilícito), donativo, promesa o cualquier otra ventaja (tráfico de influencias).

El tipo penal de *interés ilícito en negociaciones* se halla **ubicado** en el *nomen iuris* «Delitos de corrupción de funcionarios»

La Ley N.º 28355 (6 de octubre del 2004) que produjo una amplia reforma a la normativa de los delitos de corrupción de funcionarios, también derogó los cuestionados artículos 398-A y 399-A del Código Penal, que regulaban el cohecho activo de abogado, y establecían un cuestionable régimen de inhabilitaciones absolutas.

2. EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

ARTÍCULO 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 36º del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26-11-13. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04).

2.1. Características generales

El cohecho pasivo propio genérico es uno de los delitos especiales de infracción de deber de mayor incidencia en el vasto y variado mundo de la corrupción funcional, imputable a funcionarios y servidores públicos, el mismo que se halla vinculado estrictamente con el mal uso de las facultades o atribuciones de las que gozan dichos sujetos públicos que supeditan su ejercicio funcional o de servicio a la existencia de ilícitos intereses, principalmente, patrimoniales.

Se denomina **cohecho pasivo** porque el comportamiento típico en cualquiera de sus modalidades (acepta, recibe, solicita, condiciona) tiene su origen en el funcionario o servidor público; son estos sujetos públicos los que con sus comportamientos configuran el cohecho. A diferencia, se habla de cohecho activo cuando son terceras personas, esto es, generalmente *extraneus* particulares quienes dan origen al comportamiento delictivo de ofrecer, dar o prometer.

El cohecho pasivo es **propio**, para diferenciarlo del impropio, porque el sujeto público infringe o incumple deberes inherentes a su cargo, cuando recibe, acepta, solicita o condiciona su comportamiento funcional. En cambio, el cohecho pasivo es **impropio**, cuando el sujeto público cumple con sus deberes funcionales o del servicio pero lo hace a consecuencia de haber recibido medio corruptor donativo, ventaja, promesa o beneficio.

El legislador ha utilizado una compleja técnica de redacción mediante el artículo 393 del Código Penal, al comprender en el modalidades comisivas y omisivas, antecedentes y subsecuentes e incorporado una amplia red de específicos comportamiento típicos señalados con los verbos rectores declinados «acepte», «reciba», «solicita» y «condiciona», al igual que ha posibilitado clasificar el cohecho pasivo propio a través de la naturaleza del donativo, promesa, cualquier ventaja y beneficio. Por cierto, estas modalidades en la práctica delictiva pueden intercambiarse o presentarse más de una en el comportamiento típico.

JURISPRUDENCIA

Descripción típica del delito de cohecho pasivo propio: Quinto. [El] delito de cohecho pasivo propio [puede describirse] como la acción por parte del funcionario o servidor público de aceptar un donativo, promesa o cualquier ventaja ofrecida a iniciativa de un particular, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper (Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22. R. N. N.º 1091-2004-Lima). Por tanto, la actividad típica consiste en recibir una dación, donativo o cualquier tipo de ventaja con el fin de favorecer a un particular en un caso concreto.

R. N. N.º 1424-2010-Cusco, del 14-07-11, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El **bien jurídico** protegido específico es la preservación del principio de imparcialidad, en tanto condición normativa esencial para la toma de decisiones de los actos funcionales y de servicio, sin la cual se desnaturalizarían los valores de la Administración pública que sustentan la función y los servicios públicos, para dar paso a prácticas supeditadas a intereses extrafuncionales a una sistematica compra y venta de los actos y decisiones públicas.

Bien jurídico específico protegido en el delito de cohecho pasivo propio. El interés a cuya protección se ha tipificado el delito *in comento*, en términos genéricos, es el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad.

Exp. N.º 038-2006, del 05-07-11. Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es sujeto activo del delito, **con exclusividad, el funcionario** o servidor público que posea competencia en razón del cargo o función y que se halle ejerciendo actividades de función o servicio público. No obstante, esta última precisión se ve flexibilizada para incluir también a los funcionarios o servidores que **aún no ejercen, pero han sido ya electos** o nombrados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas de 1996.

El *extraneus* —incluso otro sujeto público que ayude a ejecutar el delito— que entrega el donativo, concede ventaja o promete donativos o ventajas **no podrá cometer** delito **a título de autor o coautor** de cohecho pasivo propio.

JURISPRUDENCIA

El sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio. El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí, la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores).

Exp. N.º 038-2006, del 05-07-11, Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El **sujeto pasivo** siempre estará representado por el Estado, a través de la administración pública que es la institución que se ve afectada con el comportamiento de uno de sus miembros. Las personas que dan el donativo, en el supuesto de que sean condicionadas por el funcionario pública o, cuando, de acuerdo con sus circunstancias, se ven forzadas a aceptar la solicitud corruptora del sujeto público, no constituyen sujeto agraviado con el comportamiento típico.

JURISPRUDENCIA

En los delitos de corrupción el agraviado es el Estado no los particulares. Segundo. Según la acusación fiscal, se atribuye a los encausados haberse coludido con la finalidad de solicitar dinero a los agraviados, a cambio de faltar a sus obligaciones, por cuanto, después, de una cuestionada intervención a los mismos, por posesión de droga, les solicitaron la suma de 1 000 nuevos soles a fin de no dar cuenta a la dependencia policial respectiva, finalmente fueron intervenidos en un operativo cuando recibían parte del dinero de los familiares de los agraviados. **Noveno**. [...] En este tipo de delitos el sujeto pasivo está constituido por el Estado en su condición de titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la Administración pública; por tanto, al haberse considerado como agraviados a [...], debe enmendarse dicha situación.

R. N. N.º 2081-2012-Lima Norte, del 22-01-13, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Los *extraneus* o particulares ajenos a la Administración pública que ayudan o colaboran con el sujeto público a ejecutar o consumar el delito de cohecho pasivo propio serán siempre **partícipes (cómplices)**, por más que sus aportes resulten gravitantes y sean ellos quienes en realidad se encarguen de ejecutar el delito, teniendo un dominio fáctico del hecho. Incluso, cuando el partícipe cómplice o instigador es un sujeto cualificado en sentido general; por ejemplo, otro funcionario o servidor, igualmente sus roles serán los de constituirse en partícipes, al carecer de la vinculación funcional por las atribuciones específicas del cargo, las cuales deben ser infringidas, y que les habilita a efectuar contraprestaciones ilícitas derivadas del cargo o empleo.

El tipo penal emplea en párrafos separados los verbos acepta, recibe y solicita.

a) ***Aceptar*** es la conformidad o complacencia, generalmente verbal, frente a la propuesta u ofrecimiento —efectuado por tercer persona— de donativo, ventaja o beneficio, o a la promesa de donativo o ventaja. Que el sujeto público acepte el ofrecimiento —efectuado por tercera persona— configura la bilateralidad del delito de cohecho que involucra a dos sujetos que en torno al acto de función o servicio hacen coincidir sus voluntades dolosas: uno, el que infringe deberes del cargo o empleo, el otro un *extraneus* no vinculado por deberes previos con la administración pública. Se generan así dos tipicidades delictivas en concurso ideal: cohecho pasivo propio (art. 393) y cohecho activo genérico (art. 397 del CP).

La aceptación no requiere de formalidad alguna, al tratarse de un acto doloso en el cual se pone en peligro la imparcialidad en la toma de decisiones funcionales.

Tal y como ha sido redactado el tipo penal, el comportamiento de «aceptar» se produce en dos escenarios: (i) antes de la prestación del acto funcional, (ii) como consecuencia

de haber violado sus obligaciones el funcionario o servidor público. El primer escenario es el caso típico del acto de complacencia o pacto frente al ofrecimiento, que condiciona el contenido material de la propuesta (el donativo o la ventaja). En el segundo escenario, «aceptar después de haberse producido la violación a los deberes no puede tener ya el mismo significado material de la sola aceptación sino un contenido de aceptar recibir».

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo. Cuarto. Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término «aceptar», el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario.

R. N. N.º 1091-2004-Lima, del 22-03-05, fundamento cuarto constituido precedente vinculante conforme al FJ 10 del Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22, del 30-09-05. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

b) ***Recibir*** es el acto material de acoger, tomar, cobrar o percibir el donativo o la concreción de la ventaja. Al igual que en el aceptar, nos encontramos aquí por lo general en una convergencia entre aportes delictivos de sujetos o agentes

de delito que serán calificados normativamente con base en tipos penales distintos: por *cohecho pasivo,* mediante aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y *cohecho activo* el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la segunda variedad de cohecho pasivo propio en atención al comportamiento típico.

La acción de recibir, si bien generalmente supone la consecuencia de cumplimiento del pacto previo implícito en el comportamiento de «aceptar» el medio corruptor y, por lo tanto, sería la terminación de dicha modalidad delictiva y tener solo implicancias probatorias, puede ocurrir que el «recibir» sea el inicio del comportamiento típico, esto es, cuando el sujeto corruptor indeterminado entrega un donativo o concede la ventaja, sin que el funcionario haya previamente brindado su aceptación o sin que dicho ofrecimiento se haya producido. Supuesto que puede ser resistido por el sujeto público o admitido, extremo este último en el que la admisión material adsorbe y presupone la aceptación configurando un comportamiento autónomo de la variante aceptación.

JURISPRUDENCIA

Cohecho pasivo propio modalidad «recibir». 3.1. El delito de corrupción de funcionarios, previsto en el artículo 393 del Código Penal, tiene como verbo rector entre otros, el término «recibir», el cual es sinónimo de admitir, asumir e incorporar voluntariamente el medio corruptor en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del patrimonio o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da (mediando un acto de disposición), perfeccionándose el ilícito penal cuando el agente recibe el donativo o beneficio patrimonial indebido (véase ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, pp. 81 y ss); pero requiere que la entrega concreta de dinero al funcionario o servidor público, se vincule causalmente con una

solicitud o aceptación indebida para realizar u omitir un acto funcional ilegal (no exigiendo en este supuesto que el funcionario o servidor público realice el acto que lesiona sus deberes funcionales, basta con que el agente reciba la ventaja económica indebida con la finalidad de efectuar una infracción a sus deberes institucionales) o como consecuencia de haber faltado a ellas; en consecuencia, debe probarse que el agente aceptó o recibió el dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido —el funcionario debe pretender violar su deber o deberes propios de su cargo o constituir violaciones de las obligaciones anexas al mismo—;

R. N. N.º 2583-2012-Loreto, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Cohecho pasivo propio modalidad «aceptar». Sexto. Debe indicarse que el tipo penal en su modalidad de aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja, se ha consumado en el presente caso, pues el procesado en su calidad de Jefe del programa Especial de Titulación de Tierras (PETT) aceptó la suma de 2500 nuevos soles de parte de RF a efectos de beneficiarlo con la adjudicación de un terreno, si fuera el caso que el proceso judicial que tenía le hubiese sido adverso; que, en este tipo penal el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a donativo o ventaja entregada o prometida implica la realización de actos contrarios a los deberes funcionales, los mismos que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado en leyes y reglamentos como en omitir lo que se está obligado a hacer, en ambos casos, por razón de su función, cargo o servicio.

R. N. N.º 1370-2009-Amazonas, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Para la configuración del delito de cohecho propio se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida. Quinto. [Para] la configuración del delito de cohecho propio imputado igualmente a los encausados [...], se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal —infracción de deberes funcionales—; en consecuencia,

> debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos.
>
> R. N. N.º 4082-2006-Lima, de 26-03-08, FJ 5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

c) Por *solicitar* se entiende el pedido o requerimiento de cierta intensidad hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro, donativo o ventaja, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial.

Solicitar es un verbo rector que configura así la tercera modalidad de cohecho pasivo: el **cohecho pasivo propio mediante solicitud**. Modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal está radicado en la conducta del sujeto público que requiere determinadas prestaciones patrimoniales o extrapatrimoniales del sujeto indeterminado. Se trata así de un ilícito penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el mecanismo corruptor para consumar el delito, es decir, que no es dependiente de que el tercero a quien se dirige el requerimiento convenga o no en entregar o prometer. Esta peculiaridad de nuestra fórmula legal permite sostener que **no siempre el cohecho pasivo es un delito bilateral o de concurrencia obligada**, sino que puede perfeccionarse con la sola manifestación de voluntad del sujeto activo.

El cohecho pasivo propio mediante solicitud, a diferencia de las modalidades anteriores supone un incremento de pena, ya no 5 a 8 años de pena privativa de libertad, sino 6 a 8 años a la que se agrega multa (que sube de 180-360 días-multa a 365-730 días-multa) e inhabilitación.

JURISPRUDENCIA

El solo hecho que se «condicione» la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del artículo 393. Sexto. [...] [La postulante] acudió voluntariamente al domicilio del ahora sentenciado VHFO, para pedirle ayuda para el concurso a la plaza de Matemáticas, para luego involucrarse esta en una serie de conversaciones y coordinaciones con los procesados, para fijar una suma de dinero, a fin de verse favorecida ilegalmente en dicho concurso público. En consecuencia, desde un inicio los procesados fueron quienes le solicitaron una suma de dinero para que pueda acceder a la plaza convocada; produciéndose, luego, una serie de comunicaciones entre la presunta agraviada y los acusados, encaminadas a negociar el precio convenido, el cual fue finalmente entregado a los encausados, quienes fueron intervenidos de forma flagrante. De tal forma que no se verifica la existencia de medio constrictor alguno, orientado a influir determinantemente en la esfera decisorio de aquella, en tanto sí se aprecia que esta actuó en un margen de plena libertad volitiva, desechándose así el juicio de subsunción típica por la modalidad típica de cohecho pasivo propio, reglada en el tercer párrafo, del artículo 393, del Código Penal. **Sétimo.** [L]os hechos así descritos deben ser reconducidos típicamente a los contornos normativos del segundo párrafo del citado articulado, que regula la modalidad típica de «solicitar», con arreglo a un juicio correcto de subsunción típica, como derivado del principio de legalidad. Como se ha sostenido, el solo hecho de que se «condicione» la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del tipo penal, pues debe agregarse un plus de desvalor que ha de apreciarse a partir de indicios demostrativos, que indiquen un acto típico de coacción, que recae sobre la persona del particular. Situación que no se ha probado en la presente causa, esto es, que alguno de los procesados haya compelido a la presunta agraviada, a la entrega del dinero solicitado.

R. N. N.º 627-2013-Apurímac, del 08-01-14, FFJJ 6 y 7. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Modalidades del cohecho pasivo propio. 5. Que el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 393 del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas que, a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración pública. Así, el delito de cohecho pasivo propio recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del Código Penal, referida a «aceptar» o «recibir» donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (*extraneus*); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto *intraneus* (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; b) la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector «solicitar», el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones, y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal "condicionar", supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución.

R. N. N.º 2667-2010-Arequipa, del 11-03-11, FJ 5. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

En estas modalidades de cohecho, los actos que el funcionario o servidor desarrollará (cohecho pasivo propio antecedente) o ha desarrollado (cohecho pasivo propio subsecuente) como consecuencia del mecanismo corruptor deberán implicar una (o varias) **violación a sus obligaciones**, esto es, las derivadas o vinculadas al cargo o empleo público. La violación de obligaciones se constituye así en el marco normativo que diferencia este delito del cohecho pasivo impropio regulado en el artículo 394º del Código Penal.

d) Por **condicionar**. El tipo penal también contempla una **variedad agravada** de cohecho pasivo cuando el sujeto público somete a condición sus actos funcionales o la prestación del servicio público, a la entrega o promesa de donativo o ventaja. Como resulta obvio comprender, la calidad del injusto penal presenta en esta tercera modalidad un enfático mayor desvalor de acción. Cuando el sujeto público condiciona sus actos de función expresa un comportamiento de explícita coacción o constreñimiento sobre la voluntad del destinatario, no solo ya violentando sus deberes funcionales derivados del cargo, sino manifestando un plus de ilicitud que hace de su comportamiento uno de naturaleza extorsiva. Esto explica el alto nivel de pena que el tipo penal 393 en su último extremo conmina: 8 a 10 años de pena privativa de libertad.

El sujeto especial (**funcionario** o servidor público) **viola sus obligaciones** cuando los actos de aceptación del mecanismo corruptor, de recepción, de solicitud del medio corruptor o de condicionamientos **suponen un claro quebrantamiento de imperativos** de naturaleza constitucional (el servicio a la nación), de específicas atribuciones contenidas o derivadas del cargo o empleo reguladas en la Constitución Política (alto funcionariado), leyes orgánicas, reglamentos y manuales de función. Este marco comprensivo de obligaciones permite diferenciar el delito de cohecho de la infracción

ética de deberes y de las inconductas funcionales, que corresponden al ámbito del derecho administrativo sancionador o disciplinario.

Viola sus obligaciones el sujeto público que somete a precio o a la concesión de ventajas o beneficios sus actos funcionales o de servicio para, por ejemplo, emitir sentencia o no ordenar un mandato de prisión preventiva siendo ello procedente, otorgar indebidamente una licencia de construcción de local industrial, o en el caso del policía que requiere donativo para no colocar una papeleta al conductor de vehículo motorizado que infringió la señal de luz roja; o el funcionario que acepta soborno para favorecer ilegalmente en la concesión de una buena pro en el marco de una licitación, el alto funcionario que recibe dinero por sus votos o para ausencia/presencia al momento de la toma de decisiones en el Congreso de la República. También cuando el servidor judicial solicita o acepta dinero para omitir dar cuenta de un expediente al juez buscando la prescripción, o el fiscal que incumple con formalizar la investigación o no acusa, bajo el efecto motivador del donativo o la ventaja. Estos dos últimos supuestos configuradores de un **cohecho pasivo propio omisivo.**

El delito de cohecho pasivo propio en sus tres modalidades es de naturaleza genérica, es decir, **puede ser cometido por cualquier funcionario** o servidor público que tenga competencia para practicar actos funcionales o de servicio, a diferencia del cohecho pasivo propio específico (art. 395 del Código Penal), en el cual el sujeto activo del delito está expresamente designado por la norma penal: magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo y otros.

EJEMPLO

Así, cometerá cohecho pasivo específico y no cohecho pasivo genérico, el miembro de tribunal administrativo que solicita donativo o acepta promesa (por ejemplo, de ofrecimiento de un cargo altamente remunerado en la Administración pública) a cambio de resolver un asunto administrativo de su competencia perjudicando a terceros.

JURISPRUDENCIA

Concepto amplio de funcionario público en delito de cohecho pasivo genérico. Alumno integrante del Consejo Universitario que proporciona claves de las respuestas del examen de admisión a universidad es considerado autor del delito de cohecho pasivo propio. *Segundo*. Según los cargos de la acusación fiscal, el 6 de abril de 2008 se realizó en el campus de la universidad el tercer examen de admisión [...], ocasión en que se detectó que un postulante ocultaba una copia con las claves numeradas de las respuesta del examen. La investigación determinó que el encausado y alumno ALG, integrante del Consejo Universitario, se puso de acuerdo con el aludido postulante para proporcionarle las claves de las respuestas del mismo, para lo cual se intervino al alumno consejero integrante de la Subcomisión de Elaboración de Examen, así como a otros integrantes de la Subcomisión y del Consejo Universitario. **Tercero**. El concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado. Los imputados eran miembros del Consejo Universitario —artículo 31 de la Ley Universitaria 23733—, que determina la integración del Consejo Universitario y su condición de órgano de gobierno universitario y, en el caso concreto, desarrollaban funciones públicas con relación al examen de admisión de una universidad nacional que es un organismo del Estado, pese a lo cual vulneraron sus deberes institucionales mediante el pago de dinero y de ese modo trataron de garantizar ilícitamente el ingreso a la universidad, proporcionando a determinados postulantes las claves de las respuestas. Cabe puntualizar que los imputados en concierto con ALG y GCA intervinieron para consolidar esa conducta delictiva: venta de respuestas de un examen de admisión de la universidad agraviada. **Cuarto**. En todos estos casos, la relación de los acusados con el ejercicio de funciones públicas y su deber de protección con el objeto jurídico del delito de cohecho los vincula con el delito en cuestión como sujetos activos.

R. N. N.º 1923-2012-Piura, del 15-01-12. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

El **cohecho pasivo** puede ser cometido tanto en su **forma comisiva** (mediante actos de realización actual o futura) u **omisiva** (a través de la no realización de actos funcionales, o la realización de actos distintos a los que se halla obligado el sujeto público).

El tipo penal 393 contiene en su contexto de complejidad modal tanto un cohecho pasivo propio antecedente como un cohecho pasivo propio **subsecuente** o **consecuente**. En el primer caso, el mecanismo corruptor es previo a los actos ilegales de contraprestación del sujeto público. En el segundo caso, el mecanismo corruptor se concreta luego de que dicho sujeto ha violado sus obligaciones.

El delito es **necesariamente doloso** en todas las modalidades de cohecho pasivo propio. En el cohecho por aceptación-recepción el dolo ofrece características de **convergencia** al abarcar la voluntad y conocimiento de ambos agentes del ilícito tanto del sujeto público que acepta como del sujeto indeterminado que ofrece o entrega. En cambio, en el cohecho mediante solicitud y condicionamiento, el dolo radicará en exclusividad en el funcionario o servidor público, en caso de que el destinatario de dicha acción no acepte tal ilícito negocio de la función pública.

JURISPRUDENCIA

Configuración del delito de cohecho pasivo propio. No es posible fundamentar la existencia de un acuerdo o la entrega de una dádiva, promesa o ventaja en el solo hecho que el funcionario y el tercero se conocieron al momento de realizarse el acto funcionarial. Octavo. [...] La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. [...] **Noveno.** [...] ¿[E]s suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Solo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja? La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados [...] aducen que no se conocían —lo que, empero,

no tiene base para admitirla como cierta—, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo la promesa o la ventaja ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja, y tampoco los testigos han declarado en ese sentido. Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable —en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena—, debe dictarse sentencia absolutoria [...].

R. N. N.º 1875-2015-Junín, del 12-01-16, FFJJ 8 y 9. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La naturaleza plurisubjetiva del cohecho pasivo no implica que necesariamente deba ser procesado el tercero junto al funcionario o servidor público. *3.10.* Si bien es verdad que el delito de cohecho pasivo propio (art. 393 del Código Penal), en sus modalidades delictivas de aceptación o recibo de medio corruptor, constituye un ilícito penal marcadamente plurisubjetivo o de intervención necesaria por parte de un tercero cualquiera (particular u otro funcionario), en tanto que resulta impensable que dicho tercero haya tenido la iniciativa del acto de corrupción vía ofrecimiento de un medio corruptor al servidor público para que vulnere sus obligaciones funcionales, lo cual hace pasible al tercero de ser sancionado por cohecho activo genérico (art. 397 del Código Penal), ello no implica que para la configuración típica del delito de cohecho pasivo el mencionado tercero deba ser necesariamente procesado y juzgado conjuntamente con el funcionario o servidor público presunto autor de cohecho pasivo propio. Para el encausamiento de este, en lo que respecta al tercero *extraneus*, es suficiente que se aluda a él en la imputación fáctica (acusación) y se describa el acto de corrupción que promovió y en el que intervino. Si en un proceso penal en el que se ha comprendido solo al presunto autor del delito de cohecho pasivo propio, que habría recibido un medio corruptor, mas no al *extraneus*, quien se lo habría ofrecido; si en dicha causa, luego del juicio oral y la respectiva valoración probatoria fundada en la sana crítica, se determina que el funcionario o servidor público es responsable del delito, correspondería —y es perfectamente viable— que, al expedir la respectiva sentencia no solo se declare la responsabilidad penal del funcionario o servidor público por cohecho pasivo propio, sino también que se orden la remisión de copias del expediente al Ministerio Público, a

efectos de que se amplíe la investigación o se inicie la indagación respecto del tercero por el delito de cohecho activo.

R. N. N.º 512-2017-Ancash, del 25-10-17. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Alcances de la prueba de cargo. Deficiencia de prueba determina absolución. ***Octavo***. La prueba del hecho, desde luego debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar o condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos en sus contornos mínimos que la hagan identificables. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [...]. **Noveno**. En el presente caso, ¿es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Solo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja? La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados aducen que no se conocían —lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta—, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja ni cuál de ellas fue y en que dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja, y tampoco los testigos han declarado en ese sentido. Siendo así por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable —en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena— debe dictarse sentencia absolutoria.

R. N. N.º 1875-2015-Junín, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

2.3. Consumación y tentativa

La consumación dependerá de la modalidad de cohecho pasivo propio.

En el **cohecho mediante solicitud**, la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad, no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la

entrega del bien o la concreción de la ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa; en el caso de aceptación de promesa, se consumará el delito con la complacencia verbal y hasta gestual inequívoca (comprobada) del funcionario o servidor. En cambio, en el **cohecho por recepción**, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la recepción del bien o la materialización de la ventaja.

En el **cohecho antecedente**, el delito estará consumado con la solicitud efectuada o con la entrega del donativo, ventaja o el ofrecimiento de donativo o ventaja, no interesando si el funcionario o servidor cumplió o no con su contraprestación. No obstante, en uno de los extremos de este caso, está abierto al debate la posibilidad de una singular modalidad de estafa y no de delito especial propio. En el **cohecho subsecuente,** a diferencia del cohecho antecedente, el delito solo se reputará consumado cuando se haya efectivizado la entrega del donativo como consecuencia de un pacto previo.

JURISPRUDENCIA

Descripción típica del delito de cohecho pasivo propio. [E]l delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo 393º del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto indebido.

R. N. N.º 14-2001-Lima, del 16-05-03, FJ 3. Sala Penal de la Corte Suprema.

La posibilidad de **tentativa** resulta admisible para el caso en que el delito admita graduación o espaciamiento de actos ejecutivos, por ejemplo, en el cohecho por recepción material de donativos o ventajas. En las otras submodalidades es muy discutible.

JURISPRUDENCIA

Solo el acuerdo de voluntades configura el delito de cohecho, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido. La tentativa no se admite en el delito de cohecho, que es un delito de mera actividad. Quinto. [El] delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades, configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado. **Sexto.** [Si] bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].

R. N. N.º 1406-2007-Callao, del 07-03-08, FFJJ 5 y 6. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

2.4. Penalidad

Los niveles de penalidad son diferentes, dependiendo de la modalidad de cohecho pasivo:

- *Cohecho pasivo propio mediante aceptación o recibimiento*: pena privativa de libertad de 5 a 8 años, más inhabilitación, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- *Cohecho pasivo propio mediante solicitud*: pena privativa de la libertad de 6 a 8 años, más inhabilitación, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- *Cohecho pasivo propio mediante condicionamiento*: pena privativa de libertad de 8 a 10 años, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

En todas las modalidades le será aplicable además al condenado la inhabilitación conforme a lo dispuesto por el artículo 426 del Código Penal.

3. EL DELITO DE CORRUPCIÓN INTERNACIONAL PASIVA

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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13) e incorporado por el artículo 2 de la Ley N.º 29703 (EP, 10-06-11).

La corrupción privada, la desarrollada en las relaciones entre personas naturales o jurídicas no relacionadas con la cosa pública, por lo general no alcanza los matices de alarma que provoca la observable en las esferas de la administración pública. La corrupción privada elemental o se soluciona en el ámbito civil o se traduce en delitos comunes, o por lo general permanece impune como un antivalor tolerable. No obstante, las fronteras se tornan, en la actualidad, frágiles y comunicables. La intervención estatal en la gestión y conducción-regulación de la economía, incluso en sociedades liberales, ha tornado insostenible las antiguas divisiones entre lo privado y lo público, las globalizaciones en todo orden han interdependizado en gran medida la toma de decisiones y, por lo mismo, han creado un ambiente de mutuas responsabilidades para el sujeto público y los particulares.

La irrupción de las grandes **corporaciones económicas de naturaleza transnacional** (industriales, financieras, bancarias, militares y de servicio) que dominan y controlan los mercados e interactúan estrechamente con los gobiernos y las clases políticas, muchas veces

condicionándolos, controlándolos o a veces comprando la voluntad de varios de sus altos funcionarios, ha posibilitado, sociológica y criminológicamente hablando, que nos podamos referir a la corrupción transnacional y al soborno transnacional.

La **corrupción transnacional** o internacional pasiva podemos entenderlo, de acuerdo a la regulación del artículo 393-A como las diversas prácticas ilegales de aceptación recepción o solicitud de donativos, ventajas, promesas o beneficios llevadas a cabo por funcionarios o servidores de otros estados o de organismos internacionales públicos para asegurar actividades económicas internacionales que suponen un movimiento de capitales de gran envergadura.

Las características de este delito se diferencian de la tradicional corrupción, entre otros aspectos, por las implicancias político-sociales del mismo, que provocan el subsiguiente desmoronamiento de los valores ético-políticos a nivel nacional y regional, por la fuente de producción activa del medio corruptor que considera tales prácticas un mecanismo ajustado al **movimiento internacional del capital**, estableciendo incluso asignaciones propias para tales fines en el presupuesto de las grandes empresas transnacionales y, finalmente, por el grado de presión y chantaje que sobre la clase política de los países supone el poderío de dichos conglomerados sin nacionalidad ni moral que no sea otra que el lucro y el poder.

Este delito **se configura** cuando el agente acepte (funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público), reciba o solicite, directa o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales y de conformidad a lo regulado en tratados internacionales anticorrupción.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTÍCULO 2. Definición de funcionario público extranjero y funcionario de una organización internacional pública. A los efectos de la presente Convención:

[...]

b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso, para un organismo público o una empresa pública;

c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

La penalidad para este tipo de delitos es una de pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años, inhabilitación y con 365 a 730 treinta días-multa.

4. EL DELITO DE 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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26-11-13. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 bde la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04).

4.1. Características generales

Es un delito típico de las corruptelas de baja intensidad extensamente localizadas en la Administración pública y cuyas redes, por lo general, perviven a cuanta campaña anticorrupción se haya realizado en el Perú.

El cohecho pasivo impropio es una **forma atenuada** de cohecho tanto por la penalidad más baja que le tiene reservada la norma penal como por la intensidad del injusto material en él contenida. En efecto, la **pena** en las dos modalidades de cohecho pasivo impropio **resulta inferior** que las establecidas para el cohecho pasivo propio.

Por otro lado, no se trata aquí que el funcionario viole sus obligaciones, incumpla con los deberes reglados que la norma le impone, sino que precisamente los cumpla bajo un contexto de incentivos patrimoniales o extrapratrimoniales.

La redacción legal del cohecho pasivo impropio, a diferencia del cohecho pasivo propio **solo contempla la forma comisiva y antecedente**.

Lo primero se entiende por cuanto una omisión en el cumplimiento de sus deberes sin faltar a sus obligaciones es absolutamente contradictorio; en tal caso, de mediar mecanismo corruptor, siempre se tratará de un cohecho pasivo propio. En cuanto a lo segundo, el

hecho será **irrelevante penalmente**, pues si el agente recibe donativo o ventaja después de haber cumplido actos en los que no infringió sus obligaciones, no se explicaría la injerencia penal, sino un supuesto de corrupción administrativa.

Resulta debatible que el bien jurídico específico protegido sea aquí el principio de imparcialidad, dado que **no existe decisión funcional** que vulnere el sistema de reglas impuestas al sujeto público para el desempeño de sus funciones o servicios. Rige más bien el bien jurídico genérico del correcto funcionamiento de la Administración pública.

JURISPRUDENCIA

Cohecho pasivo impropio: bien jurídico y elementos típicos. 8. El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales. Dentro del cohecho pasivo puede distinguirse entre el propio e impropio. El cohecho propio castiga a la autoridad o funcionario que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Es necesario destacar que el acto no tiene por qué ser, necesariamente, constitutivo de delito contra la Administración pública, basta que sea una actividad delictiva realizada en el ejercicio del cargo. La consumación se produce con la mera solicitud, de una actuación administrativa que sea contraria al ordenamiento jurídico, incluyéndose en esa denominación los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto. **9.** Ahora bien, debe resaltarse que en el cohecho pasivo impropio, el agente (servidor o funcionario público) motivado por el acto corrupto, sin vulnerar los deberes inherentes al cargo realiza un acto propio de su función, vulnerando así los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, siendo, por lo tanto, una violación flagrante de los deberes por parte del sujeto activo del delito.

Exp. N.º 00043-2011-7-1826-JR-PE-01, del 19-07-11, FFJJ 8 y 9. Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Las características de tipicidad objetiva, en cuanto a los sujetos del delito, los mecanismos corruptores y los verbos rectores son idénticos a las dos primeras modalidades del cohecho pasivo propio. Lo diferente, además de lo ya precisado en las consideraciones generales, está dado por el hecho de que el sujeto público funcionario o servidor, al solicitar o aceptar el medio corruptor, **vincula su comportamiento a la realización presente o futura de actos** que le son inherentes a las facultades del cargo o empleo, sin que ello suponga violación o quebrantamiento de sus obligaciones. En otras palabras, el sujeto público **actúa de conformidad a derecho pero bajo el influjo del mecanismo corruptor** por él aceptado o recibido (cohecho pasivo impropio mediante aceptación) o por él solicitado (cohecho pasivo impropio mediante solicitud). Cabe en este punto tomar en cuenta todo lo dicho para dichas modalidades en el cohecho pasivo propio.

Resulta **innecesaria** la inclusión en el tipo penal del adjetivo calificativo «indebida» (cualquier otra ventaja **indebida**), pues además de marcar ella una pauta de interpretación que puede llevar a confusión en el intérprete, por cuanto tendrá que efectuar una tarea de investigación de cuáles son las ventajas debidas que puede solicitar o aceptar el sujeto público para cumplir con sus obligaciones (asunto por lo demás muy discutible), dicha acotación tiene el inconveniente de romper el esquema con el que el legislador peruano ha construido las otras formas de cohecho.

Lo que **se castiga** con este tipo penal de cohecho es la **perversión del sistema** de actuación funcional y de servicio público, el adocenamiento vulgar que consiste en aceptar-recibir o requerir incentivos patrimoniales para cumplir con las obligaciones del cargo o empleo, lo cual resulta inaceptable en un sistema que privilegia la carrera pública otorgándole estatus y privilegios, además de sueldos decorosos al funcionario o servidor público.

El tipo penal de cohecho pasivo impropio no es por lo común el centro de atención de las campañas anticorrupción que, por lo general, apunta a un cierto tipo significativo de corrupción, que ha hecho escándalo y que merece castigarse en las figuras más prominentes de sus exponentes. Los **presentes, regalos, homenajes**, mención en los diarios y revistas —utilizados con finalidad motivadora—, son por lo general las **expresiones más utilizadas** en esta suerte de corrupción de baja intensidad pero de extendida aplicación. Es también el cohecho de mayor incidencia, sobre todo, la modalidad mediante aceptación-recepción, en los estratos populares provincianos y andinos, en donde una forma de estar bien con los funcionarios o servidores es la entrega por parte de los particulares de pequeños regalos o presentes para que se acelere el caso o se tenga presente al momento de resolver con mayor cuidado o diligencia.

El delito requiere de **dolo** en el comportamiento del sujeto activo, que por lo demás permitirá diferenciarlo también de la conducta de un ilícito administrativo, en el que no existe finalidad de actuación bajo dichos incentivos, pero se aceptan donativos o ventajas provenientes de terceros.

En cuanto a la consumación del delito, resulta aplicable lo dicho para con las modalidades del cohecho pasivo propio.

JURISPRUDENCIA

El cohecho pasivo subsecuente amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo. Cuarto. [...] [La] actual y reformada redacción del cohecho pasivo impropio a diferencia de su versión original, además de desdoblarse el tipo penal en dos modalidades de cohecho pasivo impropio, mediante aceptación y solicitud directa o indirecta [...], incorpora el cohecho pasivo subsecuente (o como consecuencia del ya realizado) que no registraba el diseño original de 1991: se amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo; se utiliza al igual que en el cohecho pasivo propio la expresión directa o indirectamente, con la cual expresamente se trata de cubrir todas los posibilidades de comisión; no se regula el cohecho mediante

condicionamiento; la pena privativa de la libertad ha sido incrementada ostensiblemente, y la pena de inhabilitación ha sido regulada expresamente en el tipo penal con remisión al artículo 36 del Código Penal [...].

R. N. N.º 05-02-08-Lima, del 04-05-09, FJ 4. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Para que se configure el delito de cohecho pasivo impropio no es necesario que el receptor acceda o entregue lo solicitado; basta la promesa de que el donativo o ventaja se hará efectivo en un futuro determinado. Tercero. [El] delito de cohecho pasivo impropio [...] [es] un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado [...] consiste en el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendiéndose por *solicitar* al «acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio», no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; [...] «el comportamiento activo de solicitar, el delito se consuma con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja», por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa.

R. N. N.º 4130-2008-Santa, del 29-01-2010, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

4.3. Penalidad

- *Cohecho pasivo impropio mediante aceptación-recepción*: pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- *Cohecho pasivo impropio mediante solicitud*: pena privativa de la libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

La pena, al ser conjunta, incluye además la inhabilitación conforme a lo previsto en el artículo 426 del Código Penal.

5. EL DELITO DE 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, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 26643, publicada el 26-06-96; por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 05-01-96; y por el artículo 1 del Decreto Ley N.º 25489, publicada el 10-05-92).

5.1. La figura penal

Estamos frente a un tipo penal de **cohecho pasivo propio de carácter específico**, de rancio abolengo decimonónico, anacrónico y casuístico. El Código de 1924, en su redacción original, lo contempló únicamente para la figura del juez, pero considerando además, una circunstancia agravante de penalidad, cuando la conducta ilícita se orientara a dictar sentencia intencionada en materia criminal. La redacción actual en lo sustancial del artículo 395 es el resultado de la reforma introducida por la Ley N.º 26643, de 26 de junio de 1996, y por la Ley N.º 28355, de 6 de octubre de 2004.

5.2. Alta penalización y magistratura

La corrupción del juez siempre ha sido un tema en grado sumo delicado, por cuanto es este especial funcionario quien encarna y representa la justicia oficial de un país. Se considera, pese a no estar ello normativizado, que un juez es un personaje que debería estar siempre por encima de las mundanas pequeñeces, que debe reunir las mejores y óptimas calidades profesionales, de independencia y valentía, formación ilustrada y académica, probidad, sabiduría y sensibilidad social. La figura del juez siempre ha de estar incólume, pues es él la garantía de racionalidad y humanidad ante la ilegalidad, el abuso del poder y la injusticia, no obstante, que este ideal no siempre se halle en correspondencia con la realidad que presenta la magistratura a nivel nacional.

La elevada sanción o castigo que establece este artículo del Código Penal peruano, que va de un mínimo de 6 y 8 a un máximo de 15 años de pena privativa de libertad, explica el alto desvalor de acción del comportamiento imputable a dichos específicos funcionarios públicos.

5.3. Bien jurídico específico tutelado

Preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo específico. 7.1. Respecto del bien jurídico tutelado, en el delito de cohecho pasivo específico, como el tipo penal es un delito especial propio y de infracción de deber, el funcionario público por el estatus que ostenta tiene el deber especial positivo de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad [...], su actuación, bajo estos principios, debe darse durante las diligencias preliminares, en la investigación preparatoria, en las demás fases del proceso penal, y en todo acto en que intervenga por razón del cargo, en casos sometidos a su conocimiento y competencia.

Apelación N.º 5-2017 Huánuco, del 09-05-19, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

5.4. Sujeto activo

Con rango de exclusividad solo el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores.

JURISPRUDENCIA

El delito de cohecho pasivo es un delito monosubjetivo: no se requiere de una contribución fáctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de la coima. Cuarto. [...] En el delito de cohecho pasivo específico [...] [la] conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo [del artículo 395 CP], a que el funcionario (específico) solicite los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé [...] como una circunstancia agravante [...] lo que se justifica por el hecho de que el pacto ilícito aparece en escena, mediando una actitud directa y provocadora del magistrado, árbitro o miembro de Tribunal Administrativo, [no se requiere de una contribución fáctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de la coima (prebenda económica), basta con que el magistrado solicite la venta o beneficio] [...]. La modalidad del [cohecho pasivo específico imputada al procesado es un delito monosubjetivo no plurisubjetivo (participación necesaria), [...] de mera actividad,

debido a que se configura con el solo hecho de que el sujeto activo «solicite» (verbo rector) a un tercero, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, pudiéndose o no materializar dicho requerimiento o solicitud.

Apelación N.º 06-2013-Lima, del 04-12-13, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

a. *El magistrado*

La redacción original del artículo 395 aludía solo al *juez*. La Ley N.º 26643 sustituyó el término por el de *magistrado*, ampliándose de esta forma el círculo de autores del delito. El vocablo «magistrado» tiene dos **acepciones**. Una en *sentido amplio* para comprender con él a todo funcionario público que posee autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresan en esta definición lata, jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura ahora Junta Nacional de Justicia, etc.). En *sentido estricto*, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta solo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, jueces superiores, supremos; titulares y suplentes, interinos o provisionales; los jueces del Tribunal Constitucional. La norma penal utiliza aquí un concepto estricto de magistrado, razón por la cual especifica a continuación el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

b. *El árbitro*

Es el profesional del derecho a quien la Ley de Arbitraje le ha dotado de facultades, bajo estándares de independencia e imparcialidad, para ejercer focalizadas funciones jurisdiccionales en asuntos específicos que las partes someten a su competencia, sin que su jurisdicción sea de oficio o amplia. El poder del árbitro se concentra en el laudo, o decisión del conflicto de los asuntos litigiosos sometidos a su

competencia, al que llega luego de un proceso arbitral, caracterizado por brindar espacios igualitarios a las partes para que fundamenten sus alegaciones, aporten prueba y desarrollen argumentos probatorios. Los laudos se someten a control judicial, donde se los puede impugnar, requeriendo su anulación.

Usualmente las entidades públicas y los contratistas acuden al arbitraje para dirimir sus conflictos. Escenario en el cual pueden producirse actos de corrupción cuando estos aceptan, reciben o solicitan donativo, ventaja promesa o beneficio, con pleno conocimiento de la direccionalidad de dichos medios corruptores, lo cual se entiende por fuera de sus cuotas remunerativas, para favorecer o perjudicar ilícitamente a alguna de las partes.

No ingresan aquí los árbitros de conciencia y los árbitros consensuados libremente entre las partes particulares. A diferencia de lo que sucede con el artículo 386 del Código Penal, que jurídico penalmente equipara los árbitros particulares a la condición de funcionarios públicos, aquí en el artículo 395, estamos ante árbitros oficiales designados por las entidades públicas o el órgano jurisdiccional y sujetos a control, en una misma relación de paridad en su calidad de autor con los magistrados, el fiscal y otros funcionarios públicos.

c. *El fiscal*

El fiscal es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público, que tiene como misión la defensa de la legalidad —función constitucional no siempre entendida— y la representación de la sociedad en juicio, entre otras atribuciones establecidas en su ley orgánica y de carrera fiscal. El término *fiscal* es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías, abarca todas las competencias por la materia y función: penal, de familia, ambiente, de prevención, etc., con exclusión de los fiscales que desarrollan roles de justicia disciplinaria administrativa.

d. El perito

El perito es aquel quien, por su conocimiento, técnica u oficio, es designado o nombrado oficialmente como tal para emitir opinión o dictamen. Los autores de delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos particulares equiparados.

JURISPRUDENCIA

Cohecho pasivo específico cometido por perito. **Tercero.** [El] segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal propende una extensión de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo, comprendiendo también a los peritos y árbitros. En el primer caso, referido a los peritos, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativo, por ser de competencia de un magistrado, fiscal o autoridad competente, su informe debe estar sometido al principio de objetividad. [...] **Quinto.** [El] tipo penal en comentario se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla vinculado por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado, como lo pretende objetar el procesado. En similar sentido, debe merituarse el hecho de que se haya o no expedido el dictamen pericial favorable. Por tales razones, los agravios propuestos por el recurrente devienen en inatendibles; pues lo cierto es que está suficientemente probada la solicitud de dinero, a la cual el procesado pretende dar otra connotación, como lo es la ejecución de una pericia de parte, cuando tenía expreso conocimiento que desde meses antes había sido designado como perito por la autoridad fiscal, conforme se infiere del cargo de notificación [...], [que] data anterior a la fecha en que ocurrieron los hechos.

R. N. N.º 2773-2013-Huánuco, del 16-01-14, FFJJ 3 y 5. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

e. Miembro del tribunal administrativo

El tipo penal hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal, los cuales se han incrementado en la medida de la mayor estructuración y ordenamiento de las funciones administrativas. Se trata de entidades de administración de justicia civil no jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas en la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del Indecopi, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Tribunal Fiscal, etc. Cabe señalar que la norma penal emplea el término «miembro» para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

f. Cualquier otro análogo a los anteriores

Veamos ahora a qué se refiere la norma cuando menciona «a cualquier otro análogo a los anteriores». La apertura de la norma está hecha para incluir a otros, tales como los fiscales del fuero policial militar, a los integrantes de la Junta Nacional de Justicia, antes Consejo Nacional de la Magistratura, los funcionarios integrantes de OCMA y de la Fiscalía Suprema de Control, con independencia de sus condiciones de jueces o fiscales, los integrantes de la Comisión de procesos disciplinarios del Congreso de la República, e igualmente de los órganos disciplinarios militar policiales, entre otros integrantes de tribunales disciplinarios de las diferentes entidades públicas que desarrollan roles de justicia administrativa.

5.5. Sujeto pasivo

El Estado titulariza al sujeto pasivo del delito

5.6. Comportamientos típicos

Al respeto véase el estudio del comportamiento típico del artículo 398-A.

En su modalidad simple, los verbos rectores son *acepte* o *reciba*. En este caso se da forma alternativa: aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

En su modalidad agravada, el verbo rector declinado es *solicite*. En este caso se da una sola forma: solicitar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

El sujeto activo del delito que acepte, reciba o solicite debe tener plena consciencia que la complacencia del que accede al donativo, promesa o cualquier ventaja, beneficio o a la solicitud está dirigida a influir (ejercer presión o fuerza moral) o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

«Asunto sometido a su conocimiento o competencia» da cuenta de un amplio catálogo de cuestiones a adoptar o decidir por parte de cada uno de los funcionarios específicos aludidos en el tipo penal y que están relacionados con el marco de sus atribuciones (competencias) o que son objeto de estudio, análisis, proyecto o redacción por cualquiera de los sujetos públicos específicamente designados en el tipo penal. «Sometido a su conocimiento» alude a un escenario factual-normativo interpretativo donde la especialización por división de roles y por materias caracteriza el papel de determinado funcionario encargado del estudio de un caso, en una diversa gama de direcciones temáticas. En cambio «sometido a su competencia» alude a atribuciones propias del cargo público, derivadas de la ley o reglamento y con base a las cuales se va a pronunciar y decidir el sujeto público. El conocimiento que asume el funcionario nominado en el tipo puede obedecer a

criterios discrecionales de división del trabajo, sin embargo, puede estar ya determinado por los ámbitos del cargo. «Conocimiento» y «competencia» son así dos términos que pueden ser concebidos en sus propios contenidos de significación o entendidos en su mutua interconexión dialéctica.

Así, los fiscales adjuntos tienen una amplia gama de asuntos sometidos a su conocimiento (estudiar los casos, redactar proyectos de archivo, de requerimientos diversos, etc.) o aquellos que le son derivados por el fiscal titular o los fiscales corporativos con base en criterios discrecionales (de parte de estos), más allá del pauteo normativo establecido en su ley orgánica, bastante deficitaria por cierto en este punto. Esto permite conceptualizar que el significado de «asunto de conocimiento», posee una tesitura más flexible y dispersa que «sometido a su competencia», donde los rigores de lo pautado en la ley o el reglamento se presenta más taxativo y estricto.

El contexto del asunto sometido a conocimiento y competencia de dichos sujetos público, autores del delito, observa una extensa amplitud (juicios civiles, penales, laborales, procesos constitucionales administrativos, disciplinarios, arbitrales, dictámenes e informes periciales, etc.). El tipo penal se refiere a la decisión de un asunto de conocimiento y/o competencia que deba de ser estudiado y adoptado por el autor del delito. Un «asunto» alude tanto a (i) decisiones sustantivas (requerimiento acusatorio, dictado de sentencia, laudos arbitral), como (ii) a la dación de resoluciones menores, concesión de libertades provisionales, comparecencias, medidas de embargo, apelaciones, inhabilitación, *iter* previos al laudo, dictámenes periciales, archivamiento de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del Tribunal Constitucional, etc., y (iii) igualmente a asuntos puramente de conocimiento relacionados a la preparación de los proyectos diversos, entre los que destacan los requerimientos, resoluciones, sentencias, laudos, entre otros.

Se trata de un **cohecho pasivo propio antecedente**, donde está implícito el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita, recibe o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la Administración pública, al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad del proceso sometido a su conocimiento y competencia. Con base en criterios de coherencia lógica y principio de lesividad, puestos de manifiesto en la alta y elevada penalidad (15 años en su extremo máximo e inhabilitación especial y degradante), la frase «hecho con el fin de influir o decidir» debe interpretarse en tanto influencia negativa, esto es, referida necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra. Es decir, el núcleo del injusto penal deberá circunscribirse a un cohecho propio; es muy discutible, por las razones expuestas, pese a que resulta literalmente posible, abarcar con la tipicidad del artículo 395 los comportamientos con base a los contenidos del cohecho impropio. Por el tiempo en que ha sido legislativamente redactada la frase «hecho con el fin de influir», ella da a entender que la pretensión de influencia siempre será previa a la conducta requerida del sujeto público y posterior al momento del medio corruptor.

Como es fácil advertir, esta figura penal no es un cohecho pasivo propio genérico, dada las particularidades de sus componentes de tipicidad normativa y descriptiva (art. 393) y las elevadas penas que posee. Por lo mismo, tampoco es coherente considerar que por ser el sujeto activo fiscal o juez, ya automáticamente se activa la imputación acusación por este delito. Automatismo interpretativo espontaneista de una acusada ligereza que puede llegar a colisionar con el principio de legalidad.

JURISPRUDENCIA

Componentes objetivos-normativos y subjetivos del tipo penal de cohecho pasivo específico. 7.2. [...] El tipo penal exige que el agente público solicite al abogado o parte procesal o a sus familiares de forma directa o indirecta, terceros, intermediarios, etc., los medios corruptores de donativo y/o cualquier otra ventaja, como dinero, bienes, alhajas, favores sexuales. Pero también se exige un vínculo normativo que está dirigido a influir en la decisión de un asunto sometido a su competencia fiscal. En la modalidad de «recibir», se exigen los mismos presupuestos, pero no se establece la recepción de modo indirecto. «**Con el fin de influir en la decisión**». Se debe interpretar que la influencia negativa del fiscal sobre su propia decisión final o futura (disposiciones de archivo, requerimientos, etc.) y la determinación objetiva de su decisión consiste en adecuar sus actos a favor de una parte y en perjuicio de la otra. El influjo en el contenido de la decisión debe ser real (por ejemplo, no tomar en cuenta los actos de investigación relevantes penalmente para archivar una denuncia o formalizarla, no notificar a las partes procesales para la realización de las diligencias, etc.) o que jurídicamente exista la obligación de emitir una decisión y, sin embargo, no la dicta. «**Asunto sometido a su conocimiento o competencia**». Con relación al caso que nos ocupa, el fiscal tiene asuntos o actos procesales sometidos a su conocimiento en la investigación fiscal o el proceso judicial, y es competente legal y constitucionalmente en el ámbito temporal (vínculo o rol funcional) para emitir disposiciones de archivo, requerimientos, entre otros, lo que determina que el influjo solo puede darse antes de que el funcionario decida u omite el asunto sometido a su conocimiento. **7.3.** En lo que respecta a la **imputación subjetiva**, el cohecho pasivo específico precisa del dolo directo. El sujeto activo tiene que ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud y/o aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja, y querer actuar a pesar de ello. El elemento subjetivo «a sabiendas» exige un ánimo deliberado de faltar o quebrantar la imparcialidad, transparencia y objetividad, esto es, el fiscal tiene el deber de conocer que el solicitar y/o aceptar donativo, promesa o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandatos constitucional y legal. **7.4.** Finalmente, respecto la consumación, el tipo penal es de simple actividad, por lo que al solicitar

y/o recibir el medio corruptor no se requiere que se produzca la decisión final o futura de un asunto prejurisdiccional, jurisdiccional o administrativo; sin embargo, se exige un dato objetivo de finalidad o posibilidad material de influencia en la decisión.

Apelación N.º 5-2017-Huánuco, del 09-05-19, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

Imputación de complicidad requiere conocimiento de parte del cómplice que está colaborando con el delito del funcionario. 3.1.1. La imputación del señor fiscal se sustenta en que el procesado fue comisionado por el entonces fiscal provincial a devolver, en un sobre manila, el dinero que le entregó la denunciante, en la oficina del abogado, y que en ese acto le dijo a la denunciante que no le hiciera daño al fiscal provincial. El encausado aceptó haber sido comisionado a llevar el sobre manila al estudio jurídico del abogado acusado; sin embargo, dicho sobre estaba cerrado, por lo que según parece el comisionado no podía tener conocimiento a cabalidad de su contenido; por ello, no pudo colaborar dolosamente con el fiscal como cómplice secundario del ilícito, simplemente se limitó a cumplir una orden de su superior. **3.1.3.** Todo lo cual lleva a concluir que los medios probatorios incorporados en el proceso son escasos e insuficientes, para establecer que el acusado fuera cómplice del delito materia de juzgamiento, denotándose insuficiencia demostrativa que lo favorece y estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, este Supremo Tribunal considera que la presunción de inocencia que lo cubre se mantiene incólume.

R. N. N.º 454-2014-Amazonas, del 16-05-16, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

5.7. Elemento subjetivo

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

El tipo penal caracterizado por las modalidades aceptar y recibir, del primer párrafo, del artículo 395, contiene un elemento

subjetivo distinto del dolo, expresado con el término «a sabiendas». Ello supone que el sujeto activo actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones ilegales implícitas en los medios corruptores y, pese a ello, solicita o recibe. Esto es, obviamente un caso de doble venalidad del sujeto activo, pues además de afectar el principio de imparcialidad lesiona el deber de probidad funcional.

5.8. Consumación del delito y tentativa

El delito se consuma con la aceptación, recepción (primera modalidad) o solicitud (segunda modalidad) del donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, es decir, los diversos supuestos **combinan comportamientos de simple actividad (aceptación, solicitud) y de resultado (reciba)**. No se requiere que se produzca la decisión buscada por el que accede a la solicitud o da el medio corruptor para que se consuma el delito.

Resultan admisibles las formas de tentativa en la modalidad de resultado.

5.9. Penalidad

- En su modalidad simple: pena privativa de la libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años e inhabilitación especial (artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal) y multa de 180 a 365 días.
- En su modalidad agravada: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años e inhabilitación especial (artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal) y multa de 365 a 730 días.

Pleno Jurisdiccional

Aplicación de la pena de inhabilitación. **Primero.** *Por consenso*: Las penas de inhabilitación previstas en los artículos 395 y 426 del Código Penal son penas conjuntas y no accesorias, su extensión va de uno a tres años, en ningún caso se puede señalar en la sentencia que su duración es por el tiempo de la condena. La pena de inhabilitación perpetua prevista en el artículo 398-B del Código Penal como accesoria contraviene la extensión de dicha clase de pena establecida en el artículo 39 del Código Penal, y si se la conceptúa como principal infringe la extensión fijada en el artículo 37 del Código Penal, además de ser contraria al fin resocializador de la pena. **Segundo.** *Por consenso*: La agravante del artículo 46-A del Código Penal en relación con la pena de inhabilitación accesoria del artículo 39 del mismo cuerpo de leyes, constituye un supuesto de doble valoración, en cuyo caso resulta incompatible la aplicación simultánea, debiendo aplicar el juez solo el artículo 39 del Código Penal, por cuanto el artículo 46-A colisiona con la Constitución, contraviniendo los principios de favorabilidad y de legalidad. **Tercero.** *Por consenso*: En los supuestos de los incisos 1, 6, 7 y 8 del artículo 37 del Código Penal no es procedente imponer la pena de inhabilitación principal o accesoria cuando el agente no reúne las condiciones que se pretenden privar con dicha pena, es decir, cuando el agente no ostenta la función, cargo, comisión, profesión, oficio, autorización, grado, título u otras distinciones que en dichas normas se señalan. **Cuarto.** *Por mayoría*: La pena de inhabilitación principal o accesoria no puede ser objeto de suspensión de ejecución de la pena, ya que tal medida alternativa solo opera para el caso de la pena privativa de libertad, conforme lo establece el artículo 57 del CP, no siendo aplicable, en el caso de la inhabilitación accesoria, el principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal.

IV Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Chiclayo, efectuado el 13-10-2000. Acuerdo Plenario N.º 3/2000. Tema 4: Aplicación de la pena de inhabilitación.

6. EL DELITO DE 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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26-11-13. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04)

6.1. La figura penal

Estamos frente a una pretendida **extensión de tipicidad del artículo 395** al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto bajo estudio. En efecto, los componentes típicos del artículo 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar, pues **en estos sujetos no se concentra la potestad de decidir** un asunto de índole litigiosa judicial, administrativo o técnico especializado. Igualmente, la equiparación de autoría de funcionarios o servidores públicos hecha al auxiliar de justicia y a quien desempeñe cargo similar resulta discutible.

Más allá de los cuestionamientos, la figura penal 396 del Código Penal, en su nivel de tipicidad, se refiere a asuntos de conocimiento y competencia de secretarios, relatores, auxiliares y análogos que desarrollen los comportamientos de aceptar, recibir o solicitar do-

nativo, promesa o ventaja, bajo las características establecidas en el tipo penal 395 (primer y segundo párrafo).

JURISPRUDENCIA

Elementos configurativos del delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. Quinto. [El] delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales [...] tiene como elementos configurativos los siguientes: a) agente activo del delito: el relator, secretario judicial, especialista y auxiliar jurisdiccional o quien desempeñe cargo análogo, b) verbo rector y medio corruptor: solicitar un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, c) finalidad del medio corruptor o fin corruptor: con el fin de decidir o influir en un asunto de su conocimiento o competencia, debiendo entenderse esta circunstancia por la gravedad de la penalidad a imponerse, como una «(...) influencia negativa, esto es, referirse necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra [...]» [...], y d) se requiere que actúe con «dolo» el agente del delito; además del elemento subjetivo «a sabiendas», que implica que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores.

R. N. N.º 4582-2007-Piura, del 10-04-08, FJ 5. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

6.2. Sujetos activo y pasivo

Son sujetos **activos** el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. Se nota así que el ámbito de relevancia está circunscrito a la esfera jurisdiccional en sentido estricto.

Sujeto **pasivo** es el Estado

a. Secretario judicial

Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados

especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, etc.) colabora con el magistrado en la labor de administración de justicia, poseyendo capacidad de decisión en ámbitos administrativos (otorgar copias certificadas, refrendar resoluciones, autorizar actas, emitir razones e informes, colocar las tablas de causas, llevar el despacho, vigilar el cumplimiento de las notificaciones, etc.).

En la práctica jurisdiccional suele ocurrir que quien conduce los procesos y orienta el criterio judicial resulta en no pocos casos el secretario. De ahí también que sea una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio.

El marco de atribuciones de los secretarios de sala y juzgado están consignados en los artículos 259 y 266 del TUO de la ley Orgánica del Poder Judicial.

JURISPRUDENCIA

Delito de corrupción pasiva de secretario de juzgado. Aparece de lo actuado que el encausado, en su condición de secretario de Juzgado de Paz Letrado, fue intervenido por personal de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, en circunstancias que recibía de la quejosa un billete de cien nuevos soles, suma que solicitó a fin de llevar a cabo una diligencia de embargo en un proceso de alimentos; que, aun cuando el citado justiciable primigeniamente negó los hechos tratando de justificar su conducta, manifestando haber sido inducido por su coprocesada, sin embargo, ante la flagrancia del delito y del mérito de las pruebas actuadas, su responsabilidad se encuentra suficientemente acreditada en autos.

R. N. N.º 3146-2001-Cono Norte, del 19-10-01, Sala Penal de la Corte Suprema.

b. El relator

El relator es el funcionario del Poder Judicial, quien entre otras varias competencias, se encarga de elaborar la relación de los expedientes judiciales. La relación consiste en dar a conocer el contenido

de dichos expedientes a los jueces que forman parte de las salas jurisdiccionales, atendiendo su carácter colegiado.

El ámbito de sus atribuciones está señalado en el artículo 263 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

c. *El especialista*

Es el funcionario del Poder Judicial, que se encarga de proyectar resoluciones, entregar al secretario del juez el expediente judicial expedito para las actuaciones procesales que correspondan. También asiste al Juez en la fijación de los puntos controvertidos o en los que serán materia de pronunciamiento judicial, así como en el saneamiento probatorio. Cursa las comunicaciones correspondientes y notifica a las partes para que presenten los medios probatorios ofrecidos, bajo responsabilidad, entre otras funciones.

d. *Auxiliar jurisdiccional*

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

La «frase auxiliar jurisdiccional» resulta un elemento normativo del tipo, regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 249), incluyendo dentro de ella a los secretarios y relatores de salas de la Corte Suprema, de las salas de Corte Superior y de los Juzgados, los mismos que el tipo penal ya los ha descrito para considerarlos autores del artículo 395, por lo que solo quedarían los oficiales auxiliares de justicia (art. 249. 3). Se aprecia así un manejo no acertado técnico legislativamente al respecto.

e. Cualquier otro análogo a los anteriores

Lo análogo está en relación a la calidad de secretario judicial, especialista y a la de quienes prestan labores de los auxiliares jurisdiccionales. Con todo lo complicado que supone establecer extensiones analógicas, se ubican aquí por ejemplo los asistentes administrativos, aunque con cierta duda al respecto. En el Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se comprende a los órganos de auxilio judicial (artículos 273: peritos judiciales, y 281: cuerpo médico forense, policía judicial, traductores e intérpretes, martilleros públicos y otros regidos por leyes y reglamentos pertinentes). Situación igualmente problemática con los peritos, los cuales tienen ámbitos de autoría en el artículo 395 del Código Penal.

Es debatible considerar que la relación de analogía cubre a los auxiliares del Ministerio Público, o los auxiliares que se hallan en los diferentes y variados ámbitos de la justicia administrativa. Sin embargo, desde la perspectiva del ámbito de protección de la norma es una posibilidad a tomar en cuenta, no obstante el riesgo de prohibición de analogía estará siempre presente.

6.3. Comportamiento típico

La concurrencia de funciones de los secretarios judiciales y relatores con la de los magistrados jurisdiccionales, la cercanía y contacto directo entre ambos funcionarios hace de dichos sujetos agentes vulnerables y pasibles de incurrir en cohecho pasivo específico atenuado, dados los asuntos bajo su conocimiento y competencia que forman un sistema junto a los asuntos de igual naturaleza de los magistrados.

La conducta o comportamiento reprimible penalmente, en estricta remisión al artículo 395, es el hecho de que los **secretarios** relatores, especialistas, auxiliar, o análogo a sabiendas **soliciten**

y/o acepten donativos o ventajas, los mismos que llevan consigo la característica de su finalidad de influir en las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento y competencia. No se trata de que los secretarios judiciales influyan a su vez en los jueces, para lograr resoluciones tendenciosas, hipótesis en la cual responderían por actos decisionales de competencia de estos últimos a título de complicidad o, de acuerdo con las circunstancias, a título de tráfico de influencia.

Es difícil hacer una equiparación de tipicidad idéntica en el caso de los auxiliares de justicia, esto es en sentido estricto, pues estos funcionarios y servidores públicos carecen de la facultad de decidir asuntos justiciables. Para hacer subsumible la equiparación se estará a los actos de estricta competencia de estos sujetos activos de delito.

6.4. Elemento subjetivo

El secretario judicial, relator, especialista o auxiliar jurisdiccional deberán obrar con dolo directo, es decir, a sabiendas de las pretensiones de quien accede a la solicitud o da el donativo.

6.5. Consumación y tentativa

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

6.6. Penalidad

Pena conjunta: privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

7. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ACTIVA

ARTÍCULO 397. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

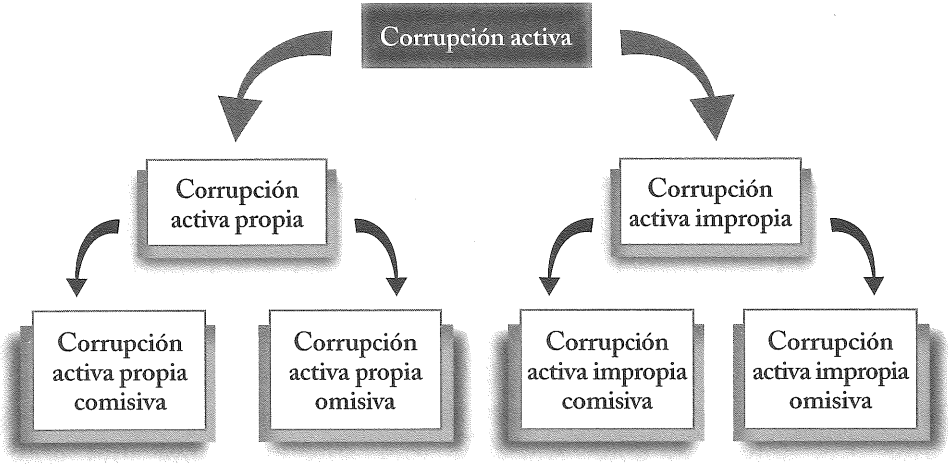
El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 (EP, 06-10-04) y por el artículo único de la Ley N.º 27074 (EP, 26-03-99).

7.1. Características generales

Esta figura penal es la que tradicional e históricamente se ha conocido con el nombre de «soborno», donde el **centro de la atención** de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor, sino en la de un **sujeto indeterminado** que trata de corromper o soborna a aquellos.

La corrupción activa puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva. El Código Penal ha ubicado ambos delitos de corrupción activa en un solo tipo penal, a diferencia de las variedades de cohecho pasivo que son regulados en tipos penales distintos.



La **corrupción activa**, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se halla caracterizada por la existencia de una específica **relación de complementariedad** entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público que acepta o recibe el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura también la existencia del delito de cohecho pasivo. La relación de complementariedad, en dos vías -ofrece-promete con acepta y da con recibe), es característica de esta modalidade específica del cohecho pasivo, sin embargo, ello no es impedimento para señalar las **diferencias** existentes entre la corrupción activa y el cohecho pasivo, que van desde la **menor penalidad** del primero en el extremo superior de la pena hasta la **diferente fuente de origen** del acto de corrupción activa. En efecto, posee menor complejidad en cuanto solo admite modalidad antecedente, pero en contraparte posee fórmula compleja comisiva y omisiva en la modalidad activa impropia.

El delito de corrupción activa no es un delito especial propio o impropio (delito de infracción de deber), ya que quien lo comete no es necesariamente el funcionario o servidor, sino un **sujeto indeterminado**, razón por lo cual se hace uso de la frase «corrupción activa» y no «cohecho activo».

El Código Penal peruano contempla, además de la modalidad genérica de corrupción activa (art. 397), otra figura penal con semejantes características pero que recae sobre un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional (art. 397-A) y un tipo penal específico de corrupción activa a través del artículo 398.

7.2. Bien jurídico protegido

Si bien nos hallamos frente a un delito cometido fundamentalmente por **particulares**, como también por **sujetos públicos**, no obstante, se halla en juego la imagen de la administración pública y la imparcialidad. Estos intereses valiosos son los que explican que el objeto de la tutela penal se centre en garantizar el ejercicio regular de la Administración pública, el respeto que se debe al desarrollo funcional de dicha administración.

JURISPRUDENCIA

Cohecho activo genérico: bien jurídico, elementos típicos, consumación. 3.1. [...] 2. [...] El bien jurídico tutelado [en el cohecho activo genérico es] el brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas preservándola, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción de sujetos diversos inescrupulosos o, en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respecto que se debe al desarrollo funcional de la administración pública [...]. 4. [...] [Para] la configuración del [...] Cohecho activo genérico [...] es presupuesto necesario para que opere el comportamiento típico de *ofrece, da, promete un donativo, ventaja o beneficio a funcionario o servidor público* para que realice u omita actos

en violación de sus funciones, siendo el sujeto activo un tercero indeterminado pudiendo tratarse de un particular. Hecho que se ha consumado con la conducta desplegada por el imputado, quien al ser intervenido por efectivo policial y no teniendo en reglas sus papeles trata de sobornar al agente del orden, dando entre sus documentos un billete de diez nuevos soles para que este omitiera un acto funcional, es decir, el de imponer una sanción administrativa. Ello corroborado con los elementos de convicción valorados que lo vincula con el injusto penal. [...]

Exp. N.º 00130-2011-1-1826-JR-PE-02, del 03-10-11, FJ 3.1. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

7.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **sujeto activo** cualquier **sujeto indeterminado**: un particular, otro funcionario o servidor público, un representante de persona jurídica.

El caso del funcionario o servidor público que trata de corromper a otro funcionario o servidor no ha sido expresamente previsto por el Código Penal, pero resulta subsumible también en la redacción del artículo 397 CP, que para referirse al sujeto activo emplea el indeterminado «El que».

El sujeto pasivo es el Estado.

JURISPRUDENCIA

Cohecho activo genérico de abogado sobre fiscal. Concurrencia del sujeto pasivo. Primero. Que el delito de cohecho activo de abogado sobre fiscal [...], por ser de concurrencia necesaria, presupone la convergencia ineludible del fiscal, esto es, importa que el abogado haya acordado con el fiscal la «compra-venta» de la función pública y precisamente por ello hace la entrega o la promesa; que, por consiguiente, la presencia del acuerdo o pacto es propia de este tipo penal. **Segundo.** Que, en el caso de autos, no medió pacto o acuerdo previo con la fiscal adjunta, quien precisamente al notar un sobre en su escritorio, abrirlo y advertir que contenía cuatro billetes de cincuenta soles, levantó el acta correspondiente y puso el hecho en

conocimiento de la fiscal provincial; que el imputado no conversó con ella para que decida en un sentido determinado la denuncia que se encontraba pendiente de calificar ni en momento alguno se pactó tal entrega de dinero, consecuentemente, el hecho objeto del proceso penal no constituye el delito en mención. **Tercero.** [Sin] embargo, el delito [...] de cohecho activo genérico [...] solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a «comprar» la función pública, no hace falta —aun cuando lo incluya— un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la «venta» de la función pública [...].

R. N. N.º 3778-2003-Lima, de 14-06-04, FFJJ 1-3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La corrupción activa admite dos modalidades: el **cohecho activo propio** (primer párrafo del artículo 397) y el **cohecho activo impropio** (segundo párrafo del artículo 397). En ambos casos los **verbos rectores** que configuran comportamiento típico son *ofrecer*, *dar* o *prometer* al funcionario o servidor uno o varios mecanismos corruptores para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones (corrupción activa propia) o para que haga u omita un acto propio de sus funciones (corrupción activa impropia).

La **bilateralidad** que se establece de hecho entre el sujeto indeterminado y el sujeto público supone por parte de este último un tomar conocimiento del ofrecimiento de compra de un acto público que hace el primero o, en un supuesto delictivo mayor, al recibir o aceptar el mecanismo corruptor. Supuesto de **bilateralidad sin compromiso** en el primer caso en el que el ámbito de relevancia penal no le es extensivo aun al funcionario o servidor público. Pero **sí adquiere relevancia jurídico-penal** en su bilateralidad al producirse la recepción de donativo o aceptación de promesa por parte del funcionario o servidor público.

Como ya se ha señalado, la corrupción activa puede ser **comisiva** u **omisiva** en ambas modalidades (propia e impropia). Los meca-

nismos corruptores son los mismos que para el cohecho pasivo: el donativo, promesa, ventaja o beneficio.

En razón al tiempo en que se activa el medio corruptor, solo se ha regulado la corrupción activa antecedente, dada la imposibilidad de contemplar normativamente una forma activa subsecuente.

Ofrece, *da* o *promete* son modos como se expresa el comportamiento típico de este delito, y con dichos verbos rectores se comprende una serie de actos imputables al sujeto indeterminado por los cuales busca determinar o motivar la conducta funcional del funcionario o servidor público conforme a sus finalidades o expectativas ilícitas. Ejemplos de esta modalidad son actuar directamente sobre el sujeto público, valerse de terceras personas o de personas estrechamente allegadas, presionar verbalmente, por escrito, a través de correos electrónicos, etc.

El sujeto **corrompe** o **trata de corromper** por medio de los mecanismos corruptores para que el sujeto público haga u omita actos funcionales o de servicio de su competencia en violación de sus obligaciones (corrupción activa propia) o haga u omita un acto propio de sus funciones (corrupción activa impropia).

Este delito de estricta naturaleza comisiva es **doloso**. El sujeto activo debe obrar con voluntad propia y conociendo que está corrompiendo o intentando corromper al funcionario o servidor.

JURISPRUDENCIA

El desconocimiento de la prohibición normativa carece de viabilidad, pues es evidente para una persona media que dar dinero a un efectivo policial para que lo favorezca en una investigación a su cargo es una conducta delictiva. Sexto. Que la alegación de desesperación u ofuscación para aceptar el requerimiento policial y la de ignorancia de la criminalidad de la conducta perpetrada es inaceptable. El acto de solicitud y posterior

entrega del dinero, así como la devolución del mismo, no revela un estado emocional que lo exima de sanción por exclusión de culpabilidad. Asimismo, el agravio referido al desconocimiento de la prohibición normativa carece de viabilidad, pues es evidente para una persona media, incluso con estudios inconclusos de la carrera profesional de educación, que dar dinero a un efectivo policial para que lo favorezca en una investigación a su cargo es una conducta delictiva. La regla de experiencia así lo determina. El juicio de culpabilidad por la comisión como autor del delito de cohecho activo genérico —artículo 397, primer párrafo, del Código Penal—, la necesidad de una sanción penal y reparación civil son inobjetables.

R. N. N.º 695-2012-Lima, de 10-01-13, FJ 6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Cohecho activo genérico: elementos típicos, dolo (teoría mixta), delito de mera actividad, consumación y modalidades. Décimo. [...] El cohecho activo genérico se configura o perfecciona cuando el sujeto activo (*extraneus* o *intraneus*) bajo cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad que realice u omita actos en violación de sus obligaciones funcionales normales. La finalidad que busca el sujeto activo con su actuar es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales. Es un delito doloso. El agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete cualquier ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que éste le favorezca al desarrollar sus obligaciones funcionales. 10.1. El cohecho activo genérico puede perfeccionarse hasta por tres modalidades. No obstante, según el caso que nos ocupa, veamos en qué consisten la modalidad de ofrecer y la modalidad de dar o entregar. En el primer supuesto, el soborno se configura cuando el agente —tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón, le ayude o resuelva el asunto a su favor incumpliendo sus obligaciones previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de su actuación funcional. La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer. El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese que el agente realiza la

oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y, más bien, denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad. 10.2. En tanto que en la modalidad de dar, el soborno se configura cuando el agente, de cualquier manera o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad que realice un acto en violación de sus obligaciones. La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar la ventaja o beneficio indebido con la finalidad de que el beneficiado realice un acto en violación a sus deberes. No hace falta que previamente haya un ofrecimiento ni menos hace falta que haya de por medio un pedido o un acuerdo. También, el delito se consuma independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales. Se trata de un delito de mera actividad. [...]

Exp. N.º 00005-2011-33-1826-JR-PE-03, del 12-04-12, FJ 10. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

7.4. Consumación y tentativa

Es un ilícito de **consumación instantánea**. Basta que la acción típica llegue a conocimiento del sujeto público para dar por perfeccionado el delito, con excepción de la modalidad que toma a la expresión «da» como conducta típica. Que el sujeto público no acepte o acepte el medio corruptor es irrelevante a efectos de afirmar o descartar la corrupción activa, pero sí es importante para calificar la conducta del funcionario o servidor y determinar que es ajustada a derecho o reconducible por el tipo penal de cohecho pasivo mediante aceptación.

JURISPRUDENCIA

***Cohecho activo genérico. Consumación.* Undécimo.** [El] delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal

> sentido, [el] comportamiento delictivo [...] se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público.
>
> R. N. N.º 321-2011-Puno, de 07-03-12, FJ 11. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La tentativa resulta factible sin dificultades en la modalidad de resultado material de cohecho activo, que se expresa con el verbo rector «da».

7.5. Penalidad

- Corrupción activa propia: 4 a 6 años de pena privativa de libertad más inhabilitación, conforme a lo dispuesto por el artículo 36 (incisos 1, 2 y 8) del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para quienes cometan este delito.
- Corrupción activa impropia: 3 a 5 años de pena privativa de libertad, más pena de inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los que cometan este delito.

8. EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL PASIVO

> **ARTÍCULO 397-A. El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos**

propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13) e incorporado por el artículo 1 de la Ley N.º 29316 (EP, 14-01-09).

De modo similar al tipo penal de cohecho activo genérico, el **centro de la atención** de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor público internacional, sino en la de un **sujeto indeterminado** que trata o soborna a aquellos.

Asimismo, también la modalidad de delito puede ser activa propia y activa impropia, las que, a su vez, pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva.

La **corrupción activa internacional**, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se haya caracterizada por la existencia de una específica **relación de complementariedad** entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público internacional que acepta el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura también la existencia del delito de cohecho pasivo regulado en el artículo 393-A.

Será «funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público» toda persona encargada por

una autoridad de un Estado extranjero para desempeñar funciones con repercusiones en el territorio nacional o para desempeñar otras funciones para un Estado extranjero, y todo funcionario o agente de una organización pública o persona autorizada para el desempeño de funciones con implicancias en el país asociado a actividades económicas internacionales.

La penalidad en este tipo de delitos es una pena privativa de la libertad no menor de 5 años ni mayor de 8 años, inhabilitación (incisos 1, 2 y 8 del artículo 36) y con 365 a 730 días-multa.

Para completar el análisis de tipicidad y comentarios nos remitimos a lo debido para con el artículo 393-A y en lo que corresponda al artículo 393 podemos remitirnos al comentario que hemos realizado al artículo 393-A.

9. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO Y SOBRE AUXILIARES JURISDICCIONALES

ARTÍCULO 398. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa

de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 (EP, 06-10-04), por el artículo 1 de la Ley N.º 26643 (EP, 26-06-96) y por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572 (EP, 05-01-96).

9.1. La figura penal

La presente figura penal de corrupción activa es una **modalidad agravada** con relación a la establecida en el artículo 397 del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa complementariedad con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395, pero en modo alguno se puede señalar indiscriminadamente que constituya la versión activa del cohecho pasivo; pues hay marcadas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos. En efecto, si se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos especiales (juez, árbitro, etc.) y en el empleo de los mismos medios corruptores hay identidad, sin embargo, **el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad**, e igualmente diferente es el componente finalístico y la penalidad. Ambas figuras

guardan estrecha relación, pero tienen autonomía legal al momento de ser aplicadas (tipificación), al supuesto de hecho delictivo así como al haberse establecido penas privativas de libertad distintas.

9.2. Bien jurídico específico protegido

La norma protege la correcta marcha de la Administración pública así como garantizar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios nominados en el tipo penal.

9.3. Sujeto activo: autoría

Es una **persona indeterminada**, esto es, puede ser un particular: una persona natural, los directivos o representantes de empresas privadas, abogados independientes o que forman parte de un estudio de abogados, etc. También puede ser sujeto activo otro funcionario o servidor público que carece de las particularidades de vinculación funcional de los nominados por el tipo penal. Estos diversos contextos de autoría traerán consigo la respectiva inhabilitación para dichos agentes.

Los destinatarios de la promesa, donativo, ventaja o beneficio involucrados con el cohecho activo específico (de manera exclusiva: magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo) responderán a título de cohecho pasivo específico agravado de la figura del artículo 395, de recibir o aceptar «a sabiendas» (en el supuesto del primer párrafo del artículo 395) los medios corruptores o, en todo caso, con base en el cohecho pasivo (artículo 393, primer supuesto típico: modalidad de aceptación).

9.4. Sujeto pasivo

El titular del bien jurídico afectado es el Estado.

9.5. Comportamiento típico

Los **verbos rectores** son ofrecer, dar o prometer.

Los **medios corruptores** son promesa, donativo, ventaja o beneficio.

El **objetivo del comportamiento típico** es influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de los funcionarios específicos aludidos en el tipo penal.

a. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo

El sujeto activo del delito desarrolla **actos de ofrecimiento, entrega o efectúa promesa de donativo, ventaja o beneficio**. El tipo penal hace uso de dos verbos rectores que pueden complicar un poco la interpretación de su significado de cara al derecho penal: «ofrece» y «promete». En una lectura rápida, ambos términos parecen tener igual significado, sin embargo, existe una diferencia de intensidad y temporalidad. En la promesa estamos ante un ofrecimiento o compromiso a futuro de hacer la entrega o dar la prestación de la ventaja o beneficio; en cambio, el ofrecimiento tiene un rango significativo de concretud más cercana e intensa. Cuando el sujeto ofrece no solo promete, esto es, no deja al futuro la concreción del donativo, ventaja o beneficio, le comunica al magistrado, fiscal, árbitro perito, o cualquiera de ellos la entrega inmediata de aceptar este el pacto ilegal que le propone. La cercanía entre el ofrecimiento y la entrega es así una cuestión de cercana inmediatez, lo que le permite a la promesa tener un campo propio de sentido.

Los medios corruptores están así colocados en función la finalidad ilegal buscada por el agente corruptor en clásica figura de soborno de funcionarios.

Como se colige con facilidad, es este un **delito que puede admitir concurrencia necesaria** (bilateralidad o de complementación múltiple), cuando el sujeto indeterminado (uno o varios) acuerda o pacta con el funcionario concreto (magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, etc.) para la búsqueda de un propósito definido: influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de estos funcionarios. Sin embargo, la bilateralidad puede no darse y quedar la promesa o el ofrecimiento en solo conductas imputables al sujeto indeterminado, a diferencia de lo que sucede con la entrega que necesariamente se corresponde con la recepción del cohecho pasivo específico.

El **tipo penal mantiene cierta autonomía**, no está construido en relación de necesidad obligada con el cohecho pasivo específico del artículo 395 del Código Penal: la descripción típica admite algunas diferencias, la pena es distinta.

La tipicidad del hecho se produce tanto **(i)** al ofrecer o dar (entregar) donativo, ventaja o beneficio como **(ii)** al hacer la promesa de donativo, ventaja o beneficio. En el primer caso estamos ante un delito de simple actividad y peligro (ofrece) y de resultado (da) en el segundo frente, a otro de simple actividad y peligro.

La redacción original del tipo penal empleaba en plural los medios corruptores. De lo que, y mediante una interpretación literal del texto, podía colegirse que la exigencia típica no resultaba suficiente si se hacía un donativo en singular, requiriéndose normativamente varios donativos (regalos, obsequios, dádivas); interpretación válida igualmente para los demás medios corruptores. Sin embargo, tal exégesis tenía el defecto de pecar por exceso, lo que nos conducía a ciertas incongruencias, ya que varios donativos pueden ser de magnitud inferior a uno solo hecho por el sujeto activo y, además, que no es tanto el monto o el número lo que define el cohecho activo, sino la voluntad y suficiencia del medio corruptor.

Solo son autores de este delito los sujetos indeterminados, los funcionarios específicos designados involucrados responderán a título de cohecho pasivo específico agravado o de cohecho pasivo simple, según sea el caso.

La figura penal no descarta que sean utilizadas terceras personas que faciliten o viabilicen la ejecución o consumación del delito.

b. El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia

Al ofrecer, dar o prometer los donativos, ventajas o beneficios, la finalidad buscada por el sujeto activo del delito es el influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de los aludidos funcionarios públicos.

«Influir» es la capacidad de generar un estado de motivación tal de obrar en la voluntad o en los actos de otra persona a efectos de lograr resultados deseados o que se encuentren conforme a las expectativas del agente corruptor. La influencia es una forma (atenuada) de poder —en diversidad de intensidades—. No es un doblegar la voluntad de otro, es sutilmente moverla hacia una finalidad pretendida, pero sin que el órgano de la decisión (en este caso cualquiera de los sujetos nominados en el tipo penal 395) se encuentre imposibilitado de reaccionar o de obrar en contrario.

La **influencia** a la que se refiere el código en el artículo 398º es la que resulta del efecto motivador del donativo, ventaja o beneficio aceptado o convenido por el magistrado, para un acto futuro: su decisión. Es difícil evaluar la real eficacia motivadora del medio corruptor en la convicción del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo para decidir conforme a las expectativas del agente sobornador, pues ello puede prestarse a subjetivizaciones, razón por la cual interesa mayormente el dato objetivo de la existencia de procesos pendientes de decisión o resolución que

interesen a quien da o promete y que pueden vincular los actos del magistrado, fiscal, etc. Es esta una diferencia básica en relación con el cohecho pasivo específico del artículo 395 que alude a influir en la decisión de un «asunto». Que el magistrado haya sido influido o no es una constatación que excede los alcances práctico-preventivos de la norma; basta para los fines del tipo penal que se haya producido el comportamiento típico del agente y, de ser el caso, el pacto ilícito y que se presuma racional y objetivamente que el objeto del mismo es para incidir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Sobre la **naturaleza del efecto deseado**, es decir, sobre la orientación del acto de «influir», pueden presentarse las hipótesis siguientes: a) que el objetivo buscado por el agente que soborna sea lograr decisiones conforme a derecho; b) que sea para obtener una decisión a favor contrariando el derecho; c) que el efecto buscado sea simplemente buscar resultados perjudiciales a la otra parte conforme o contra derecho, inclusive, no siendo parte en el proceso dicho sujeto activo.

En cuanto, a la **decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia**. El efecto motivador de los medios corruptores no está dirigido a influir o condicionar decisiones menores o asuntos secundarios —gran diferencia de lo que puede acontecer con el cohecho activo genérico del artículo 397—, el comportamiento ilícito del agente apunta a asuntos gravitantes, que involucran aspectos significativos del conocimiento o competencia de los sujetos nominados, entre los que destacas la toma de decisiones parciales o final, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor y dándole sentido de proporcionalidad a la pena conminada. Las decisiones se entienden en función a los asuntos o esferas de competencia de los magistrados citados en la norma. Por ejemplo, en el caso del fiscal, no hay duda de que sus formalizaciones de investigación, o los archivos de investigación preliminar, ya como asunto o como acto de competencia, son actos gravitantes (impor-

tantes, transcendetes); mientras que sus dictámenes o requerimientos de acusación, que constituyen a veces la motivación fundante de la decisión, pueden ser también objeto susceptible de la injerencia externa a nivel de cohecho activo específico.

La decisión es producto de un proceso de múltiples confluencias y condicionamientos: valoración de pruebas, determinaciones legales, argumentaciones, convicción, a los que se agregan los factores extralegales (idoneidad profesional y moral del juez y de los demás funcionarios especificados), así como de otros elementos de diversa y difusa concurrencia. En este contexto se entiende ubicada la frase que usa el tipo: «influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia».

La frase «**asunto sometido a su conocimiento o competencia**» permite entender, asimismo, un criterio de temporalidad que destaca la inminencia o inmediatez de la decisión del fiscal o magistrado en su esfera o instancia de su competencia.

9.6. Elemento subjetivo

El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el sujeto indeterminado.

9.7. Consumación y tentativa

Esta figura clásica de soborno de funcionarios que actúan en la administración de justicia jurisdiccional, administrativa, arbitral, es de naturaleza activa, de carácter instantáneo y plurisubjetiva.

El delito se consuma, en el supuesto de dar donativo, ventaja o beneficio, al producirse la entrega (delito de resultado). En los supuestos de ofrecer o prometer donativo, ventaja o beneficio, con la simple actividad que encierra el contenido significativo de dichos

verbos rectores (delito formal). Que se produzca o no el efecto deseado excede la tipicidad del delito (fase de agotamiento).

La tentativa será perfectamente admisible en el primer supuesto.

9.8. Corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (párrafo segundo del artículo 398)

Esta modalidad delictiva tiene un **injusto penal de menor desvaloración** que la contenida en el primer párrafo del artículo 398, lo que explica la penalidad atenuada.

El secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete a los que se dirige la acción del sujeto activo del delito **poseen ámbitos de competencia estrictos** y de **menor relevancia** para la configuración final de la decisión a través del fallo, pero sus aportes tienen una apreciable incidencia en la formación de las decisiones judiciales, estando supeditados, por cierto, a la libre y razonable apreciación y convicción del magistrado.

La referencia a tales intervinientes, en su calidad de autores, se halla efectuada en el contexto de actuación judicial. El tipo penal no ha extendido expresamente sus ámbitos de injerencia, en esta modalidad atenuada de delito, a los auxiliares de la justicia administrativa ni a los auxiliares (abogados, técnicos) que prestan actos de servicio en el Ministerio Público colaborando con las competencias de los fiscales. De lo que hay que entender que ampliaciones de tipicidad por la materia y por el sujeto especial hacia dichos ámbitos para considerar sujetos activos del delito sería practicar analogía *in malam partem,* dado que el tipo penal no ha utilizado la frase «cualquier otro análogo a los anteriores».

Todos los sujetos nominados y comprendidos en este segundo párrafo del artículo 398 se hallan participando con sus aportes en planos correlacionados y diversos de la actividad jurisdiccional, jugando un rol de apoyo a la labor de los jueces en todo nivel y jerarquía. Incluso, la alusión al traductor e intérprete está hecha en esa misma línea.

El caso del testigo es *süi generis*, pues no es un auxiliar jurisdiccional, tampoco un órgano de auxilio judicial, menos un funcionario público, su presencia rompe la coherencia de los sujetos activos del cohecho pasivo específico atenuado, recogidos en este tipo penal de infracción de deber.

JURISPRUDENCIA

***Cohecho activo específico considerado como un cohecho activo agravado.* Cuarto.** [...] 4.2. [...] v) [...] [El] delito de corrupción activa de funcionarios se encuentra previsto y sancionado por el artículo 398 del Código Penal. Es considerado como un cohecho activo agravado, en donde el comportamiento típico consiste en la entrega o promesa de donativo o ventaja, con la finalidad de influir en la decisión de un proceso pendiente de resolución. En este sentido, la descripción típica presupone un acuerdo bilateral entre el funcionario con poder de decisión y el sujeto activo que hace entrega o promesa de donativos o ventajas; que el núcleo fundamental del delito reside en la obtención de un *«acuerdo injusto»*, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo o intento de acuerdo entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro (de manera tal que el pago o donación del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es, el delito de cohecho porque no obedece al «pacto»). vi) [En] consecuencia, siendo el cohecho un delito contra la administración pública que constituye un acto bilateral que ataca a la rectitud y buen proceder propios del funcionario o servidor público en el cumplimiento de sus funciones, corrompiéndole a base de dinero, dádiva o promesa, para obtener el cohechador un beneficio justo o injusto a través de la acción u omisión de dicho funcionario, el interés jurídico tutelado es el que tiene la Administración pública de que el desarrollo o funcionamiento de la actividad estatal discurra en todos sus ámbitos —legislativo, ejecutivo, electoral, judicial, etc. por un cauce de honradez sin ser cohechado; y, del mismo modo, también se considera que la lealtad es afectada y el respeto a la administración pública.

R. N. N.º 561-2011-Lima, del 07-12-11, FJ 4.2. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Cohecho activo específico. Cuarto. [El] comportamientos del recurrente estaría subsumido en el primer párrafo del artículo 398 del Código Penal, ya que la promesa de un beneficio futuro al Fiscal Provincial, con el objeto de influir en la decisión del referido expediente sometido a su conocimiento, sería sancionado como delito de cohecho activo específico, no por el delito de tráfico de influencias, ya que no existe prueba o evidencia alguna de que el recurrente haya ofrecido a [el supuesto beneficiado] interceder en el proceso aludido a cambio de que este otorgara al magistrado un donativo, ventaja o beneficio para que se investigue el delito materia de acusación.

R. N. N.º 1419-2011-Junín, del 13-03-12, FJ 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

9.9. Penalidad

- En su modalidad principal (corrupción activa de magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo): pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.
- En su modalidad atenuada, con un injusto penal de menor desvaloración (corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo): pena privativa de libertad será no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.
- En su modalidad derivada (corrupción activa efectuada exclusivamente por abogado o miembro de un estudio de abogados): pena privativa de libertad será no menor de 5 ni mayor de 8 años, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.

10. EL DELITO DE COHECHO POLICIAL

El delito de cohecho policial, en sus cuatro modalidades (pasivo propio, pasivo impropio, activo propio y activo impropio), incorporado el 7 de enero del 2017 al Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N.° 1351, esto es, por decisión legislativa del Poder Ejecutivo, se inscribe en una discutible política criminal orientada a responder y enfrentar uno de los focos de masiva incidencia en materia de prácticas de corrupción. Los medios de comunicación masivos, las filmaciones y las denuncias ciudadanas han colocado a las funciones y servicios policiales en uno de los escenarios protagónicos en los que con extensiva recurrencia se realizan estos tipo de anomalías en el desarrollo de la función pública.

Lo debatible de esta criminalización legal es la opción legislativa de personalizar el tipo penal, esto es, de concretarlo en el «miembro de la Policía Nacional», con lo cual se acude a un criterio de técnica legislativa nada afortunado, dado que puntualiza lo que en el tipo penal debe poseer un marco de relativa generalidad en el círculo posible de autores, más aún si la conducta típica atribuida al miembro policial es la misma de los tipos básicos. El solo hecho de ser miembro de la Policía Nacional no es razón suficiente ni desde perspectiva criminológica, menos desde la naturaleza del injusto (desvaloración-lesividad), para acudir a estas fáciles respuestas legislativas de crear tipos penales innecesarios, dado que si el legislador buscaba agravar la pena, en razón de la exclusiva calidad del efectivo policial, pudo optar por colocar agravantes a los tipos básicos y no crear tipos legales sin diferencia cualitativa por la conducta típica.

Pueden advertirse dos implicancias prácticas, la primera de difícil manejo por parte de los operadores jurídicos, y la segunda de alcances ulteriores: **(i)** *ad simile* de lo que ocurre con el cohecho específico de magistrados, la tendencia a abusar del tipo penal al haberse simbolizado la locución genérica «miembro de la Policía Nacional», que incluso puede jugar un efecto estigmatizante en

afectación de la personalidad social de tan importante sector público; **(ii)** la puesta en mesa de las decisiones legislativas de un indeseable criterio de criminalizaciones nominadas carentes de injusto penal propio y llevadas a la estructura del Código Penal sin discusión vía decisiones del Ejecutivo.

10.1. Cohecho policial pasivo propio (artículo 395-A)

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.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 07-01-17)

El delito de cohecho policial pasivo propio, que tiene como sujeto activo al miembro de la Policía Nacional, reproduce los comportamientos típicos del artículo 393 del Código Penal, que regula el tipo penal básico o genérico de cohecho pasivo, es decir, las modalidades *(i)* acepta o recibe: 5 a 10 años de pena privativa de libertad; *(ii)* solicita directa o indirectamente: 6 a 10 años de pena, y *(iii)* condiciona su conducta funcional: 8 a 12 años de pena privativa de libertad.

Se trata, como en todo cohecho pasivo propio, de comportamientos delictivos que tienen su fuente u origen en el propio efectivo policial, quien infringiendo sus deberes funcionales reglados o derivados quebranta el deber de imparcialidad al someter a compraventa sus actos decisionales o prestaciones funcionales. Al haberse construido este tipo penal con las mismas modalidades delictivas que registra el delito de cohecho pasivo propio, para efectos de mayores precisiones remitimos al estudio efectuado a dichos comportamientos típicos en el tipo penal 393 del Código Penal.

Modalidades de cohecho pasivo propio que tienen al igual que en el artículo 393 sus escalas de penalidad ascendentes. La pena privativa de libertad, al tratarse de un tipo penal agravado, en relación con el tipo básico del artículo 393 ha sido incrementada en todas las variantes. Al igual que lo que acontece en el artículo 393, la pena privativa de libertad está acompañada de las inhabilitaciones comprendidas en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, agregándose la inhabilitación 8 referida a la privación de grados policiales, títulos honoríficos y otras distinciones.

Por ser un cohecho pasivo propio que se comete en el ámbito de las competencias policiales, las acciones u omisiones penalmente relevantes estarán relacionadas con las funciones y servicios policiales a cargo o que administran los miembros de la Policía Nacional y que suponen violación o quebrantamiento de sus obligaciones derivadas de sus específicas competencias y atribuciones normativas

en tanto efectivos policiales, esto es, integrantes de un organismo público que cumple funciones constitucionales, legales y reglamentarias en múltiples campos.

La locución «miembro de la Policía Nacional» es muy genérica y puede traer problemas de interpretación acerca de su significado y alcances en la lectura penal. No queda claro si la designación del autor está formulada estrictamente en relación con un policía nacional, a uno en servicio activo y en cumplimiento concreto de funciones, tampoco si deba entenderse solo en cumplimiento de funciones, excluyendo los actos de servicios policiales. La vaguedad de la descripción afecta incluso al modo de vinculación de los actos del efectivo con la función policial, pues considerar «obligaciones derivadas de la función policial» no es cubrir propiamente los actos de función y servicios policiales. Habrá que interpretarlos en sentido amplio.

Se pudo haber optado, por ejemplo, por la frase «el Policía Nacional en cumplimiento de sus obligaciones inherentes a la función policial o derivadas de la misma».

10.2. Cohecho policial pasivo impropio (artículo 395-B)

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.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 07-01-17).

El tipo penal cubre aquí los comportamientos típicos de corrupción cometidos (mediante acción u omisión) por el miembro de la Policía Nacional que no implican violación de los deberes del cargo, función o atribuciones, sino cumplimiento de los mismos, esto es, de los actos propios de la función policial bajo el efecto de los mecanismos corruptores. El miembro policial que lleva a cabo sus cometidos funcionales o de servicio policial acepta, recibe o solicita donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio. Modalidad de corrupción castigada con pena relativamente menor que la consignada para el cohecho policial pasivo propio: 4 a 7 y 5 a 8, respectivamente, acompañada de las mismas inhabilitaciones (incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal).

El cohecho policial pasivo impropio, al igual que el pasivo propio policial abarca la modalidad acepta o recibe que supone intervención de terceros que ofrecen o entregan, configurando estructuras complejas de corrupción (cohecho activo propio e impropio en el ámbito de la función policial), pero contiene igualmente un cohecho de simple actividad (mediante solicitud) que no requiere prestaciones de terceros para consumarse. En cambio, no abarca el condicionamiento o cohecho extorsivo que sí está regulado en el artículo 395-A.

Remitimos para mayor precisión a los comentarios realizados al artículo 394 del Código Penal.

10.3. Cohecho activo propio e impropio en el ámbito de la función policial (artículos 398-A y 398-B)

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.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 07-01-17)

Artículo 398-B. En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio 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.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 07-01-17)

El delito de cohecho activo propio e impropio, regulado en un mismo tipo penal en párrafos separados, y referidos al ámbito de la función policial tiene como autor a tercera persona que

ofrece, da o promete a un miembro policial donativo o cualquier ventaja o beneficio.

Las diferencias entre el cohecho activo propio y el cohecho activo impropio surgen cuando en el primer caso el autor ofrece da o promete medio corruptor para que el efectivo policial incumpla, mediante acción u omisión sus obligaciones funcionales; en el segundo caso, para que las cumpla bajo el efecto de dichos motivadores ilegales. Vale decir, el comportamiento delictivo tiene su fuente de origen en persona distinta a la del efectivo policial, a quien el autor orienta o trata de orientar en su accionar para lograr de aquel prestaciones funcionales ilegales. Remitimos al artículo 397 (cohecho activo activo genérico) para una mayor pormenorización en el comentario.

La penalidad es de cuatro a ocho años (cohecho activo propio) y tres a seis años (cohecho impropio), respectivamente. El tipo penal no establece específicamente pena de inhabilitación, sin embargo, se estará a lo señalado en el artículo 426 del Código Penal.

Este delito tiene su contraparte en los artículos 395-A y 395-B.

11. BIBLIOGRAFÍA: DELITOS DE CORRUPCIÓN Y COHECHO PASIVO-ACTIVO

ACKERMAN, Susan Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI, 2001.

ALAN CASTILLO, David A. Los delitos de corrupción de funcionarios como potenciales delitos de lesa humanidade. *Actualidad jurídica*, 2017, Número 35, Instituto Pacífico, 2017.

ALESSIO PALUMBO, Pietro. *Anticorruzione, trasparenza, acceso civico e Whistleblowing*, Halley, Matelica, 2018.

ALONSO, José Antonio y MULAS GRANADOS, Carlos (directores). *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*. Madrid: Fondo Económico de Cultura, 2011.

Andrés; Arroyo; Auger; Cortina; Garzón; E. Jiménez Sánchez; Jiménez De Parga; Lamo De Espinoza; López Calera; Malem; Pradera; Sánchez Morón; Laporta Álvarez. *La corrupción política*. Alianza Editorial, Madrid, 1997.

Altaraz Marín, David Josupe. Idoneidad y contenido típico del verbo rector *ofrecer* en el tipo penal de cohecho activo genérico. A propósito del caso *Andahuasi*. *Actualidad Penal*, vol. 5. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

Badie, Francois. Miexus prévenir le riesque de la corruption pour l´enterprise, en Michel, Hunault (Sous la Direction), *La lutte contre la corruption, le blanchiment, le fraude fiscale. L´exigence dé éthique dans les mouvements financiers*, Sciences Po les Presses, Paris, pp, 175-200.

Basadre, Jorge. *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú contemporáneo*. Lima: Editorial Milla Batres, 1981.

Benavente Chorres, Hesbert y Calderón Valverde, Leonardo. *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta penal, 2012.

Blossiers Hume, Juan José. *Corrupciones & El sistema internacional anticorrupción*. Lima: Egacal, 2008.

Bobadilla Bocanegra, Rocío. La dificultad probatoria del delito de cohecho pasivo: hacia la redacción del tipo penal basado en la factibilidad heurística y probática. En *Gaceta penal & procesal penal*, Número 104. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

Bonfils, Philippe; Mucchielli, Laurent et Roux Adrien (Direction). *Comprendre et lutter contre la corruption*, Presses Universitaires d´Aix-Marseille, 2015.

Brigant, Jean-Marie (Direction). *Le riesque de corruption*. París: Dalloz, 2018.

Bustos Ramírez, Juan (director). *Corrupción de funcionarios públicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

Burgo, Hernando, Política e impunidad: siempre la paja en el ojo ajeno, en *Quehacer. Corrupción Informe especial*, 95, mayo-junio 1995. Lima: Desco, Fondo Editorial, 1995.

CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo. *Poder, derecho y corrupción*. México: Siglo XXI, 2003.

CARPIO BRIZ, Daniel. Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia organizada en el contexto de la corrupción pública y su tratamiento jurisprudencial. En Joan Queralt Jiménez y Dulce Santana Vega (Directores), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CATALÁN SENDER, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Barcelona: Bayer Hnos., 1999.

CINGARI, Francesco (a cura di). *Corruzione: strategie di contrasto*. Firenze: Firenze University Press, 2013.

CORTINA, A; PECES BARBAS, G; VELASCO, D; ZARZALEJOS, J. A. *Corrupción y ética*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996.

CRUZ CASTRO, Fernando. La investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos, en Juan Bustos Ramírez (director). *Corrupción, pena y Estado. Corrupción de funcionarios públicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

DE LA MATTA BARRANCO, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre el cohecho activo*. Granada: Comares, 2004,

DE PABLO SERRANO, Alejandro. La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York. En María Puente Aba (directora) y Eva María Souto García (coordinadora), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada: Editorial Comares, 2016.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El delito de cohecho. En Ade-la Asua Batarrita. Delitos contra la Administración Pública. Bilbao:Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

DIEZ-PICAZO, Luis María. La criminalidad de los gobernantes. Barcelona: Crítica, 1996.

EIGEN, Peter. *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*. Barcelona: Planeta, 2003.

ETKIN, Jorge Ricardo. *La doble moral de las organizaciones. Los sistemas perversos y la corrupción institucionalizada*. Madrid: MC Graw-Hill, 1994.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales. En Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós; Luis Contreras Alfaro. *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005.

FORO EMPRESARIAL APRI AA. VV (obra colectiva). *El lobby en España*. Granada: Algón Editores, 2014.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Controles y descontroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*. Washington, 2007.

FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y FERRER BELTRÁN, Jordi (editores). *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*. Marcial Pons, 2018.

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GALAN MUÑOZ, Alfonso. Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras, en Angela Matallín Evangelio, *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GARCÍA CAVERO, Percy. Los nuevos delitos de corrupción en la legislación penal peruana, en *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 122. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. La corrupción, en *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 2004.

GARZON REAL, Baltazar. *El fango. Cuarenta años de corrupción en España*. Barcelona: Debate, 2015.

GIL VILLA, Fernando. La cultura de la corrupción. Madrid: Maia Ediciones, 2008.

GIMENO SENDRA, Vicente. La corrupción en España: propuestas de reforma. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (Director José Urquizo Olaechea), Tomo 25. Lima: SJB Fondo Editorial, Instituto de Derecho Penal, 2013.

GONZÁLEZ, Joaquín. *Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*. Madrid: Closas-Orcoyen, 2000.

GONZÁLEZ TORRES, Isela Irene. El delito de cohecho como manifestación de la corrupción y sus aspectos problemáticos en el ámbito de su investigación. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, año 2, número. 2. Chimbote, 2016.

GUTIERREZ CRESPO, Fredy. La «Centralita» y la criminalidad organizada en los delitos de corrupción de funcionarios. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, año 2, número 2. Chimbote, 2016.

HASSEMER, WINFRIED. Posibilidades jurídicas, policiales, y administrativas en la lucha contra la corrupción, en Juan Bustos Ramírez (director). *Corrupción, pena y Estado. Corrupción pena y Estado. Corrupción de funcionarios públicos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

HUARCAYA RAMOS, Betty Silveria. El delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial. Análisis del artículo 395-A del CP modificado por el D. Leg. 1243. En *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 108. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

HUBER, Ludwig. *Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción*. Lima: Proética-IEP, 2008.

HULA, Kewin W. *Cabildeo/Lobbying*. Mexico: Limusa Noriega Editores, 2002.

HUNAULT, Michel (Sous la Direction). *La lutte contre la corruption, le blanchiment, le fraude fiscale. L´exigence dé éthique dans les mouvements financiers*, SciencesPo, Les Presses, Paris, 2017.

Hurtado Pozo, José, Corrupción: el caso peruano. En Bustos Ramírez, Juan (director). *Corrupción, pena y Estado. Corrupción de funcionarios públicos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

Jiménez Niño, Sergio. «El delito de cohecho pasivo: modalidades, consumación y flagrancia». *Actualidad Penal*, vol. 3. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

Kuhlen, Lothar. Aktuelle Probleme des deutschen Korruptionsstrafrechts, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* (director José Urquizo Olaechea), Tomo 26, Lima, SJB Fondo Editorial, Instituto de Derecho Penal, 2013.

Klitgaard, Robert, Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción, en Juan Bustos Ramírez (Director), *Corrupción, pena y Estado. Corrupción de funcionarios públicos,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995 (pp. 245 a 260).

Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción.* La Paz; Fundación Hans Seidel-Editorial Quipus, 1990.

L Arroyo, P. Andrés; Auger; Cortina, A; Garzón, E. y varios (editores). *La corrupción política.* Barcelona: Alianza Editorial, 1997.

Lébegue, Daniel. Lutte contre la corruption: quel role et quels moyens d´action pour la société civile? L´exemple de Transparency International. En Michel Hunault, Michel (Sous la Direction), *La lutte contre la corruption, le blanchiment, le fraude fiscale. L´exigence dé éthique dans les mouvements financiers*, Sciences Po les Presses, Paris.

Livianu, Roberto. *Corrupcao e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil.* Janeiro: Coimbra Editora, 2007.

López Flores, Luciano. *Anatomía del transfuguismo: propuestas desde el control político-jurisdicional.* Lima: Enma Editores, 2012.

Manfroni, Carlos. *Soborno transnacional.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Manfroni, Carlos. *La Convención Interamericana Contra la Corrupción anotada y comentada.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa. La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasia?, en Joan Queralt Jiménez y Dulce Santana Vega (directores). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MERLONI, Francesco. La legge anticorruzione e le garanzie delli imparzialitá soggettiva dei funzionari pubblici. En Francesco Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*. Firenze: Firenze University Press, 2013.

MUJICA, Jaris. Estrategias de corrupción. Poder, autoridad y redes de corrupción em espacios locales, en UGARTECHE, Oscar (compilador), *Vicios públicos. Poder y corrupción*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 2005.

MUÑOZ JOFRE, Jaume. *La España corrupta. Breve historia de la corrupción en España (De la restauración a nuestros días, 1875-2016)*. Granada: Comares, 2016.

NUÑEZ PAZ, Miguel Angel. *Corrupción y blanqueo de dinero: la agravación relativa a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo*. En Ángela Matallín Evangelio. *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: um foco de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PASARA, Luis. La corrupción (El estado de la cuestión). En *Boletín Comisión Andina de Juristas*, 1994.

PARISI, Nicoletta. *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione,* CEDAM. Milano, 1996.

PÉREZ ARROYO, Miguel. Suspensión de los plazos de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos. En Edgar Reymundo Mercado (compilador). *Lucha contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2008.

PEÑA KOLENKAUTSKY, Saúl. Reflexiones sobre corrupción: patologia mental, social, política y ética. En *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*. Lima: Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial, 2007.

PIERINI, Jean Paul. *La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero. Repressione nell'ambito del contrasto dela criminalitá organizata*. Torino: Giappichelli Editore, 2016.

PRADERA, Javier, *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2014.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan y SANTANA VEGA, Dulce (directores). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

POOLE, Deborah. Los dos cuerpos del juez: comunidad, justicia y corrupción en el Perú de los neoliberales. En Ugarteche, Oscar (compilador). *Vicios públicos. Poder y corrupción*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 2005.

PORTILLA DEL BUSTO, Miguel (director). *Analizando la corrupción en el Perú (mesa redonda)*. Lima: CERP, 1997.

QUIROZ, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*, Traducción de Javier Flores Espinoza. Lima: IEP, 2013.

REYNA ALFARO, Luis. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, en Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

REYMUNDO MERCADO, Edgar (compilador). *Lucha contra la corrupción*, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2008.

RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. Buenos Aires: AD-HOC, 2005.

RÍOS CORBACHO, José Manuel. El nuevo delito de corrupción en el deporte. Un acercamiento al delito 284 BIS.4 CP. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (director José Urquizo Olaechea). Tomo 24. Lima: Instituto de Derecho Penal - Idemsa, 2012.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latino-americana. En Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós; Luis Contreras Alfaro. *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005.

ROBLEDO, Jorge Enrique. *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia*. Bogotá: Aguilar, 2016.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; CONTRERAS ALFARO, Luis. *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coordenadores), *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, 2017.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RODRÍGUEZ TINEO, Duberly Apolinar. Imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos. En Edgar Reymundo Mercado (compilador). *Lucha contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2008.

ROJAS VARGAS, Fidel. ¿Dos soles de coima y dos millones de dólares de soborno deben tener idêntica penalidad? Los direccionamientos y limitaciones técnicas de nuestro Código Penal. en Fidel Rojas Vargas. *Derecho penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.

ROJAS VARGAS, Fidel. El *extraneus* en el delito de cohecho pasivo: inicial aproximación al rol y ubicación dogmático-penal de los terceros en los delitos especiales propios. En Fidel Rojas Vargas. *Derecho penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel. ¿Por qué fracasan las estratégias y diseños oficiales anticorrupción. *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, año 01. Lima, 2011.

Rojas Vargas, Fidel. Sistema acusatorio, Código Procesal Penal y lucha contra la corrupción en el sistema peruano de administración de justicia. *Revista Institucional,* número 8. Lima: Academia de la Magistratura-JUSPER, 2008.

Rojas Vargas, Fidel. Los delitos de corrupción de funcionarios en el ámbito de la Administración Pública. En *Oficina de Control de la Magistratura, técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*, proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial. Lima, 2007.

Sabán Godoy, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1991.

Romero Garrido, Juan. Técnicas criminalísticas para la investigación de casos de corrupción y el desarrollo de operativos: intervenciones, recojo de información, agente encubierto y protección de testigos.En *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*, proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial. Lima, 2007.

Rubio Marcial. El bajo costo de la corrupción. En *Quehacer. Corrupción Informe especial*, 95, DESCO. Lima: Fondo Editorial, 1995.

Salem Seña, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

Saltos Galarza, Napoleón. *Ética y corrupción, estudio de casos: informe final del proyecto «ética y corrupción»*. Cuenca: Proyecto Responsabilidades anticorrupción en las américas, 1999.

Sánchez Mercado, Miguel Ángel. Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. En José Francisco Caballero Castillo y Harold Joseph Ruiz Solís (coordinadores). *Cuestiones de derecho penal, procesal penal y política criminal*. Lima: Ara Editores, 2010.

Tapia Liendo, Gina Pamela. Valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta jurídica, 2016.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *Transfugismo parlamentario y democracia de partidos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

TREVIJANO ETCHEVERRÍA, José María. *Contra la corrupción en la administración: defensa de los accionistas minoritarios frente a las grandes corporaciones*. Madrid: Libroslibres, 2007.

ÜBERHOFEN, Michael. *La corrupción en el derecho comparado*. Buenos Aires: Konrad Adenauer, CIEDLA. 1997.

UGARTECHE, Oscar (compilador). *Vicios públicos. Poder y corrupción*. Lima, Lima: Fondo de Cultura Económica, 2005.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. Estrategias operativas para la lucha contra la corrupción: diseño y ejecución. En *Oficina de Control de la Magistratura, Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*. Lima: Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia-Poder Judicial, 2007.

VALEIJE, ALVAREZ, Inma. El transfuguismo bajo una perspectiva penal. En *Tratado de derecho penal. Desafíos del derecho penal contemporáneo*. Trujillo: Normas legales, 2004.

VALEIJE, ALVAREZ Inma. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: Edersa, 1996.

VARGAS HAYA, Héctor. *Perú: 184 años de corrupción e impunidad*. Lima: Alberto Soler Peña Antonio de la Puente Uceda Editores, 2005.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000.

WIENER FESCO, Raúl. *Fe de erratas. Historias de corrupción*. Lima: Rotativa Service SAC, 2011.

YABEN PERAL, Miguel. *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública*. Barcelona: Bosch, 2015.

ZEGARRA, Luis Felipe. *Causas y consecuencias económicas de la corrupción: un análisis teórico y empírico*. Lima: Universidad del Pacífico, 2001.

Capítulo ocho

FORMAS ESPECIALES DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

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

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal peruano, al igual que otras legislaciones extranjeras latinoamericanas, contempla al interior de su catálogo de delitos funcionales **tipos especiales de corrupción** que no gozan necesariamente de unanimidad en el ámbito legislativo comparado, en la doctrina y la voluntad política de criminalización de otros contextos normativos, preferentemente europeos. Estas expresiones discutibles de relevancia penal son las figuras de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias.

Se ha criticado con insistencia la **extrema apertura que ofrecen dichos tipos** penales, al describir conductas difusas y prestas a interpretación extensiva o al incorporar conceptos de difícil interpretación (caso del tráfico de influencias), así como **no señalar en forma expresa la acción típica** (caso del enriquecimiento), que los colocan en **situación de colisión con el principio de legalidad**, que exige determinación de conducta en forma expresa e inequívoca y con la regla político-criminal de necesidad, al estar ya contenidos en otros tipos penales.

Más aún, se ha puntualizado que dichas figuras penales podrían ser utilizadas como mecanismos normativos de **persecución política**, además de otras puntuales objeciones que las veremos al pasar al estudio de dichos delitos.

Son objeciones atendibles, por cierto, pero que parten de una perspectiva de origen focalizada. Son los países industrialmente desarrollados los que han levantado su voz de protesta a la crimi-

nalización de dichas tipologías criminales, orientados en lo general por la necesidad de proteger sus inversiones o sus mecanismos de penetración económica en los países menos avanzados en el ámbito del desarrollo tecnológico e industrial. Conflicto y panorama que se evidenciara notoriamente en los trabajos técnicos de redacción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción llevados a cabo en diversas reuniones en la ciudad de Viena, los años 2002 y 2003, en los cuales dos bloques claramente delimitados se pronunciaron **(i)** por la incorporación de dichas figuras penales (los países en desarrollo) y **(ii)** por su no inclusión en el documento en referencia (EE. UU., Japón, Italia y la mayor parte de los denominados países desarrollados).

En nuestra legislación penal, los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia son de reciente data y fueron ingresados al contexto de los delitos contra la administración pública del Código Penal de 1924 en junio de 1981, a través del Decreto Legislativo N.º 121.

Su capacidad de rendimiento a lo largo de dos décadas fue prácticamente simbólica. Recién se ha reparado en dichos tipos penales a partir de las denuncias a los cabecillas de la denominada «mafia fujimontesinista», las que produjeron numerosos procesos penales por enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias, en el marco del también denominado sistema anticorrupción.

2. APROVECHAMIENTO ILEGAL DE CARGO O INTERÉS INDEBIDO EN CONTRATO U OPERACIÓN

ARTÍCULO 399. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de

cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26-11-13. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 06-10-04).

2.1. Bien jurídico protegido y cuestiones varias

La ubicación de este tipo penal en el ámbito de los delitos de corrupción y la naturaleza de la conducta típica, determinan que el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado sea la **imparcialidad,** exigida a todo funcionario o servidor que interviene en asuntos públicos y, que en el presente delito es quebrada, al adoptar decisiones en un ámbito bastante sensible para la administración pública, esto es, el de las contrataciones y operaciones. Todo ello en un escenario mayor de fomento y aseguramiento del correcto funcionamiento de la administración pública.

Se trata de un intenso y abundante espacio de comportamientos ilícitos, que en tanto modalidad de corrupción se centra y totaliza en el ámbito contractual y de las operaciones, en los cuales el autor desarrolla sus competencias o actos de servicio que van a generar conductas de alta lesividad al bien jurídico, al suponer un desbordamiento inaceptable de sus atribuciones, las que sustituye por actos de incompatibilidad e intereses personales extrafuncionales, orientados al provecho, de parte del sujeto público vinculado.

La categorización de este delito como un delito, de corrupción, expresa igualmente que el funcionario que interviene en las contrataciones y operaciones abusa de las cuotas de poder que el Estado

le ha encargado y la sociedad ha confiado para hacer prevalecer sus intereses que resultan incompatibles con los de la Administración pública y por lo mismo con los cometidos funcionales.

La denominación de «negociación», con la que es conocida en la legislación penal argentina y española, y de ahí extendida a la doctrina y aceptada en la jurisprudencia, es técnicamente errónea y conceptualmente inexacta. En efecto, no hay en la descripción del tipo indicadores normativos que nos conduzcan a la idea de tratativas o pactos entre dos partes (una pública y de quienes contratan con el Estado) que puedan justificar dicha designación. Este delito es, más y propiamente, uno cuya naturaleza se centra en enfatizar actos de aprovechamiento de las atribuciones derivadas del cargo o empleo público para obtener provechos ilegítimos o si se quiere un delito de interés indebido en contrataciones públicas. No obstante ello, la frase «negociación incompatible» ha ganado fuerza en el discurso.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

La finalidad especial en el delito de negociación incompatible. Trigésimo cuarto. El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna. **Trigésimo quinto.** Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la Administración pública. El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la Administración

pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero). La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. **Trigésimo sexto.** El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado. El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario. **Trigésimo sétimo.** Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que, al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

Casación N.º 841-2015-Ayacucho, del 24-05-16, que establece como doctrina jurisprudencial los FFJJ 12 al 23 y 34 al 37. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

JURISPRUDENCIA

El delito de negociación incompatible como un delito de infracción de deber especial positivo: Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto

activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, «[...]no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo». Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tienen un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial.

R. N. N.º 722-2013-Tacna, del 01-08-2013, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, FJ 3. El mismo fundamento en R. N. N.º 1024-2013-Ica, del 23-10-13, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La negociación incompatible es un delito de peligro. Sexto. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal —importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública—; Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación con la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración pública. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no

es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80, parte *in fine* del Código Penal.

R. N. N.º 2068-2012-Lima, del 19-04-13, FJ 6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La imparcialidad: bien jurídico específico protegido en el delito de negociación incompatible. Décimo segundo. [El] bien jurídico protegido en [el] delito [de negociación incompatible] está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —*no debe asumir un interés de parle o anteponer sus intereses a los de la Administración pública*— y en sujeción a los intereses públicos [tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal]. El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó *ut supra*, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Esto significa que en algunos casos la propia Administración pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público [es un delito de simple actividad y peligro] [...].

R. N. N.º 1318-2012-Lima, del 29-08-12, FJ 12. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El delito de interés indebido en contrataciones públicas o, también, de aprovechamiento indebido de cargo público, es uno de peligro y simple actividad, que no requiere un resultado lesivo a los intereses patrimoniales de la entidad pública. Es, además, un delito monosubjetivo al no necesitar de la concurrencia de dos partes o sujetos (plurisubjetividad) para configurarse típicamente, como si sucede en otros delitos de corrupción o, específicamente, en el delito de colusión o el tráfico de influencias.

Es un delito que no puede cometerse por omisión propia o impropia, dada la alta intensidad de involucramiento comisivo que supone el verbo rector «se interesa», impensable que pueda acontecer mediante un no hacer, dejar de hacer o hacer cosa distinta, esto es, omisivamente. No obstante, en la hipótesis de interesamiento indebido, en su modalidad simulada, es posible la concurrencia de comportamientos omisivos.

JURISPRUDENCIA

Interesarse no admite un comportamiento omisivo. Cuadragésimo tercero. Este Supremo Tribunal considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto de interesarse directa o indirectamente, solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo «interesarse por acto simulado»; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal. Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad Número 2770-2011 señaló: Cabe indicar que el omitir en un inicio el informe favorable del supervisor de la obra, no constituye por sí solo un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible.

Casación N.º 67-2017 Lima, del 11-07-17, Segunda Sala Penal Transitoria.

2.2. Aspectos de tipicidad objetiva y subjetiva

Estamos, en este específico delito de infracción de deber, en presencia de una figura de interés ilícito en contrataciones que **no supone**, como componente típico, **concertación ilegal y/o fraudulenta con el contratista o arreglos con el tercero favorecido.** Delito que sí dirige a criminalizar la conducta del funcionario o servidor público que quebranta deberes normativos previos que pondrán de manifiesto, además de vulnerar imparcialidad, un quiebre de lealtad institucional para con la Administración pública, al orientar los procesos de contratación pública y operaciones, en cualquiera de sus momentos,

en provecho propio del sujeto público vinculado o a favor de tercero. Muestra así dicho sujeto una **inusual e indebida preferencia por alguna contratación** u operación, que le debe reportar provecho.

El sujeto activo es un funcionario o servidor público que por razón del cargo le concierne intervenir y no así cualquier sujeto público que ponga de manifiesto predilecciones por tal o cual contrato u operación, y que le reporten provecho, pudiendo tratarse en tales casos de supuestos de complicidad o instigación. El sujeto activo que consuma esta modalidad de peligro interviene para obtener provecho propio o para tercero

JURISPRUDENCIA

Elementos de tipicidad. Cuarto. Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente —siempre funcionario o servidor público— de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector *interesar* significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación; *en provecho propio o de terceros*, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; *cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible*, comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero —sea este una persona natural o jurídica—, mientras que la operación se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico [...].

R. N. N.º 578-2011-Junín, de 29-02-12, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. Tercero. [Si] bien el [delito de negociación incompatible] está comprendido entre los delitos contra la Administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo —principio de taxatividad—; [...] el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. **Cuarto.** [...] [En] el presente caso, [...] ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. **Quinto.** [Para] decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

R. N. N.º 661-2009-Lima, del 10-03-10, FFJJ 3-5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Este delito, en tanto expectativa positiva, supone de parte del sujeto público vinculado, actos propios del cargo en la contratación que optimicen los intereses de la administración y de la entidad pública a la que representa, que son los que precisamente desnaturaliza al poner en juego intereses de provecho propio o de tercero, ajenos o contrarios con los de la administración, prevaliéndose de las ventajas que le brinda el cargo. Confluyen así intereses públicos con intereses privados ajenos a los de la Administración pública, que marcan una evidente incompatibilidad entre lo que está obligado a hacer de conformidad a derecho y de lo que hace contrariándolo. Esta situación de incompatibilidades en el ejercicio de la función, en la doctrina argentina y española se ha llamado «desdoblamiento de la personalidad del funcionario», al intervenir como funcionario público al gestionar intereses públicos y también como particular interesado, lo que da forma a una de las modalidades de delito de infracción de deber, regulado en este caso en el artículo 399 del Código Penal.

A diferencia de lo que sucede con el delito de colusión desleal (art. 384 del Código Penal), en el delito de interés indebido en negociaciones públicas, el momento de la consumación del delito, al no estar condicionado a los actos de concertación, adquiere una mayor riqueza de realizaciones. En efecto, el tipo penal no restringe la perfección del delito a la presencia de algún momento bilateral específico de las contrataciones u operaciones, por lo que se entiende que cubre cualquier fase de las mismas sean preejecutivas o ejecutivas, interesando, en cambio, acreditar el interés ilegal puesto en la intervención o en el desarrollo de operación, que suponga una orientación o tendencia a obtener o conseguir provecho por y para el sujeto público infractor o para un tercero.

JURISPRUDENCIA

Consumación. 2.1. [Es] un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública.

R. N. N.º 3281-2011-Junín, de 24-01-13, FJ 2.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La interpretación de la redacción del tipo penal actual, reformado por la Ley N.º 28355 (6 de octubre del 2004) y por la Ley N.º 30111 (26 de noviembre del 2013), reporta una inicial **incongruencia** cuando alude al adverbio «indebidamente», pues deja abierta la posibilidad de colegir que hay formas debidas en las que el sujeto público vinculado puede interesarse en provecho propio o de terceros cuando interviene en el mundo de las contrataciones públicas, lo cual obviamente es un contrasentido y colisiona el principio constitucional de sujeción del funcionario o servidor público con los intereses de la nación. Hay que concluir que su presencia en el tipo penal es superflua y contradictoria.

JURISPRUDENCIA

Sobre el término «indebidamente se interesa». [El interesarse indebidamente debe entenderse como un] desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la Administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carác-

ter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido.

R. N. N.º 373-2007-Lima, del 04-07-07. Sala Penal de la Corte Suprema.

No se puede concluir que esta figura delictiva sea una modalidad detenida o imperfecta del delito de colusión desleal, pues su naturaleza es la de ser una **modalidad de corrupción**, en la que es **irrelevante la existencia de concertación ilegal** dirigida al escenario y contenido de la contratación u operación. Como resulta evidente, aquí no es de interés el papel que asuma el contratista, lo que permite igualmente dotarle de naturaleza y perfil propio a este delito. Sí, en cambio, interesa el rol que puede jugar la persona interpuesta (modalidad de delito en la que el sujeto público vinculado se interesa indirectamente), supuesto en el cual el autor del delito actuaría como autor mediato, de darse los requisitos de dicha modalidad de autoría.

JURISPRUDENCIAS

El delito de negociación incompatible es un delito de corrupción de funcionario. Trigésimo primero. El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (delitos contra la Administración pública), sección IV (corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios.

Casación N.º 841-2015-Ayacucho, del 24-05-16, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Sobre el núcleo rector «se interesa indebidamente». 3.1. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término *interesar* que significa «atañer», «concernir», «incumbir», «comprometer» o «importar» y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su

favor o favor de otros. **3.2**. El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la Administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente esto último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública. **3.3**. El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato u operación, por ello el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse en la etapa de la negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación.

R. N. N.º 351-2015-Del Santa, del 11-01-16. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Sujeto activo debe tener facultades y competencias para intervenir en la contratación u operación

Segundo. [...] 2.2. No es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo.

R. N. N.º 253-2012-Piura, del 13-02-13, FJ 2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Concepto de «interés directo» y de «interés simulado». Tercero. [...] [En] este tipo penal el verbo rector viene a ser «*interesarse*», el cual es entendido como la «*injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)*». Complementaremos este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien «*interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros*». Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito

pueden ser: **I)** Directamente cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; **II)** Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos, y **III)** Por acto simulado, en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la Administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares.

R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque, de 10-08-12, FJ 3. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El **interés personal,** puesto en juego por el sujeto público vinculado, para darle al contrato u operación el sesgo que satisfaga su pretensión de provecho, dada la naturaleza del contrato y operación en los que interviene, será casi siempre de naturaleza patrimonial. La posibilidad de interesamiento personal desprovisto de finalidad económico-pecuniaria o de ventaja, resulta difícil de admitir. El interés personal del agente toma del contrato y de la administración pública, a través del contrato, algo al cual no está autorizado, que no le es debido, que violenta sus deberes funcionales. El **interés es directo** cuando corresponde a un involucramiento del propio funcionario o servidor vinculado, esto es, en su calidad de tal, por razón del cargo, en el contrato u operación, promocionando sus intereses personales o de tercero, en contra de los intereses de la entidad pública a la que representa; **es indirecto,** cuando utiliza a otra persona, funcionario o particular —una persona interpuesta— que será la que intervenga y manifieste interés indebido, pero que en definitiva corresponde al del sujeto activo, quien en esta hipótesis legal igualmente vulnera sus deberes del cargo; finalmente **es simulado**, tanto cuando aparenta o finge representar los intereses públicos como cuando la contraparte

contractual, que interviene en el contrato u operación, no existe o es una fachada o simulación de intervención, pues quien interviene realmente es el sujeto público o un tercero para favorecerse u obtener provecho. En tales modalidades se busca obtener provecho propio o para tercero. Las posibilidades que admite la norma para efectos de interpretación posibilita entender que el provecho para tercero en la modalidad simulada es propiamente en provecho del sujeto público. En efecto, la simulación puede alcanzar a la propia persona jurídica que interviene en el contrato, persona que no existe.

JURISPRUDENCIA

Interés simulado del funcionario. En suma, el conjunto probatorio de cargo precedentemente analizado, revela actuación interesada del encausado, quien no negó en el decurso del proceso haber conocido y participado en la adquisición y contratación de los bienes y servicios materia del proceso, sin embargo conforme, se desprende del contenido del aludido dictamen pericial, dicho encausado oriento su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación (por no estar registrados con RUC o ante la SUNAT o en el Registro de Proveedores), o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la entidad edil, logrando con ello elegir predeterminadamente a algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios.

R. N. N.º 3281-2011-Junín, de 24-01-13, FJ 6.1.2.5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El objeto material normativo del tipo está dado por el «contrato» y la «operación» en los que interviene el sujeto público por razón de su cargo. Tales son los escenarios de actividad estatales, donde este participa como parte, y donde se van a producir los comportamientos de interesamiento indebido —directo, indirecto o simulado— de este autor del ilícito penal. Ello posibilita excluir como atípicos escenarios en los cuales no exista dicho contrato u operación: así, contratos privados en los que interviene el funcionario o servidor

público, haciendo valer o aprovechando su cargo para mejorar sus posibilidades de negociación u obtención de provecho; trámites administrativos de cobro de deuda, en los que también el funcionario puede hacer valer su cargo.

Con la frase «cualquier contrato» la norma penal alude a todo acuerdo o concurso de voluntades en el que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los que se sucedan en los procesos de selección de postores o con los realizados en sus fases ejecutivas, pero no circunscritos a los mismos, ya que la norma penal abre el espectro de aplicaciones a objetos jurídicos que se salen de la Ley de Contrataciones del Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a la normativa internacional y los usos y costumbres del comercio internacional que involucren contratos y, en suma, todo tipo de contratos, por ejemplo, en situaciones de emergencia contractual, en compras directas, en contratos interinstitucionales, etc. Hay que precisar que la norma utiliza el sustantivo genérico «contrato», no la frase «contratación pública» tampoco alude a modalidades específicas de los procesos de contratación de obras, servicios o adquisición de bienes (como sucede en el tipo penal 384), lo que le permite al intérprete realizar interpretación amplia en el límite literal posible de dicho término y en la perspectiva de tutela penal del bien jurídico.

La naturaleza genérica de «cualquier contrato» da a entender que dichos contratos en los que interviene el Estado puedan hallarse también bajo estándares de reserva o secreto, pero no así que se trate de contratos privados, pues la idea de la naturaleza privada escapa al interés público.

En cambio, por «operación» se entiende toda actividad del Estado de contenido, por lo general patrimonial, en la que actúa y decide unilateralmente (confiscaciones, liquidación de empresas públicas, etc.).

El tipo penal de **interés indebido en negociaciones incompatibles no integra como componente típico el perjuicio material** a la Administración pública (específicamente la repartición o entidad pública contratante o a nombre de quien realiza la operación el funcionario o servidor público), lo cual implica seguir considerando al delito como uno cuya naturaleza de peligro para el bien jurídico protegido ha sido focalizado por la política criminal del Estado en fase de **anticipación de tutela**. Que la repartición pública salga favorecida con los resultados del contrato u operación, realizada en un contexto en el cual el sujeto público indebidamente se favoreció mediante mecanismo corruptor, no es una realidad que el tipo penal imposibilite, lo que pasa es que resulta irrelevante para que el tipo penal deje de configurarse, dado que lo que aquí se castiga es el quiebre de imparcialidad del funcionario o servidor público que hizo prevalecer sus intereses personales de provecho a los de la administración pública. Sin embargo, habrá que estar al principio de realidad, en los lugares donde no hay posibilidad de contratar sino es con personas cercanas al funcionario vinculado, circunstancia en la cual si no se produjo afectación patrimonial al Estado o esta salió favorecida, la injerencia punitiva hallara una causa de justificación en el acto de interesamiento indebido.

El **provecho propio del funcionario o servidor vinculado**, está registrado en el tipo penal en tanto orientación de la conducta no necesariamente como provecho producido. El funcionario dirige su acción de interesamiento hacia fines de provecho cuando busca privilegiar sus intereses patrimoniales a través de sus empresas o de familiares que resultan favorecidos, valiéndose de su posición funcional de dominio o cuando orienta un contrato hacia tercero que le va a reportar un beneficio.

Se requiere, por expresa mención normativa, que el comportamiento del sujeto público vinculado esté orientado a obtener **provecho** para él o para un tercero, derivado de su intervención en el contrato

o la operación. El provecho está vinculado a conectores que lo hacen posible, y que al igual de lo que sucede con cualquier delito de corrupción, están referidos implícitamente al donativo como la ventaja o beneficio. Los alcances del provecho pueden abrir una línea de debate, pero en una interpretación restrictiva hay que afirmar la tesis de un provecho patrimonial, que no excluye la posibilidad de provechos de otra naturaleza, no así de provechos políticos, afectivos o de imagen.

Sin embargo, requiere fino análisis el estudio del **provecho para tercero** (empresas, colectivos sociales, amigos, familiares no nucleares, etc.) en los alcances de tipicidad del delito. Así, considerar que el provecho para tercero se restringe exclusivamente a una finalidad o tendencia, puede resultar difícil de admitir, no tanto porque ello no sea posible, sino por su dificultad de probanza, lo que ha llevado a entenderla luego de producido un resultado concreto de provecho, en su naturaleza administrativa o contractual, generalmente, reputando provecho para tercero cuando se le favorece con la buena pro o con el incremento solicitado, o cuando se le otorga adelantos. Esto obviamente trae dificultades de conceptualización, pues se está haciendo radicar en materia administrativa, que puede ser irregular, el provecho, en tanto tendencia subjetiva, para activar consecuencias penales sobre dicho *extraneus*, lo cual como resulta obvio puede ser erróneo, desproporcionado o por fuera de las exigencia del tipo penal.

Cuando en el delito de interés indebido en contrato público el tipo penal emplea la expresión «*en forma indirecta[...]*», está admitiendo la posibilidad de que el funcionario se sirva de terceras personas, que no sea él quien por acto propio intervenga demostrando interés, sino que utilice a otras personas particulares o sujetos públicos no vinculados, los cuales se interesarán en los contratos u operaciones en la idea de provecho ilícito para el autor funcional. Terceras personas que actuaran como cómplices. Es, por tanto, admisible la posibilidad de intervención de persona distinta al sujeto vinculado que contribuye con la ejecución del delito.

Cabe determinación, siempre que se compruebe que el instigador dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor funcional, esto es, determinó el interés indebido del sujeto público, contribuyó con el provecho del funcionario o servidor vinculado o del tercero, u obtuvo favorecimientos indebidos. El *extraneus* interviene en los delitos funcionariales con esas cualidades, con esos estatus, nunca como autor o coautor. Esto no implica considerar en toda circunstancia la existencia de partícipes, en la idea que se trata de un delito de participación concurrente o necesaria, ello constituiría un error conceptual que puede llegar a afectar el principio de legalidad.

Es importante no confundir intereses voluntaristas optimizados del funcionario o servidor público con intereses indebidos, los primeros, por lo general, están en función de la personalidad del sujeto público que pueden llegar a rebasar niveles de cautela en el protagonismo contractual o en la operación pero que resultan tolerables en la medida en que están revestidos de buena fe y no afectan el principio de imparcialidad.

Por la forma como ha sido redactado el tipo penal hay que afirmar la necesaria presencia de **dolo directo** en la comisión del delito.

La intervención de partícipes, esto es, cómplices o inductores, sigue la línea general de la teoría de la accesoriedad y la tesis de la unidad de imputación en un delito de infracción de deber. Distinta es la interpretación que busca convertir a este delito en uno de participación necesaria con la categorización del tercero, al que alude el tipo penal, en tanto cómplice primario del delito. En efecto, como bien considera la jurisprudencia de la Corte Suprema de la casación 841-2015 Ayacucho, el delito de aprovechamiento indebido de cargo es estrictamente del funcionario o servidor público que se interesa indebidamente, sin que el delito requiera de concurso o intervención mediante aportes en actos preparatorios o ejecutivos del tercero, como sucede por ejemplo en el delito de

colusión, lo que hace inviable su inclusión como cómplice primario del delito, lo cual, sin embargo, no excluye hipótesis de participación o colaboración en el delito del sujeto público vinculado por parte de personas distintas al tercero al que se orienta el comportamiento del funcionario en una de las modalidades de este delito, o incluso del tercero como colaborador secundario.

JURISPRUDENCIA

La complicidad en el delito de negociación incompatible. Cuarto. [El] auto impugnado señala que el Ministerio Público ubica los hechos de aporte causal al hecho principal [interesarse en el contrato] en un momento posterior a los actos atribuidos a los encausados en calidad de autores, lo que contraviene las reglas de complicidad en el delito de negociación incompatible, en tanto esta no puede darse después de consumado el delito, sino en la etapa de preparación y de ejecución [...]; [...] sin embargo, de la formalización de denuncia [...] y auto apertorio de instrucción [...] se advierte que la imputación contra la encausada OVA —a título de cómplice— recae en que como integrante del Comité Especial incurrió —con los otros integrantes— en irregularidades durante los procesos de selección y contratación, como la indebida adjudicación de puntajes que no les correspondía a JFH y RRE, quienes finalmente resultaron ganadores de dicho proceso, por lo que su participación no se habría concretado a un acto posterior a la de los atribuidos a los autores del delito de negociación incompatible [...].

R. N. N.º 4276-2008-Lima, del 04-02-10, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La intervención delictiva en el delito de negociación incompatible. El *extraneus*. Vigésimo octavo. El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial —normativizado—, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de

dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinario de esos fondos. **Vigésimo noveno.** Para determinar el nivel de injerencia típica del tercero en este delito, es necesario analizar la estructura del mismo. Este artículo se encuentra regulado en el artículo 399 del Código Penal [...]. **Trigésimo.** Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado —de alguna manera— con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. **Trigésimo primero.** El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios. Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.

Casación N.º 841-2015-Ayacucho, del 24-05-16, FFJJ 28-31. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El **delito se consuma** con el acto de interesarse indebidamente el funcionario vinculado, con propósito de provecho ilegítimo, bajo cualquiera de sus modalidades comisivas. Su naturaleza de peligro hace radicar en dicho momento del *iter criminis* la perfección del delito. No se va requerir que el sujeto público consiga el provecho pretendido con su comportamiento ni que el tercero igualmente lo haga, ello comportará ya agotamiento del delito.

Así como es de vital importancia acreditar la calidad del funcionario o servidor que actúa por razón del cargo y probar el interesamiento indebido y la finalidad de provecho, **como lo ha reiterado la jurisprudencia penal suprema**, igualmente es decisivo en la modalidad del delito de interesarse en provecho de tercero demostrar la existencia de conectores de corrupción entre el sujeto público vinculado y el tercero favorecido, hipótesis sin la cual no es posible la configuración del delito y habría que admitir que el funcionario o servidor actuó negligentemente o irresponsablemente al interesarse para favorecer al tercero sin tener motivo o razón alguna, evidentemente un exabrupto argumentativo inaceptable, en la mayoría de los casos, en la lógica de un delito de corrupción; o que se interesó en provecho de tercero simplemente porque quiso hacerlo, por cuestiones de amistad, lo que igualmente se sale de la esfera de interpretación de un delito de corrupción de funcionarios.

2.3. Penalidad

La penalidad de este delito cubre un mínimo de 4 y un máximo de 6 años de pena privativa de libertad más inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAS CABRERA, Rafael Alexis. El tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo en el Código Penal: bases para una reinterpretación. En *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 106. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001.

BENAVIDES SCHILLER, Andrés. *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona: Bosch, 2016.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

DELGADO GIL, Andrés. *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*. Tirant lo Blanch, 2008.

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de contrataciones. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta jurídica, 2016.

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función pública. El delito de Negociaciones prohibidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GARCÍA LEON, Godofredo André. El delito de negociación incompatible: seis problemas en la jurisprudencia. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

GONZÁLES ORBEGOSO, Alexander. Delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado. Lo que no se dijo en la Casación Número 841-2015 Ayacucho. *Actualidad Jurídica*, Número 35. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

LÓPEZ ARENAS, Magaly Elizabeth. Algunas consideraciones en torno al delito de aprovechamiento indebido de cargo público. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

MILLAN, Alberto. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. *Revista de Derecho Penal y Criminología.* Número 1. Buenos Aires, 1970.

PEELE, Gillian y KAYE, Robert. La regulación de los conflictos de interés: asegurando la rendición de cuentas en el Estado moderno. En Irma Eréndira Sandoval (coordinadora). *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad.* México: Siglo XXI Editores, 2009.

QUISPE MEZA, Daniel Simón. El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple. En *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 119. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

ROSALES ARTICA, David. El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana. *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 122, agosto 2019. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

SANCINETTI, Marcelo. Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XXIX. Madrid, 1986.

STARK, Andrew. Legislación relativa a conflicto de intereses en Estados Unidos y Canadá: Lecciones de la experiencia en Norteamérica. En Irma Eréndira Sandoval (coordinadora). *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad.* México: Siglo XXI Editores, 2009.

VÁSQUEZ SOTO, Milagros Medalit. La determinación del interés indebido a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible. En *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 115. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

URVIOLA MAYHUIRE, Efraín. La complicidad y otras divergencias en el delito de negociación incompatible. En *Gaceta penal & Procesal penal* Número 90. Lima: Gaceta jurídica, 2016.

ZIM, Máximo. Incompatibilidades de funcionarios y empleados públicos. Buenos Aires: Depalma, 1986.

3. EL DELITO DE 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.

Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo único de la Ley N.º 29758 (EP, 21-07-11), por el artículo 1 de la Ley N.º 29703 (EP, 10-06-11), por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 (EP, 06-10-04) y por el artículo 7 de la Ley N.º 27482 (EP, 15-06-01).

3.1. Características generales

Hay que señalar que la posibilidad de enriquecimiento del funcionario es un escenario posible y real, sobre todo, en cargos públicos bastante expectantes en materia de ingresos, así un presidente de Corte Suprema o del Congreso de la República, del Banco Central de Reserva, un miembro del Tribunal Constitucional, entre otros, más aún si a ello agregamos ingresos por otros y diversos conceptos, publicación de libros, dictado de clases, conferencias internacionales, premios, etc. Cabe también la posibilidad de enriquecimientos con remuneraciones y en puestos menores de función o servicio, en atención a la capacidad de ahorro, de gasto menor y de utilización inteligente de los recursos que, incluso puede acrecentarse, con inversiones familiares. Todo ello está referido a un enriquecimiento legal, lícito, incluso positivo y deseable, en la perspectiva de crecimiento material del sujeto público. Diferente es el incremento ilegal, de fuente ilícita, aquel acto sórdido y absolutamente deslegitimado de utilizar el cargo o empleo público para obtener ingresos ilegales. A esta dimensión de ilícito penal hace alusión el delito de enriquecimiento ilícito.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito, hasta antes de la modificación producida por la Ley N.º 28355, había sido construido conforme a una técnica legislativa que enfatizaba el resultado sin precisar la acción que llevaba y generaba dicho resultado. Esta característica hacía del mismo una figura penal *sui generis* que se salía de las técnicas ortodoxas de redacción de tipos penales, lo cual lo colocaba en una situación bastante controvertible, dado su alejamiento de las exigencias requeridas por el principio constitucional y penal de legalidad en materia de técnica y redacción legislativa de conductas típicas.

Para el país, este tipo penal resultó una **medida político-criminal de urgencia** dada la alarmante forma como, con cada gobierno —en proporciones preocupantes— los altos funcionarios que ingresaban

a la función pública incrementaban ostensiblemente su masa patrimonial sin razones lícitas aparentes, y frente a lo cual el sistema penal tradicional (peculado, cohecho, concusión, procesos sumarios, ordinarios fundamentalmente inquisitivos) se mostraba ineficiente, paralizado y propiciador de impunidad.

Esta necesidad criminalizadora no estuvo, sin embargo, desde una perspectiva social, precedida del debido y saludable debate que hubiera permitido presentar una fórmula legal más acorde con las exigencias modernas y constitucionales de tipificación. Se optó legislativamente por transcribir parte del modelo colombiano(10), que enfatiza el enriquecimiento por razón del cargo, sin tomar en cuenta las anotaciones normativas de subsidiaridad; y del modelo argentino se incorporó ulteriormente (en octubre del 2004) el deber de justificar razonablemente que se encuentra como elemento del tipo penal 268.2 referido al enriquecimiento(11).

Igualmente se **omitió regular** penalmente la situación de los **testaferros** o personas que generalmente hacen posible que se produzca el incremento patrimonial ilícito del funcionario o servidor público.

---

(10) *Código Penal de Colombia, Ley 190 del 1995 [hoy derogado; el vigente es el aprobado por la Ley 190 del 2000]*: «Artículo 148. El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado».

(11) *Código Penal de Argentina* (1922): «Artículo 268 (2). Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años».

La actual redacción del tipo penal ha centrado su atención en el ilícito incremento patrimonial y en el abuso de cargo del funcionario o servidor público que constituye el comportamiento típico que explica el incremento patrimonial ilícito. El tipo penal ofrece una modalidad básica y otra agravada, tomando en cuenta esta última la **calidad** y **jerarquía de los funcionarios** públicos involucrados.

Técnicamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito **es un delito de resultado**, de naturaleza subsidiaria implícita, que resultará imputable solo cuando el supuesto de hecho no haya podido ser subsumido por otra figura funcionarial de enriquecimiento (concusión, colusión, peculado, cohecho). Se considera, por lo general, que este delito no es un delito que afecte el patrimonio público.

JURISPRUDENCIA

Delito de enriquecimiento ilícito no afecta el patrimonio del Estado.
2.4. El enriquecimiento ilícito es una modalidad de delito cometido contra la Administración Pública, y conforme se ha precisado en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial; como en el presente caso, en que el bien jurídico tutelado es garantizar el normal y correcto ejercicio del cargo y empleo público, conminando jurídicamente a los funcionarios y servidores públicos a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, prestigio, dignidad, lealtad y servicio a la nación, lo que conlleva que el ejercicio de funciones y servicios públicos se realice bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, desvinculados totalmente de la afectación de los bienes jurídicos relacionados directamente con el patrimonio del Estado; como tal no se cumple con el presupuesto establecido en la norma sustantiva para prolongar el plazo de prescripción.

Ejecutoria Suprema del 17 de mayo de 2015, R. N. N.º 1046-2011 Lima, Sala Penal Transitoria.

En la actual configuración del sistema de lucha contra los delitos generadores de ingresos y patrimonios ilegales, la figura del delito de enriquecimiento ilícito ha sufrido una disminución en el interés de la injerencia punitiva, la que más apunta ahora a criminalizar

mediante el delito de lavado de activos (Decreto Legislativo N.º 1106, del 9 de abril de 2012) u optar por el procedimiento excepcional de la extinción de dominio (Decreto Legislativo N.º 1373, del 4 de agosto de 2018, existiendo leyes anteriores al respecto) los que se caracterizan por una notable disminución de las garantías y principios sustantivos y procesales.

3.2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido por la norma penal busca **asegurar y garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos** y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de servicio a la nación. Por las particulares alarmas sociales y descrédito que sufre la Administración pública ante el fenómeno de los enriquecimientos ilícitos de sus funcionarios y servidores, el bien jurídico rompe sus diques formales para comprender también la necesidad de asegurarle a la sociedad que el ejercicio de los cargos públicos no supondrá inercia e impunidad por el abuso cometido por los sujetos públicos que haya repercutido en la creación de masas patrimoniales ilegales.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del delito de enriquecimiento ilícito. [Sumilla] Lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal «Administración pública», el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público. Este es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contrastante no sustentado, en la medida en que el mismo es producto de actividades no ajustadas a, en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enrique-

cimiento el periodo de ejercicio funcional bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación; no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales.

R. N. N.º 09-2001-Lima [Caso *Blanca Nélida Colán*], del 16-05-03, Sala Penal de la Corte Suprema.

3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **sujeto activo** con exclusividad el funcionario o servidor público. Al tratarse de una modalidad de corrupción resulta invocable, en los contenidos de su razonabilidad, la extensión de autoría realizada por la Convención Interamericana contra la Corrupción.

JURISPRUDENCIA

Sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito. Sujeto activo. 13. Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425 del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcionarial de infracción de deber, sobre todo porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial, Lima: Ideas, 2017, p. 195).

Acuerdo Plenario N 3-2016 de las Salas Penales de la Corte Suprema

Los particulares e incluso otros sujetos públicos que contribuyan a formar el enriquecimiento ilícito del sujeto activo responderán a título de cómplices o instigadores.

El **sujeto pasivo** es el Estado. Y lo es así el incremento patrimonial ilegal del sujeto público no tenga su origen en recursos del patrimonio público.

A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones penales, por ejemplo, la argentina donde la conducta típica se centra en la negativa a justificar la licitud del incremento ostensible, y que hasta antes de la reforma producida por la Ley N.º 28355 era similar a la fórmula nacional, en la actualidad la tipicidad objetiva de la fórmula legal nacional del delito de enriquecimiento ilícito se configura con la concurrencia de dos componentes esenciales:

a) El abuso del cargo.

b) El incremento ilícito del patrimonio.

La frase «abusando de su cargo» hace alusión a que el funcionario o servidor se aprovecha indebidamente de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito. Abusando del cargo define el comportamiento típico del funcionario o servidor público que se enriquece ilegalmente. Su significado no se reduce —como señala la jurisprudencia de la Corte Suprema— a entenderlo igual que «por razón del cargo», que fue el elemento constitutivo de la fórmula original del enriquecimiento ilícito. En la fórmula actual, abusar del cargo es el modo comisivo de enriquecerse mediante usos abusivos de la calidad funcional poseída legalmente. En cambio, por razón del cargo aludía al origen institucional del estatus que explicaba la naturaleza funcionarial del delito, su característica de constituir delito de infracción de deber, a partir del cual comenzar a interpretar el enriquecimiento ilícito, esto es, el incremento patrimonial ostensible. La suprema confunde dos planos de valoración:

la conducta típica de abusar del cargo con el estatus institucional que explica la posibilidad funcional de ese incremento patrimonial ilegal. No son estructuras jurídico-conceptuales sinónimas, ya que la primera es un comportamiento dinámico, mientras que la segunda es una frase explicativa que focaliza el modo institucional en el que puede contextualizarse el delito.

Una crítica más de rigor que puede plantearse a la actual conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito radica en poner de manifiesto que todo delito cometido por funcionarios públicos contra la Administración pública puede ser entendido como un abuso del cargo y de la función. Efectivamente, ello es así, sin embargo, en el tipo penal 401 el abuso no está entendido como sustantivo o nombre propio, sino en tanto verbo transitivo de acción, con lo que regresamos al punto de inicio, el abuso del cargo es el comportamiento típico del funcionario o servidor público para posibilitar enriquecerse, de modo que incrementos patrimoniales obtenidos por fuera de ese delimitador conductual, que resume la conducta típica exigido por el delito, no podrá ser típico de enriquecimiento ilícito, en línea de rigor jurídico penal, más allá de los voluntarismos y decisionismos que puedan activarse al respecto.

El tema de la configuración del delito de enriquecimiento ilícito exige tomar en cuenta que el funcionario o servidor hace valer su cargo, abusa de él para obtener bienes que acrecientan su patrimonio, por ejemplo mediante comportamientos típicos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Abuso de poder que supone entender la lógica de funcionamiento del sistema de corrupción que genera ámbitos de impunidad tanto a nivel de inexistencia de investigaciones fiscales, procesos penales o mecanismos de búsqueda de la prescripción ordinaria o archivos tempranos.

JURISPRUDENCIA

Abuso del cargo e incremento patrimonial: precisiones probatorias. Tercero. En el presente caso, el Ministerio Público atribuyó al encausado que en el ejercicio de sus funciones como alcalde distrital se enriqueció ilícitamente, de suerte que el desbalance detectado, según el correspondiente informe financiero, asciende a la suma de 460 000 soles. Siendo así, el efectivo incremento patrimonial y la ilicitud de fuentes —actos no ajustados a derecho— que lo determinaron es lo que corresponde dilucidar en el juicio oral, así como —en su consecuencia— el abuso de poder derivado del cargo de alcalde (desvalor de acción) por el encausado. **Cuarto.** Por consiguiente, (i) el tiempo de ejercicio efectivo de la alcaldía por parte del encausado, (ii) la simultaneidad del cargo con el enriquecimiento que se le acusa, y (iii) la atribuida ilicitud de las fuentes de enriquecimiento coetáneo —resaltadas por la acusación y siempre sujeta a la respectiva actividad probatoria, de verificación o descarte en el juicio oral— permitirán deducir razonablemente —en clave de máxima de experiencia— que el acrecentamiento patrimonial se derivaría del abuso de poder en el ejercicio del cargo [...]. Es de recordar que la relación entre el ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa —antes que causal—, de suerte que este elemento típico hace mención a conductas de abuso de poder público de gestión o institucional que la Administración otorga al agente oficial de forma directa o indirecta.

Sentencia de Casación N. 277-2018, Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, de la Sala Penal Permanente.

Ingresan como fuentes de origen, comportamientos ilícitos no denunciados, no esclarecidos suficientemente o ya prescritos a título de concusión, exacción ilegal de remuneraciones, colusión, peculado, e infracciones de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimentos, asesoramientos a empresas particulares, etc.) generadores de patrimonio afectado por su ilicitud. El criterio de subsidiariedad utilizado, para considerar que solo son los delitos comunes los generadores de fuente patrimonial de enriquecimiento ilícito, absolutiza dicho eje interpretativo y desconoce que no puede haber subsidiariedad si la realidad delictiva funcionarial fue

procesalmente inexistente. Son igualmente fuente del incremento patrimonial configurador de enriquecimiento los ilícitos penales comunes tales como tráfico ilícito de drogas, extorsiones, estafas, etc.

Los **límites temporales del abuso del cargo** comprende el periodo de inicio y finalización del ejercicio del cargo público, siendo de aplicación, en casos excepcionales, el adelantamiento del concepto de funcionario efectuado por la Convención Interamericana anticorrupción. La norma no ha precisado temporalidad ulterior al ejercicio funcional para ser tomada en cuenta a los efectos del enriquecimiento.

Los **límites materiales** del ejercicio del cargo se interpretan con base en lo detallado por el párrafo tercero del artículo 401, que alude al patrimonio descrito en la Declaración Jurada de Rentas, que se formula al iniciar, el sujeto público, el ejercicio del cargo o empleo público, lo cual se incardina con normas reglamentarias, y la sumatoria de sus bienes o gastos, bajo criterios de razonabilidad, al concluir dicha condición. Límite material que la norma también precisa con la frase «patrimonio notoriamente superior al que normalmente haya podido obtener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita». Se aprecia el énfasis colocado en el plural de los sustantivos sueldo, emolumentos, ingreso, utilizados por el legislador para inferir el interés por dotar de razonabilidad a la imputación en el marco de un delito bastante discutido y discutible político criminalmente.

«**Notoriamente superior**» es una adjetivización del sustantivo *incremento*, que se halla referenciada en base a dos extremos objetivos susceptibles de valoración. En primer lugar, la *capacidad económica del sujeto público*, ya que no es lo mismo un profesor de escuela cuyo sueldo es 2500 soles a un congresista que percibe por concepto total de remuneración un aproximado de 40 000 soles, ello sin mencionar otros funcionarios con montos remunerativos superiores. Ambos

sujetos públicos poseen una capacidad económica diferente, la misma que tendrá que ser concretada con base en otros referentes de individualización patrimonial. En segundo lugar, *el curso evolutivo de incremento* gradual o súbito del estado patrimonial o de gasto del sujeto público. Referente objetivo a tomar en cuenta en una interpretación de seguimiento durante el ejercicio del cargo o empleo público. Ambos extremos permitirán tener una idea más objetiva y clara de lo que haya que entender por incremento patrimonial notoriamente superior al proporcionado por las fuentes de ingreso lícito.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

La complicidad y la inducción del particular son de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. Indicio debe sujetarse a las reglas de la prueba indiciaria. 2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la Casación N.º 343-2012 del 16 de abril de 2013 [...]. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia. **3.** Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la Casación N.º 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias [...]. En buena cuenta, la norma de conducta [(3) En este sentido, el profesor García Cavero indica: «La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), en la medida en que proscribe la realización de determinadas conductas lesivas". GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. 2.ª ed. Lima: Jurista, 2012, p. 73] de la norma penal ha permanecido en el tiempo. **4.** Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es, el «abusando de su cargo», A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no

se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado. **5.** No obstante, la Casación N.º 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución "abusando de su cargo" era el equivalente a «por razón de su cargo». Es decir, que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito. **6.** Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así, tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso —uso indebido»— del cargo que ostenta [(4) En esta línea, Salinas Siccha indica que «se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido». SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Segunda. Lima: Grijley, 2011, p. 608]. **7.** Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura —a excepción de la primera redacción del artículo— un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del *patrimonio*, y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público. **8.** A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros. **9.** En esta hipótesis, lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá

que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro. **10.** El artículo 26 del Código Penal [...] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación [(6) *Cfr.* VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general.* 4.ª ed. Lima: Ara, 2014, p. 394]. Esto significa que en los delitos especiales el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. **11.** Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal [...] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción. **12.** Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del *funcionario público* son *indicios* de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo, de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria. **13.** Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio [(8) Conviene tener una definición del mismo: «Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza fundar una opinión sobre la existencia del hecho». FERREYRA, Juan José. *Indicios y presunciones judiciales*, [aut. libro] Marcelo Sebastián MIDÓN, y otros. *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de La Paz, 2007, p. 697. Nótese que a lo que da pie el indicio es a la formación de una opinión], no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de

imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público [(9) Esto también fue señalado, con gran acierto, por la sala penal superior en la sentencia impugnada]. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

Casación N.º 782-2015-Del Santa, del 06-07-16, que establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los FFJJ 2 al 13. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Pleno Jurisdiccional

Relación causal entre el enriquecimiento y la posición funcional. 1. ¿Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posición funcional del funcionario público? PONENCIA APROBADA: Sí es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio. **2.** ¿Quién tiene la carga de la prueba en la determinación de la existencia o no de un enriquecimiento ilícito? PONENCIA APROBADA: El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, Lima, 20 y 21 de junio de 2008. Tema II.

Jurisprudencia

Alcances sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Noveno. [ ] [P]ara efectos de determinar la ilicitud del enriquecimiento, el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público debe ser «notoriamente superior» al que normalmente haya podido tener; incorporación que, si bien en buena cuenta hace una precisión legal del tipo penal, no lo desnaturaliza ni modifica de modo alguno. Asimismo, se tiene que en el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros de sus elementos, que el funcionario o servidor público actúe «por

razón de su cargo» —como se prescribe en el texto original— o «abusando de su cargo» —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo lector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento ilícito como al vínculo [funcional] que debe existir con el cargo para enriquecerse. **Décimo.** [...] [Las sucesivas] modificatorias [que ha sufrido el artículo 401 del CP] no han variado el núcleo esencial del injusto típico ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente precisiones a los elementos objetivos del tipo penal.

Casación N.º 343-2012-Lima, del 16-04-13, FFJJ 9 y 10. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En el contexto del componente **(«incrementa ilícitamente su patrimonio»)** de naturaleza cuantitativa y de cualidad ilícita —dada su contrariedad al marco de deberes asumidos por dichos sujetos públicos— la norma penal no ha precisado pautas de cantidad ni ha asumido la posición de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que recomendaba la inclusión de la frase «incremento ostensible». En cambio sí ha previsto el criterio probatorio relacional e indiciario del aumento patrimonial o gasto económico personal **«notoriamente superior»**.

JURISPRUDENCIA

Precisiones sobre el monto que hace enriquecimiento ilícito. 13. Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquél representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un comportamiento cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento

patrimonial tiene siempre que ser «apreciable» (art. 268 del Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401, del Código Penal de 1991, establece que constituye un 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 sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita». Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41 de la Constitución Política de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito, pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario para, con base en ello, inferir e imputar su presencia.

Acuerdo Plenario N.º 3-2016 de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República.

Redundando, el incremento del patrimonio, que en su monto penalmente relevante tendrá que ser definido vía jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, o ilustrativa para casos concretos, está referenciado a dos escenarios de valoración: (i) la suma de ingresos, o disminución de pasivos o gastos, obtenidos o logrados legítimamente por el sujeto público, de modo que este referente contable se constituye en el dato decisivo para que se pueda definir incrementos no justificados; (ii) incrementos patrimoniales o disminución de gastos que no pueden ser explicados razonablemente, principalmente, por el órgano persecutor del delito, con la sumatoria de ingresos lícitos por cualquier concepto formal o material

Al valorarse la suma de ingresos lícitos, los mismos deben tomar en cuenta la capacidad económica, esto es, los activos poseídos por el sujeto público antes de ingresar a la Administración pública o en periodos anteriores de ejercicio, bajo la máxima de experiencia —salvo excepciones— que el patrimonio del funcionario generalmente, no comienza cuando este adquiere la condición de tal, con mayor

razón si el sujeto público tiene tras de sí un historial empresarial o de emprendimiento comercial. Sin embargo, esta regla requerirá del auxilio probatorio de cargo y descargo, de conocimiento o informes financieros y contables especializados sobre la materia, de fuente oficial y de parte, sometidas al contradictorio, que permitan apreciar la razonabilidad del incremento patrimonial, esto es, de su curso a través del ejercicio funcional, o de sus desbordes ostensibles con base en causas de etiología ilícita. Desborde ostensible que aleja la idea de la existencia de delito cuando los incrementos no explicados sean de escasa entidad cuantitativa, en atención a los ingresos del sujeto público.

JURISPRUDENCIAS

El perjuicio económico concreto a la entidad agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito de enriquecimiento ilícito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado de los encausados. Cuarto. [...] [Es] necesario [...] la realización de [...] una pericia contable respecto del patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento; debiéndose determinar en dicha pericia las fechas en que fueron adquiridas las propiedades, los pagos realizados y por cancelar con posterioridad a la compra, los financiamientos respectivos, los ingresos y egresos de los encausados por todo concepto, y todo dato contable que resulte necesario a efectos de esclarecer los hechos investigados [...]. Quinto. [Si] bien la [...] Corte Suprema [ordenó realizar en un] nuevo juicio oral, «la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada»; también es que, como se ha referido anteriormente, para efectos del esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesario la pericia contable respecto al patrimonio de los encausados; [...] «[...] el perjuicio económico concreto a la agraviada, resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado [...]».

R. N. N.º 4923-2007-Arequipa, del 28-05-09. Sala Penal de la Corte Suprema.

El delito de enriquecimiento ilícito no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado. [Sumilla] El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, incrementa su patrimonio en forma indebida. Este ilícito penal no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado que los administra o maneja o si el mismo es producto de dinero que recibe de particulares en procura de un beneficio. Para que se configure el delito, solo se requiere que el funcionario o servidor público incremente su patrimonio ilegalmente por razón de su cargo.

R. N. N.º 5318-2006-Junín, del 06-09-07. Sala Penal de la Corte Suprema.

La técnica de redacción del tipo penal se ha visto obligada a acudir tanto a formulaciones descriptivas sustantivas como a reglas probatorias para intentar llenar de contenido una figura penal harto discutible.

Es materia de discusión la **fuente** o el **origen** del **incremento patrimonial ilícito**. Es un asunto sobre el cual se han brindado hasta tres planteamientos:

a) Debe ser producto de los delitos de funcionariales comprendidos en el Título XVIII del Código Penal en sentido amplio: peculado, cohecho, colusiones desleales, exacción, tráfico de influencias abuso de autoridad. Tal posición matizada puede ampliarse al resto de delitos especiales regulados en otros títulos del código: matrimonios ilegales, detenciones ilegales, prevaricato, intervención de las comunicaciones, etc., en la medida en que el sujeto activo haya abusado de su posición para por intermedio de estos delitos incrementar su patrimonio. Se trata de ilícitos funcionariales que no han sido ingresados al sistema penal o que han prescrito, por consideraciones inherentes a las

debilidades y preordenamientos del sistema y a la lógica de funcionamiento de la corrupción del poder funcionarial.

b) Debe tener su origen en la comisión de delitos comunes cometidos con prevalimento del cargo o función: estafas, hurtos, apropiaciones ilícitas, tráfico de armas, extorsiones, etc. Tal posición matizada, incorpora también los ilícitos administrativos en los que haya incurrido el sujeto público y que le hayan reportado patrimonio, etc.

c) Es irrelevante el origen del incremento patrimonial a condición de que sea ilícito y exprese una posición de abuso del cargo del funcionario o servidor público.

El Acuerdo Plenario 3-2016 de las Sala Penales de la Corte Suprema ha asumido el segundo criterio.

JURISPRUDENCIA

La fuente de origen de la ilicitud del patrimonio que hace enriquecimiento ilícito. 13. El enriquecimiento debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual (*Cfr.* Ramiro Salinas Siccha. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Iustitia, Grijley, 2016, p. 707). Por tanto, solo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcionarial, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401 del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

Acuerdo Plenario N.º 3-2016 de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República.

Constituye un problema aún no suficientemente resuelto el tema de la **carga de la prueba** en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que por definición es el Ministerio Público, a través de la labor

de los fiscales penales, quien tiene que aportar los elementos probatorios, más allá de la presunción de enriquecimiento que establece la norma a través de la desproporción del patrimonio obtenido en relación a la declaración de bienes y rentas y el indicio de enriquecimiento consignado en el artículo 401-A del Código Penal. En efecto, pericias contables, financieras, informes de contraloría, permitirán adquirir valiosa información sin que dichos documentos suplan la evaluación judicial de los demás componentes del tipo penal.

El sujeto investigado tiene que explicar el incremento ostensible de su patrimonio, a la vez que la parte acusadora tiene el deber de demostrar que procede de fuente ilícita. Es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición institucional génerica de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho de que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación.

La posibilidad de invertir la carga de la prueba en el sentido de que el imputado o acusado debería demostrar su inocencia, justificando el exceso de patrimonio sobre el cual se tiene la presunción de ilicitud es una idea que ha sido cuestionada severamente por contradecir las bases del sistema procesal penal actual y el principio constitucional de presunción de inocencia.

JURISPRUDENCIA

Naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito: inversión de la carga de la prueba. Octavo. El enriquecimiento por sí mismo no constituye una acción irreprochable, no es ilícito, sino que la ilicitud radica en no justificar dicho enriquecimiento, esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la ilicitud del origen

de los bienes que generan el incremento patrimonial, pues su naturaleza reside precisamente en la necesidad de demostrar que el incremento del patrimonio es legítimo. En ese sentido, «luego de probado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento 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» [...]; que, la referida inversión de la carga de la prueba no se opone ni contradice al mandato constitucional, toda vez que el desbalance producido se genera por la propia actuación del funcionario, consecuentemente, al ostentar tal calidad, tiene el deber de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos, tanto más que el artículo 41 de la Constitución Política del Estado de 1993 establece taxativamente que todos los funcionarios y servidores públicos deben efectuar su declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar del mismo, mandato que incluso estuvo vigente en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado de 1979.

R. N. N.º 1076-2011-Lima, del 13-06-12, FJ 8. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Este deber de justificar, se argumenta señalando que los **funcionarios y servidores públicos** —los mismos que durante el ejercicio de sus cargos gozan de privilegios especiales— están obligados a dar razones, dada su vinculación con la administración pública, esto es debido a que se hallan al servicio de la nación (deber constitucional de sujeción), conforme determina el artículo 39 de la Constitución Política vigente. Considero que es correcta dicha apreciación. Sin embargo, dicha justificación debe hacerse **en vía de investigación preliminar**, con lo cual se coloca en su lugar los temas de investigación y los actos de prueba, y se posibilita no subvertir garantías del debido proceso en un afán autoritario y de máxima intervención. Esto significa que afectará el derecho a la carga de la prueba el hecho que se exija al funcionario imputado, en fase de proceso penal, acreditar probatoriamente el incremento ostensible de su patrimonio, cuando haya adoptado una actitud procesal de silencio al respecto.

JURISPRUDENCIAS

Precisiones sobre la carga de la prueba y el deber de justificar. Sexto. El tipo penal de enriquecimiento ilícito está configurado por dos elementos fundamentales, dichos elementos abarcan la constatación de un «enriquecimiento real» del funcionario y la «falta de justificación» sobre el origen ilícito de dicho enriquecimiento; en ese sentido, para que pueda hablarse de enriquecimiento debe darse un incremento patrimonial en el funcionario, siendo necesario, para acreditar dicho incremento, **un informe contable y financiero** que demuestre que el promedio de productividad del acusado y su aptitud financiera no puedan explicar el incremento patrimonial constatado. Una vez acreditado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de las autoridades, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas. Es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento, es suficiente que el imputado no cumpla con acreditar la procedencia de su desbalance patrimonial para que se configure el ilícito, razón por la cual algunos autores consideran que ello no es una inversión de la carga de la prueba, sino de lo que en este caso opera, por mandato legal, la obligación del acusado de acreditar lo lícito de su patrimonio desproporcionado, siendo la situación en este caso, que el Ministerio Público a través de la prueba ofrecida y actuada ha cumplido con demostrar que el funcionario presenta un desbalance patrimonial no justificado.

Recurso de Nulidad N.º 1076-2011 Lima, Sala Penal Permanente.

Es inaceptable tesis de la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito

El enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto cualificado —el funcionario o servidor público— No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial por parte del sujeto activo. Bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra.

R. N. N.º 2939-2015, del 12-07-17, Lima, Sala Penal Permanente.

Deber de acreditar la licitud del enriquecimiento. 5.5 Las fuentes internacionales antes citadas hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de la probar está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita. 5.9. El Ministerio Público demostró la existencia de un incremento patrimonial desproporcionado del acusado, conforme a sus ingresos regulares, en el tiempo que desempeñó el cargo de funcionario público, sin embargo, al no haber acreditado el acusado la licitud de su solvencia económica, de manera razonablemente creíble, corresponde desestimar el recurso de casación.

Casación N.º 953-2017-Lima, del 17-08-18, Sala Penal Transitoria.

El delito **es doloso**, requiriendo conocimiento por parte del funcionario de que el incremento patrimonial que está obteniendo procede de fuente ilícita o, en su caso, que la cancelación de sus pasivos tienen el mismo origen.

La participación admite el involucramiento de cómplices o instigadores en el delito del sujeto público. Los cómplices, generalmente, son quienes dan aportes de colaboración para generar el enriquecimiento del agente. Fenómeno conocido como de «testaferrato», y que da cuenta de personas naturales o jurídicas que facilitan el acrecentamiento patrimonial del sujeto público, prestando sus nombres y titularidades comerciales, empresariales y patrimoniales en general. Los instigadores, en cambio son, quienes crean en el sujeto público la voluntad de abusar del cargo para suscitar incrementos patrimoniales indebidos. Rige aquí la teoría de la accesoriedad y la tesis de la unidad del título de imputación. No obstante, el tema del testaferrato no es nada pacífico, dado las difusas y poco precisas características del enriquecimiento en términos materiales y de mínimos y las exigencias de la participación.

JURISPRUDENCIA

Enriquecimiento y uso de testaferros. 8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

Sentencia de Casación, del 6 de julio de 2016, N.º 782-2015 Del Santa, Sala Penal Permanente

Sancionar penalmente al funcionario con base al único criterio de resultado del desbalance patrimonial, que reportan los informes financieros y contables, sin analizar y verificar el comportamiento típico doloso de abuso del cargo, que es lo que precisamente explica dicho incremento, supondría incurrir en imputación penal mediante responsabilidad objetiva para construir una arbitraria fuente de culpabilidad.

3.3. Consumación y tentativa

Al ser el delito de enriquecimiento uno de resultado condicionado a la ilicitud del incremento patrimonial, la **consumación se producirá** cuando el incremento significativo haya sido producto de actividades no conformes a derecho en un contexto de vinculación del agente con el prevalimiento hecho del cargo o del abuso de funciones, usualmente, durante el tiempo de vigencia de la condición de funcionario o servidor público. El desbalance económico es un indicador del hecho típico no su momento consumativo.

La posibilidad de **tentativa** estaría dada por la existencia de actos fragmentables y fronterizos con el enriquecimiento ostensible, tema por lo demás impreciso.

JURISPRUDENCIAS

Momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito. Respecto del momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito, la doctrina penal nacional es coincidente en que el delito de enriquecimiento es uno de naturaleza comisiva activa y de resultado, condicionado a los resultados de una acción procesal, que se consuma en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante, resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto del ejercicio funcional. El enriquecimiento puede ser paulatino y continuo. Sin embargo, debe generarse necesariamente durante el periodo de tiempo en que el sujeto activo ejerce la función pública. Vale decir, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Lo relevante es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial ilícito, durante la vigencia del cargo público [...] o ulterior a él, siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el periodo de ejercicio funcional.

R. N. N.º 1046-2011 Lima, Sala Penal Transitoria

El delito se consuma con el abuso de la posición funcional. Es inadmisible la complicidad posconsumativa

El delito de enriquecimiento se consuma con el abuso de la posición funcional por parte del sujeto activo, evidenciado en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito. En ese contexto, no es admisible la denominada complicidad posconsumativa, ni siquiera mediando acuerdo previo, pues los actos de auxilio o asistencia. Conforme al artículo 25 del Código Penal, deben contribuir a la realización del hecho punible. Los actos realizados por terceros de uso, conversión, ocultamiento del producto del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo, son actos de agotamiento de este delito y pueden eventualmente ser sancionados autónomamente como delitos de encubrimiento real o lavado de activos.

Ejecutoria Suprema, del 12 de julio de 2017, R. N. N.º 2939-2015 Lima, Sala Penal Permanente.

Los temas de la consumación y tentativa del delito de enriquecimiento ilícito resultan ampliamente debatibles en la medida que no existe, en la norma penal ni extrapenal, delimitadores cuantitativos de enriquecimiento, penalmente relevantes, en tanto incremento

del patrimonio del sujeto activo respecto de sus ingresos legítimos. La cruda suma de datos de los informes financieros que trabajan con parámetros oficiales convencionales, usualmente alejados de la realidad concreta y que desestiman criterios material-funcionales, absolutizando la formalidad de los documentos, no puede hacer de perder de vista al juez la importancia del análisis ponderado y razonado de dicho material pericial, que por sí solo no puede tener valor absoluto para declarar la tipicidad y —lo que es peor— la culpabilidad del sujeto público, convirtiendo al delito de enriquecimiento ilícito en un delito de desbalances patrimoniales, no establecido así en la norma penal especial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema y las sentencias de los colegiados penales, pronunciadas con criterios de razonabilidad, pese al esfuerzo que se aprecia en determinado temas, aun se caracterizan por su insuficiencia dogmática a los efectos de brindar luces en la intrincada problemática que, en varios ejes interpretativos de su normativa, ofrece el delito de enriquecimiento ilícito.

3.4. Penalidad

- Pena privativa de la libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años para la modalidad básica del delito, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 15, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8, del Código Penal, cuando el agente haya ocupado cargos de alta dirección o goce de las prerrogativas del antejuicio y la acusación constitucional. La norma hace aquí alusión a

funcionarios en paridad de estatus de elevado cargo en las entidades públicas, organismos o empresas públicas. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

BIBLIOGRAFÍA

Ariel Todarello, Guillermo. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

Aviles, Manuel (coordinador). *El enriquecimiento ilícito*, ECU. San Vicente, España, 2011.

Bárcenas Espitia, Edgar. *El delito de enriquecimiento ilícito de particulares*. Librería Ethos, Tunja Colombia, 1998.

Bruzzone, Gustavo y Gullco, Hernán (coordinadores). *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires: AD-HOC, 2005.

Camargo, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Leyer, 1996.

Camargo, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*. 7.ª ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

Castro Dassen, Horacio, Enriquecimientos ilícitos. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 83, Buenos Aires, 1956.

Chinchay Castillo, Alcides. La breve vida de la doctrina Amelia Espinoza: *¿vita brevis, ars etiam brevior*? Comentarios al tercer párrafo del art. 25 del CP, según modificación del D. Leg. N.º 1351, a la luz del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 102. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

Chinchay Castillo, Alcides. La participación en el enriquecimiento: visión de *lege data* y de *lege ferenda*. Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de Corrupción. *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 111. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

GALVEZ VILLEGAS, Tomá., Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito. *Revista peruana de ciencias penales.* Tomo 11. Lima: Idemsa, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de enriquecimiento ilícito.* Lima: Idemsa, 2001.

INCHAUSTI, Miguel. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios.* Buenos: Aires Ad-Hoc, 2001.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punitiva en el Estado, la economía y la sociedad. En Luis Miguel Reyna Alfaro (director). *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Jurista editores, 2009.

LEON TOMASIO, Marco. Cuestiones problemáticas y análisis jurisprudencial del delito de enriquecimento ilícito: Cas. N.° 782-2015 - Del Santa. En *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 92. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

LEVENE, Ricardo (h). El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Tomo 112. Buenos Aires, 1963.

MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico. Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración Pública, Buenos Aires: La Ley, 2001.

MEZA FERNANDEZ, Carlos Daniel. El principio de accesoriedad y el problema de la temporalidad de la conducta del partícipe *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito. Comentarios a propósito del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 102. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

MONTOYA VIVANCO, Yvan. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión. MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *El testaferro. Su prueba en Derecho y la Política. Madrid:* La Ley Wolters Kluwer, 2015.

NOVOA CURICH, Yvana y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

ORAMAS GROSS, Alonso, *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Guayaquil: Edino, 1988.

PAZ PANDURO, Moisés Neil. Análisis de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el delito de enriquecimiento ilícito y el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 102. Lima Gaceta jurídica, 2017.

PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Ediciones jurídicas, 1993.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. ¿Pueden responder penalmente los *extranei* como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 110, Lima: Gaceta jurídica, 2018.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. El acuerdo plenario 3-2016/CJ-116 y la participación del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 103. Lima: Gaceta jurídica, 2018.

REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

ROSALES ZAVALA, Leonardo Alex. La participación del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito: a propósito del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116. *Gaceta penal & procesal penal.* Tomo 102., Lima: Gaceta jurídica, 2017.

RUIZ YEPEZ. Luz America. *El delito de testaferrato conforme con el nuevo código penal.* Bogotá: Leyer, 2002.

SABOGAL QUINTERO, Moisés y SÁNCHEZ M. Luis Alberto. *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio en Colombia*. Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997.

SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario (art. 268.2 del CP)*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

SOTOMAYOR HERRERA, Jimmy Manuel. ¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito? *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 120. Lima: Gaceta jurídica, 2019.

TERRAGNI, Marco Antonio. Enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. Luis Miguel Reyna Alfaro (director). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista editores, 2009.

VINELLI, VEREAU, Renzo y LOLI AUSEJO, Daniel. La unidad del título de imputación y la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimento ilícito. *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 102. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito: aspectos jurídico procesales*. 2.ª ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

4. DELITO DE 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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243 (EP, 22-10-16). Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111 (EP, 26-11-13), por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 (EP, 06-10-04), por el artículo 1 de la Ley N.º 26643 (EP, 26-06-96) y por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572 (EP, 05-01-96))

4.1. Características generales

Es este un ilícito penal sobre cuyas referencias se encuentran ya elementos en el derecho penal romano, en donde fue conocido como la *venditio fumi*, que afectaba la reputación de jueces y magistrados, habiéndose castigando severamente hasta con pena de muerte. Su conceptualización en tanto delito de corrupción fue objeto de estudio en la edad media con la labor de los prácticos italianos. Sin embargo su regulación legal en un cuerpo orgánico solo se produjo con la ley francesa del 4 de julio de 1889. En la legislación penal de diversos reinos italianos y en los Códigos Zanardelli de 1889 y en el actual de 1930 vigente fue conocido como *millantato crédito* o influencia jactanciosa.

El delito de tráfico de influencias es un tipo penal que no goza de consenso en todas las legislaciones penales. Se le ha criticado por querer penalizar una práctica humana tan extendida y a la vez tan **difícil de delimitar típicamente**. En efecto, sobre la influencia, forma atenuada de poder, se ha señalado que no tiene fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados, como para correr el riesgo de criminalizarla.

Tales objeciones han llevado a que los códigos que regulan penalmente dicha práctica se preocupen por **restringir sus alcances** a determinadas formas de influencia localizadas en determinados contextos de actuación.

El modelo peruano, no obstante sus imperfecciones técnicas, ha tenido el acierto de circunscribir el ámbito de injerencia penal en esta materia a las influencias reales o simuladas en el sector de la **justicia jurisdiccional** y en la **justicia administrativa**, sin cubrir otros ámbitos de actuación funcional, diferenciándose en este punto de otras legislaciones penales que amplían tipicidad hacia otros contextos de actuación funcional (por ejemplo, el Código Penal español(12) o el de Colombia).

Sobre el tipo penal reformado de tráfico de influencias y regulado en el artículo 400 del Código Penal se puede decir que es un delito de **enriquecimiento**, poseedor de **naturaleza de peligro** y de **simple actividad**, y que enfatiza el núcleo del injusto en la invocación de **influencias dirigidas al interesado,** no obstante que en la práctica las cosas suceden de modo inverso. Asimismo, este tipo admite una circunstancia agravada cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público.

Sus imperfecciones residen en no haber regulado el papel que cumple el funcionario que es influido y tampoco haber destacado el mayor injusto en caso se produzca realmente la influencia sobre el magistrado, además de seguir contemplando la influencia simulada o engañosa.

---

(12) Código Penal español de 1973: «Artículo 404 bis a). El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad y consiguiere una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente para tercero; será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».
Código Penal de 1995: Artículos 428 y 429.

Este delito no es un delito de infracción de deber, por lo que el legislador debió, al igual que las diversas modalidades de corrupción activa regularlo como delito cometido por particulares contra la administración pública.

JURISPRUDENCIA

La naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias. Cuarto. [...] [El] modelo peruano de tráfico de influencias es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que contempla el esquema de la modalidad de corrupción relevantes, por tanto, respecto de la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en este caso de ser este funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la administración pública, por lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba cualquier medio corrupto de ofrecimiento de interceder, la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o sus atribuciones, sino que está simplemente buscando una posición de ventaja que le da su *status* [...]. Por tanto, es de indicar que el delito en estudio es uno de mera actividad en la cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de su conducta, sin importar el resultado material ni el hecho de que las influencias sean reales o simuladas.

R. N. N.º 1280-2011-Huancavelica, del 10-05-12, FJ 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

4.2. Bien jurídico protegido

Ha admitido cierto debate, en la doctrina, precisar cuál es el bien jurídico específico protegido, en base a la idea que el tipo penal contempla dos figuras muy diferentes de tráfico de influencias y la cercanía del sujeto activo con los funcionarios de justicia. El argumento ha sido que no tienen el mismo valor de afectación la influencia real y la simulada, al momento de tener que delimitar el objeto de tutela penal, al igual que la conducta del traficante pondría en riesgo la imparcialidad e independencia de la justicia oficial. En el caso de la influencia real,

en efecto, podría existir un evidente menoscabo a uno de los valores importante de la administración pública, mientras que en la simulada parecería discutible que así lo sea. Sin embargo, tal dicotomía es inexistente, pues en ambos supuestos por igual se afecta, a nivel de peligro, la Administración pública, sin que interese el criterio de cercanía hacia la afectación del bien jurídico en que coloca el tipo penal a los elementos del tipo; ya que no criminaliza dicha circunstancia.

De otro lado, en la medida en que el tipo penal no requiere para perfeccionarse que la influencia llegue a efectivizarse —lo que si sucede en el modelo expañol—, no se puede considerar que la imparcialidad sea el bien jurídico protegido. Se puede concluir, más bien, que **el buen nombre y prestigio de la Administración pública es el valor relevante a proteger**, preservándolo de prácticas que tienen su origen en comportamientos que llegan a afectar e intentan deslegitimar la reputación y credibilidad de la justicia jurisdiccional y administrativa. Y no es que se trate de valores espirituales o se esté subjetivizando el bien jurídico, más allá de la deprimente (en temas de profesionalismo y rigor jurídico) o meritoria situación de la justicia (con sus logros significativos o precarios), dado que es un punto de partida central que la reputación y la buena marcha de las instituciones oficiales de justicia no pueden ser adocenadas con los comportamientos contenidos en el tráfico de influencias, ello sin perjuicio de la crítica que pueda hacerse al sistema.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico protegido. Décimo quinto. [E]l bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración pública ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al mo-

mento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio)*.

Sentencia de Casación N.º 374-2015-Lima, del 13-11-15, FJ 15. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

***Bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias.* 3.2.** [...] "No toda la Administración Pública es protegida en este tipo penal, porque no toda esta institución es puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido —como sí lo hacen otras legislaciones— el destino de la acción ilícita a todo el contexto de los funcionarios, sino solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. El objeto de tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración Pública específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente [...]. Al tratarse de un delito de peligro, es coherente señalar que el objeto de tutela penal se haya puesto en una posición de riesgo con el accionar del sujeto activo" [Rojas Vargas]. **3.3.** 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, [...]. Aquí más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la influencia simulada, el patrimonio individual. Por cierto que, en relación con los dos primeros objetos el tipo penal peruano presupone en realidad un peligro [que según el caso puede ser abstracto o concreto]; mientras que en el caso de patrimonio individual [en la modalidad de influencia simulada] podría existir una lesión en la modalidad de recibir o hacer dar, y un peligro en la modalidad de hacer prometer [...].

R. N. N.º 1692-2013-Lima, del 24-02-2014, FF. JJ. 3.2 y 3.3. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

***La no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido no hace atípico el hecho imputado, pues el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto.* Cuarto.** [...] [Corresponde] puntualizar que la no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues recuérdese

> que el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400º del Código Penal, [...] es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas [...].
>
> R. N. N.º 4097-2008-Santa, del 28-01-2010, F. J. 4. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El razonamiento Jurisprudencial que indica que con este delito no se puede proteger "*ningún prestigio o el buen nombre de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de derecho*", olvida que es justamente condición de existencia de dicho Estado una justicia preservada del accionar de los traficantes de influencias, esto es, la protección del prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, que se constituye en el bien jurídico específico del delito y específicamente de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa, preservándolo del descrédito y la falsa sospecha de corrupción, en la imagen de la sociedad, con los que se conducirían los asuntos jurisdiccionales y de justicia administrativa.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Cualquier persona puede ser **sujeto activo**, esto es, un particular, un representante de persona jurídica o un funcionario o servidor público. En el caso de que el autor del delito sea un funcionario o servidor público, la norma penal agrava la pena.

Sujeto pasivo es el Estado. Resulta sumamente discutible que quien da el donativo, promesa o ventaja sea una persona agraviada en cualquiera de los supuestos de tipicidad admisibles,

salvo que se trate de una estafa, supuesto en el cual nos salimos de la esfera de acción del tráfico de influencias.

El comportamiento típico integra tres acciones íntimamente conectadas e inescindibles, cuya lógica de construcción legislativa explica las particularidades de este delito de corrupción, que a diferencia de lo que sucede con la mayoría de tipos penales especiales no puede concretarse solo con un verbo rector sino con un plexo o red multiaccional de comportamientos.

a) Invocar influencias (reales o simuladas);

b) Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero donativo, ventaja, promesa o beneficio; y

c) El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

"**Invocar influencias**" es el acto de atribuirse o arrogarse el sujeto activo —frente a terceros de forma directa o por intermediarios— la capacidad de poder determinar o motivar comportamientos del funcionario (o los funcionarios) consignados en la norma penal, con la finalidad de obtener del destinatario de la invocación, donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficios. Se trata de un comportamiento comisivo de acción, no susceptible de forma omisiva, dirigido a la personas interesada para, a cambio del medio corruptor, ofrecer interceder por ella ante funcionario o servidor de la justicia jurisdiccional o administrativa.

Las influencias pueden ser **reales**, esto es, el traficante efectivamente puede tener o posee cierto nivel de influjo sobre los actos decisionales del funcionario o servidor, aprovechando de sus nexos amicales, parentales, académicos, profesionales, jerárquicos, debilidades o vulnerabilidades del funcionario, etc. Como también

dichas influencias pueden ser **simuladas**, irreales, aparentes, engañosas, es decir, el sujeto activo le miente, engaña al interesado, lo que ha permitido afirmar que ella configuraría más propiamente una **estafa que un tráfico de influencias.**

JURISPRUDENCIA

Influencia simulada. No existe, entonces, ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400 del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una modalidad legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración pública, que, en buena cuenta garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida en que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consisten en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos; aquellos son, por tanto, delitos de lesión, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, con el propósito de lesividad.

Acuerdo Plenario N.º 3-2015 de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, fundamento 16.

Precisiones sobre la estafa y el tráfico de influencias simuladas. (Respecto del delito de estafa se tiene que la conducta desplegada por el procesado se encuentra dentro de los supuestos de configuración del mismo, pues mantuvo en error al agraviado —quien pretendía ingresar a la escuela técnica de la PNP— actuando como intermediario entre este último y su coprocesado, manifestándolo que tenía contactos para ayudarlo a ingresar, ello con el fin de obtener un provecho económico en detrimento del patrimonio del agraviado; pues tal como lo señala el agraviado le pidió la suma de 1500 dólares americanos a cambio de hacerlo aprobar el examen de conocimientos bajo la modalidad de suplantación. En cuanto al delito de tráfico de influencias, dicho tipo penal exige que el ofrecimiento de interceder a favor de alguien se refiera a un caso judicial o administrativo,

situación que no se da en el presente caso; puesto que el ofrecimiento de «ayudar porque tiene contactos» constituye parte del ardid que utilizaron los procesados para estafar a sus víctimas, por lo cual dicha conducta se encuentra subsumida en la figura típica de estafa; máxime si de autos no se desprende prueba fehaciente de que alguno de los procesados, en efecto, tenga contactos con algún funcionario o servidor que pueda intervenir en el proceso de admisión al ya referido instituto policial).

R. N. N.º 3889-2011-Junín, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

«Recibe, hace dar o prometer» donativo, promesa o cualquier ventaja representa el dato objetivo de comportamiento del traficante relacionado directamente con el medio corruptor que, como se ha señalado, hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para delito de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio. A partir de ese momento, el delito se habrá consumado, pues dicho cierre lleva implícito el ofrecimiento de interceder. ***Recibe*** es el comportamiento imputable al sujeto activo por el cual percibe, toma o acoge donativo, ventaja o beneficio, como prestación que hace la persona interesada en la lógica de la intercesión que esta espera del traficante. La persona interesada hace entrega del medio corruptor al traficante o a una tercera persona dispuesta por este. ***Hace dar*** expresa en cambio una suerte de resultado conductual producto del convencimiento logrado por el traficante, lo cual posibilita inferir que, a diferencia de lo que ocurre con el tráfico de influencias en la modalidad «recibe», aquí el origen de la acción de traficar influencias se focaliza más en el traficante que en el interesado. ***Hace prometer*** se entiende como el pacto logrado para que el otorgamiento del donativo o la prestación de la ventaja se concrete posteriormente, entendiéndose, luego de la intercesión en una lectura interpretativa de su sentido teleológico.

Lo dicho sobre el donativo, promesa o ventaja en la introducción a los delitos de cohecho es plenamente válido para el tráfico de influencias.

«Con el ofrecimiento de interceder» ante funcionario o servidor es el componente relacional del tipo que expresa el mensaje comunicativo que hace el sujeto activo al interesado, cuando invocó influencias, y que corresponde a la expectativa de la persona interesada que da el medio corruptor para que el traficante influya sobre el funcionario o servidor público.

«Interceder» es hablar ante alguien (en el presente caso el funcionario o servidor a que alude la norma), a nombre de la persona interesada que ha de conocer, está conociendo o haya conocido el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa lícita o ilícita, justa o injusta, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros. Solo en el supuesto que la intercesión se produzca, fase de agotamiento del delito, se verá afectada la administración pública.

Lo que tiene que producirse de parte del traficante es el ofrecimiento de interceder en un funcionario o servidor público, concreto, determinado, que se halle en cualquiera de los momentos procedimentales consignados en el tipo penal en el escenario del caso jurisdiccional o del caso administrativo. No será suficiente, para conferirle tipicidad a este delito, prometer intercesiones genéricas o irreales ello constituye una exigencia afín al principio de legalidad. Lo que no necesita concretarse es la intercesión en el sujeto público, al tratarse de un delito de peligro y simple actividad de dos direcciones —invocando influencias y ofreciendo interceder—, por así haberlo dispuesto la redacción del tipo penal 400 del Código Penal

JURISPRUDENCIA

Funcionario o servidor que esté conociendo un caso judicial o administrativo. (En lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo cuatrocientos del Código Penal hace referencia al «ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo» indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo. En el caso de autos, en el proceso de selección cuyo objeto era la contratación de empresas destinada a explorar y explotar hidrocarburos, no se trata de un procedimiento sancionador por afectación de un bien jurídico ni mucho menos de un procedimiento judicial, siendo este un presupuesto cuya concurrencia en el tipo es exigible para su configuración. En efecto, un proceso de selección es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos o hechos administrativos que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar la contratación de áreas en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y precisamente, se hace tal separación —acto administrativo del proceso judicial o procedimiento administrativo— para distinguir el Tráfico de Influencias de la Gestión de Interés, si ello es así, entonces llegamos a la conclusión que en el presente caso la imputación contra el encausado por delito de Tráfico de Influencias debe desestimarse por atípica, dado que el hecho atribuido al encausado no puede ser objeto de sanción penal por no encajara en la descripción típica del delito en mención y, por el contrario guarda relación con el ejercicio de la actividad de «gestoría de intereses», previsto en la Ley N.º 28024 —Ley que regula la gestión de interés en la Administración Pública).

R.N. N.º 677-2016 Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

Núcleo rector del delito de tráfico de influencias: Interceder. Décimo primero. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase «invocando influencias con el ofrecimiento de

interceder», esta expresión marca la especificidad hípica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases «recibir, hacer dar o prometer» configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) «Donativo, promesa o cualquier ventaja» son los medios corruptores. d) «Con el ofrecimiento de [...] constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

Casación N.º 374-2015-Lima (caso *Aurelio Pastor Valdivieso*), del 13-11-15, FJ 21. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La **norma** penal **no exige** que el traficante **haya llevado a la práctica** su ofrecimiento de intercesión para dar por consumado el delito. El hecho de que efectivamente se produzca dicha influencia en el funcionario o se intente influir es irrelevante para dar por perfeccionada la tipicidad del delito. Esta característica del modelo peruano lo diferencia de la fórmula típica del artículo 411 del Código Penal colombiano que requiere que el traficante utilice su influencia e igualmente del artículo 428 del Código Penal español, cuya redacción se refiere al funcionario o al particular que influyere. Modelos legislativos de tráfico de influencia en lo que si llega a afectarse en grado de peligro al bien jurídico imparcialidad, lo que no sucede con el tipo penal nacional.

El delito en estudio posee una lógica interna que **vincula** estrechamente **la entrega** del donativo, la realización de la promesa, ventaja o beneficio **con el acto previo de la invocación de influencias** orientado a interceder por el interesado en la administración de justicia (jurisdiccional o administrativa). Esta lógica de presentación del supuesto es lo que hace tan atractiva la figura para las personas interesadas en obtener actos o decisiones funcionariales en mejores condiciones que las derivadas de la marcha ordinaria de la administración de justicia, por lo general, caracterizada por su lentitud, burocratización y discutible eficacia.

JURISPRUDENCIA

El tipo penal no exige el ejercicio efectivo de la influencia invocada sobre el funcionario o servidor público determinado. [El tipo penal] exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas —no se requiere de ejercicio efectivo de la influencia— y, en tal virtud, obtenga determinados beneficios —no necesariamente patrimoniales— con el ofrecimiento de influir en un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Exp. N.º 2218-2005-Arequipa, del 10-04-06. Sala Penal de la Corte Suprema.

El **papel** que cumple a nivel de relevancia penal, el **funcionario** o servidor público que ha sido objeto de la influencia o ha tomado conocimiento de ella, es bastante discutible dado lo matizado que se presentan las posibilidades.

El **papel** que cumple la **parte interesada** que entrega el donativo o da la promesa o ventaja es objeto igualmente de debate, admitiendo numerosas lecturas.

JURISPRUDENCIAS

Tercero interesado. (En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito. (Así lo entiende también la ejecutoria suprema de 24 de febrero de 2014, R. N. 1692-2013). En sentido estricto, el comprador o solicitante de influencias no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración «necesaria», o enmarcada dentro del rol resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [...]. En síntesis, el «,comprador solicitante de influencias» es decir, el «interesado» en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus catos en fase previa la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el «vendedor de influencias» mediante un influjo

síquico [...]. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente). Acuerdo Plenario N.º 3-2015, Fundamentos Jurídicos 9 y 11.

Valoración de prueba que desvirtúan los alegatos de los acusados

[Desvirtuando] los alegatos de inocencia de la procesada y su coprocesado, en el sentido de no haber recurrido a su coprocesado para beneficiarse con la obtención de resoluciones judiciales que terminaron favoreciendo al hermano de la primera para acceder al beneficio penitenciario de semilibertad y al segundo en el proceso civil sobre ejecución de garantía seguido con el Banco de Crédito del Perú; argumentos que no resultan creíbles, como se verifica de autos, ya que el procesado ha relatado detalladamente en su declaración instructiva, la forma y circunstancias como los anteriores le solicitaron su intervención e influencia ante las autoridades que conocían dichos casos, versión ratificada con la declaración prestada por la testigo; que resulta obvio que conviviendo la procesada con el jefe del SIN durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó, y, por ende, era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona, y como era de conocimiento público de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal. Es por ello, que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener resoluciones judiciales favorables a su hermano y a su tío político y coencausado, lo que en efecto así sucedió.

R. N. N.º 1401-2003-Lima, del 23-07-03, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Carece de interés para tipificar el delito si la iniciativa de interceder partió del traficante o del interesado, así como el monto del medio corruptor que incrementa el patrimonio del sujeto activo, o la entidad de la ventaja, así como si el interesado vio o no satisfechas sus expectativas. Si es de interés en cambio acreditar probatoriamente que el agente invocó influencias —como conducta de origen o luego de la insinuación del interesado— ante el tercero interesado con el objeto de interceder ante funcionario de un caso judicial o administrativo, al igual que si recibió, se hizo dar o prometer donativo promesa o ventaja.

JURISPRUDENCIA

Ausencia de prueba. (El delito de tráfico de influencias exige como elemento del tipo la existencia de promesa de donativo a favor del sujeto activo, así como la invocación o uso de influencias reales o simuladas, por lo que del análisis de los actuados se ha llegado a constatar que la conducta imputada a la acusada no constituye el citado delito, en razón de que no reúne los elementos constitutivos del mismo, pues no se ha comprobado que la encausada hubiera demostrado tener influencias reales o simuladas con algún efectivo policial o servidor o funcionario de la Fiscalía Provincial a cargo de la investigación del delito; [...] ni se ha actuado prueba que demuestre que la imputada ostentando influencias haya solicitado beneficio o dádiva para interceder en el caso en mención; asimismo, en cuanto a la recomendación telefónica [...] tampoco reúne los elementos constitutivos del tipo, pues no se ha llegado a determinar con prueba de cargo que la encausada en la conversación sostenida y narrada por el policía, en la que le solicitó un trato favorable para su coencausada, invocara influencias con algún superior jerárquico de la Policía Nacional del Perú o de funcionario del Ministerio Público a cargo de la investigación preliminar del caso, por lo que su conducta resulta atípica a efectos del delito).

R. N. Nº 1955-2011 CALLAO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

El delito es **doloso**. Se requiere, por la propia naturaleza de la acción consistente en invocar influencias, de dolo directo para dar por perfeccionada en su tipicidad subjetiva el delito. Asimismo, es necesario el ánimo de lucro en la conducta del agente.

La intervención de los abogados, usualmente corresponde a actos orientados a influir en el juez para lograr resoluciones o decisiones que satisfagan sus expectativas de defensa o patrocinio. De modo que dicha influencia está dentro del marco de lo jurídicamente permitido y tolerable. Los límites entre la influencia permitida de quien ejerce función de abogado y la influencia típica del delito de tráfico de influencias siempre son difíciles de precisar, pues entre abogado y cliente existen relaciones de servicio y remuneración, donde incluso los excesos verbales en los que incurra el abogado

en el sentido de tener influencias en el juez, pese a lo indebido del asunto pasa por ser un tema que, en lo general, admite un marco de conducta impropia de abogado, salvo que se orienten a corromper al funcionario juez en lo judicial o administrativo.

JURISPRUDENCIA

El rol del abogado y la práctica de influencias. Cuadragésimo séptimo. Los ciudadanos con problemas legales tienen derecho de ejercer su defensa a través del número de abogados que les sea posible, con la sola limitación que se establezca en cada procedimiento, que lo haga uno por uno y el otro sea de interconsulta si se trata de audiencias. Se espera de los abogados conozcan la ley, la doctrina, la jurisprudencia y el caso concreto, así como la cultura de las instituciones en las que deben patrocinar a sus clientes, que desconocen lo primero. Será en función de las peticiones concreta de sus patrocinados, que se informarán de sus pretensiones por ellos u otros abogados que tuvieran en el contexto del conocimiento profesional citado. En todo caso el número estará en función de la capacidad económica y honorarios que pacten los interesados en sus servicios. **Cuadragésimo octavo.** Ambas conductas se encuentran dentro del comportamiento permitido, conforme con lo fundamentado en los considerandos anteriores, pues no se dirigen a efectuar ofrecimiento fuera de la ley, de corromper a los funcionarios ni obtener un resultado o beneficio ilegal, siendo la modalidad típica que se le imputó al procesado la menos lesiva, al ser de la de influencia simulada, por la cual recibió la promesa de honorarios para labores que cotidianamente se practican en el ejercicio de la profesión de abogado, dentro de lo establecido por la ley. [...] **Quincuagésimo segundo.** La sala de apelaciones, para descartar la presencia de esta causa de justificación, señala que el imputado no realizó una defensa, pues no se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes, para el estudio de los procesos, no contó con la documentación de los expedientes [...]. Análisis que es sobre hechos posteriores al acto imputado como tráfico de influencias simulado, es decir, que para determinar que no cumplen con los supuestos de la causa de justificación se han valido de hechos no relevantes que constituyen una motivación aparente, porque según el principio de legalidad, el delito se ejecuta cuando se cumple el núcleo rector «invocando influencias para interceder». Pero, como hemos demostrado, es una práctica permanente que los abogados realicen una serie de actuaciones que no exigen el protocolo y que está

permitido por las normas legales citadas sobre derechos y obligaciones del ejercicio de la profesión de abogados, como aquella de gestión de intereses.

Casación N.º 374-2015, Lima, del 13 de noviembre de 2015, de la Sala penal Permanente de la Corte Suprema.

4.4. Consumación y tentativa

El delito de tráfico de influencias es un tipo penal comisivo de peligro abstracto y de **consumación instantánea**, la misma que se produce cuando el sujeto activo recibe el donativo, o cuando se produce la promesa de entrega del donativo, ventaja o beneficio, bajo las condiciones establecidas en el tipo penal.

Hay que tomar en cuenta que los **medios corruptores** aportados por el interesado deberán hallarse en **vinculación directa** con el ofrecimiento hecho por el traficante de interceder ante los funcionarios o servidores que la norma penal consigna. De no existir ofrecimiento de intercesión y sí la entrega del donativo, ventaja o promesa, se estará ante un acto de irrelevancia penal. Igualmente si el sujeto público ofrece interceder o intercede sin que exista de por medio instrumento corruptor no podrá configurase esta modalidad especial de corrupción, siendo atípica la figura.

La tentativa es posible.

La **modalidad agravada**, constitutiva de un delito de infracción de deber impropio, requerirá para perfeccionarse que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, sin necesidad de que éste posea una especial vinculación jurídica con el bien jurídico protegido, más allá de su vinculación administrativa genérica.

5. PENALIDAD

- Pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años más inhabilitación conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una

pena de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- Pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años cuando el agente es funcionario o servidor público más inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

BIBLIOGRAFÍA

ANREAZZA, Gastone. Il traffico d´influenze: tra prevenzione e repressione, en Francesco Cingari, *Corruzione: strategie di contrasto.* Firenze: University Press, 2013.

BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio. Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias. En Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. Delitos de los funcionarios púbicos*, Madrid, 1994.

CLEMENTE, JOSÉ L. *Cohecho y tráfico de influencias.* Lerner Editora, 2011.

CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Miguel.* El delito de tráfico de influencias. Adela Asua Batarrita. *Delitos contra la Administración Pública.* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica).* Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2014.

GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

HURTADO POZO, José. Interpretación y aplicación del artículo 400 del CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias. En *Anuario*

de Derecho Penal 2005, Lima, 2005. Disponible en línea: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_12.pdf>.

León Tomasto, Jean Marco. Problemas sustanciales en el delito de tráfico de influencias: el bien jurídico protegido y la punibilidad del tercero interesado. En *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 99. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

Manso Porto, Teresa. Breves notas críticas sobre el delito de tráfico de influencias a propósito del caso Noos. En María Puente Aba (directora) y Eva María Souto García (Coordinadora). *Corrupción y fraudes a consumidores y casos actuales. Perspectivas y casos actuales*. Granada: Editorial Comares, 2016.

Pimentel Cruzado, Dante. El adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de tráfico de influencias. En *Gaceta penal & procesal penal 87*. Lima: Gaceta jurídica, 2016.

Quispe Aquise, Iván. Los otros «finales» de la historia: el interesado como instigador en el delito de tráfico de influencias. En *Gaceta penal & procesal penal*. Lima: Gaceta jurídica, 2017.

Rodríguez Moro, Luis. Análisis normativo y jurisprudencial de los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 del Código Penal: especial referencia a la dificultad de su prueba, en María Puente Aba (directora) y Eva María Souto García (coordinadora). *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*. Granada: Editorial Comares, 2016.

San Martín Castro, César, Caro Coria Dino Carlos y Reaño Pescheira, José *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista, 2002.

Urtecho Navarro, Alejandro. La ilegitimidad de la intervención penal en el delito de tráfico de influencias simuladas: un enfoque a partir del bien jurídico y, a la vez, una crítica al Acuerdo Plenario 3-205/CIJ-116. En *Gaceta penal & procesal penal* 87, Lima: Gaceta jurídica, 2016.

Zimmerling, Ruth. *El concepto de influencia y otros ensayos*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía, del Derecho y Política, Coyoacan, 2001.

Glosarios

- Glosario jurisprudencial en delitos contra la administración pública cometida por funcionarios
- Glosario de términos jurídicos básicos en delitos contra la administración pública cometida por funcionarios

GLOSARIO JURISPRUDENCIAL
en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios

Abuso de autoridad (Causar perjuicio). [El] delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo 377 del Código Penal, [...] establece [que]: «el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo [...]», es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien. (R. N. N.º 231-2011-Tacna, considerando cuarto (Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

Abuso de autoridad (configuración). Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del derecho público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente. (R. N. N.º 2240-2002-Arequipa, Ejecutoria Suprema del 6 de agosto de 2003. En Diálogo con la Jurisprudencia, N.º 75. Lima, 2004, p. 266).

Abuso de autoridad (diferencia con el delito de usurpación de autoridad). El funcionario público que abusando de sus funciones ordene o cometa un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro o haga mal uso de su función comete delito de *abuso de autoridad*. El delito de *usurpación de autoridad* consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública, esto es, que se asuma o ejerza funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente. (Ejecutoria Suprema emitida el 12 de mayo de 1993. Exp. N.º 1971-92 [Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, Lima: PUCP, 2014, p. 17]).

Abuso de autoridad (objeto jurídico de tutela penal). 1. El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares. (Exp. N.º 137-98, Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de Lima del 18 de marzo de 1998. En Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: PUCP, 2014, p. 15). // **2.** Que, el artículo 376 del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera. (Exp. N.º 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998. En Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: PUCP, 2014.

Abuso de autoridad (obrar *in fraudem legis*). Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe

ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia. (Exp. N.º 20-2003-A.V., Sala Pena Especial. Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005 [Caso «Mobetek»], FJ 32).

Abuso de autoridad (tipificación). Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee en infracción de las leyes y reglamentos [...]. Cabe acotar que *no es un acto arbitrario* la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión. (Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2013, R. Q. N.º 17-2013).

Administración pública (como bien jurídico). [...] [No] solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección

constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que «la *Democracia representativa*, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (subrayado nuestro). (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Lima. Asunto: Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública, FJ 16).

Caudales o efectos. 1. Los libros contables supuestamente apoderados por los citados encausados no constituyen *caudales o efectos* —objeto material del delito de peculado—, pues, conforme lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera de manera unánime, ello comprende fundamentalmente al dinero u otros objetos dotados de valor económico, y los *efectos* comprenden a los documentos de crédito —valores en papel, título, sellos, estampillas— emanados de entidad estatal, que representan valores económicos y tiene carácter de negociables, tal como coinciden en tal criterio numeroso autores tanto nacionales como extranjeros; calidad que no tiene los libros contables por no ser susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) con fines contables o de administración. (Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 1998, R. N. N.º 4174-96, Junín). // **2.** [...] e) Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, FJ 7).

Cohecho. 1. [El] delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado [...]. (Ejecutoria Suprema del 7 de marzo de 2008, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 1406-2007-Callao, considerando quinto). // **2.** El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el «funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación a un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento». En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad. (Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011).

Cohecho pasivo propio. Que el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 393 del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas que, a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración pública. Así, el delito de cohecho pasivo propio, recoge a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del código Penal, referida a «aceptar» o «recibir» donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se

produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (*extraneus*); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto *intraneus* (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; b) la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector «solicitar», el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal «condicionar», supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución (Ejecutoria suprema de 11 de marzo del 2011, R. N. N.º 2667-2010-Arequipa, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerando quinto).

Cohecho pasivo propio (consumación). Que, el delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo 393 del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su

cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto indebido (Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, R. N. N.º 14-2001-Lima, considerando tercero [Anales Judiciales, Año Judicial 2003, T. XCII, pp. 31-32]).

Cohecho pasivo propio (sujeto activo). El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso, los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores) (Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011).

Cohecho pasivo propio (verbo rector). [El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema:] Cuarto: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término «aceptar», el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular

que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario (Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22, FJ 7, que constituye precedente vinculante a la R. N. N.º 1091-2004-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de 22 de marzo del 2005, considerando cuarto).

Colusión (delito de encuentro). [La] colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcionarial, sin que medien actos de concertación. (*Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N.º 30-20103 del 7 de noviembre de 2011 [Caso Cofopri]).*

Colusión (determinación indiciaria de la concertación). 1. La Sala Suprema determinó la existencia de una concertación defraudadora entre los acusados AAA y BBB, ambos de CTAR Ucayali, con las empresas EEE Servicios Ingeniería y Construcción SA y Constructora FFF EIRL a partir de los siguientes *indicios*: (i) El Comité Especial convocó a procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía de las Obras Públicas, invitando únicamente a dos firmas. (ii) Las empresas beneficiadas no se encontraban registradas en la base de datos del Registro Nacional de Contratistas ni como Ejecutor ni consultor de obras. (iii) Sobre

la necesidad de ejecución de las obras de construcción de cunetas y desencalamiento en tres casos fueron falsos y en los otros no existieron. (iv) La empresa contratista constructora FFF EIRL se encontraba suspendida temporalmente en los registros de Sunat. (v) Las seis obras fueron canceladas íntegramente pese a que no existían físicamente. (R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, de 2 de abril de 2014, considerando tercero [Actualidad Penal, vol. 11, Lima, Instituto Pacífico, 2015, pp. 188-194]). // **2.** Se tiene que no está probado en autos la necesidad y urgencia en la contratación de servicios, materia de los seis contratos cuestionados, menos aún su aplicación práctica; por el contrario, *existen indicios concurrentes y plurales* que acreditarían la concertación con las empresas favorecidas, siendo estos: a) la falta de instalación de un comité de adjudicación, conforme lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; b) el hecho de no haber estado incluido en el presupuesto de la entidad agraviada para su ejecución, entre otras irregularidades administrativas que se contraponen a la ley. (Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2009, R. N. N.º 2473-2009 Lima Norte [Gaceta Penal & Procesal Penal, N.º 18, Lima, 2010, p. 79]). // **3.** Del análisis efectuado al expediente, se colige que no ha llegado a acreditarse la responsabilidad penal del encausado en el delito de concusión, por cuanto existe en su contra cargos basados únicamente en imputaciones formuladas por su coencausado, las cuales no han podido ser corroboradas con otras pruebas idóneas, deviniendo estas en endebles, más aún si se tiene en cuenta el grado de enemistad que guarda este último con el encausado, quien a lo largo de todo el proceso ha refutado uniformemente tales imputaciones; concluyéndose en el sentido que existen fundadas dudas respecto a la culpabilidad de este encausado, encontrándonos frente a simples presunciones e imputaciones que no son suficientes para sustentar una sentencia condenatoria. (*Ejecutoria suprema del 26 de diciembre de 1994, Exp. N.º 8491-94-B Áncash* [Gómez Mendoza, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1996, T. II, p. 332]).

Colusión (no acreditación del acuerdo colusorio). 1. Que, consecuentemente, *no existiendo medio probatorio suficiente* que produzca certeza respecto a la existencia *de un concierto de voluntades* entre el representante legal de la empresa Ferretera Agrícola Sociedad Anónima y los procesados Arbildo Quiroz y Casas Casas, no se ha destruido la presunción de inocencia que a estos les asiste, de conformidad con el literal e, inciso veinticuatro, del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde revertir el fallo condenatorio dictado en su contra y disponer su absolución. (R. N. N.º 2421-2014-Cajamarca). // **2.** Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; c) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en la presente causa de la revisión de los autos se advierte que *no ha existido ningún acuerdo ilícito* para poder aprovecharse económicamente, advirtiéndose más bien una responsabilidad de carácter administrativo, en consecuencia, la conducta del procesado es atípica, lo que es corroborado con los informes de evaluación contable de la documentación sustentatoria y técnica de la inversión en la ejecución del citado proyecto, que han servido de base para que la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República denuncie los hechos ante el Ministerio Público, no precisando si el procesado tuvo participación en las irregularidades que en ella se señalan (Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003. R. N. N.º 3611-2002 Huánuco [Urquizo Olaechea, José, Castillo Alva, José; Salazar Sánchez, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 634]).

Colusión de resultado (comportamiento típico). Que la colusión desleal prevista en el artículo 384 del Código Penal es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que

al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, *constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración*; que, en ese orden de ideas, resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuírseles la comisión de este delito (Ejecutoria Suprema del 15-02-03, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios, fundamento sexto).

Colusión desleal (autoría). Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal, dado que, *no cualquier persona puede ser autor*, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución [...] (*R. N. N.º 1458-2012-Ica*).

Colusión desleal (contratación estatal). 12. La función constitucional de esta disposición (art. 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos [...]. **16.** [...] [La] eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son

los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución] (Exp. N.º 020-2003-AI/TC, FFJJ 12 y 16).

Colusión desleal (núcleo rector). El núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que el sujeto activo *quebranta la función especial* asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado (Ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009. R. N. N.º 4661-2007 Ucayali [Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 12. Lima, 2010, p. 192]).

Concusión (abuso del cargo). 1. [En] la concusión, quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían [...]. (Ejecutoria suprema del 26 de mayo del 2005. R. N. N.º 3448-2004-Ancash, considerando octavo [Anales Judiciales, Año Judicial 2005, T. XCIV, pp. 45-48]). // **2.** En autos se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito contra la Administración pública en su modalidad de concusión así como la responsabilidad del procesado Lisandro César del Rosario Pomar, no solo por la sindicación del agraviado Férreos Vásquez Arroyo, sino también por las demás pruebas actuadas que valoradas en forma integral crean convicción de la responsabilidad del encausado, debiéndose precisar que entre los medios probatorios que conllevan a tal determinación destacan las actas en las que se verificó que los cinco billetes de diez nuevos soles previamente fotocopiados y entregados por el agraviado, se encontró en poder del encausado, y la meditación de este en presencia del representante del Ministerio Público, que acepta haber recibido dicho dinero por estar atravesando una situación económica difícil [...]. Asimismo, el delito de Concusión se encuentra tipificado en el artículo 382 del Código Penal, y sanciona al funcionario

público que aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un beneficio patrimonial; situación que probadamente ha sido cometida por el encausado, careciendo de relevancia el resultado del trámite. (R. N. N.º 4470-2005 de 18-09-06. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. [Urquizo Olaechea, José y Salazar Sánchez, Nelson Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia: 2006-2010. Lima: Idemsa, 2011.

Concusión (comportamientos típicos). Que con relación al delito de concusión, al analizar los cargos imputados no es posible subsumirlos en los alcances de tipicidad del artículo 382 del Código Penal, pues para ello se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal, sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del agente, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal sub judice: entregar, transferir algo a alguien —o prometer— efectuar un ofrecimiento a futuro —en forma indebida—, prestación sin sustento alguno —un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro—, es decir que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona (R. N. N.º 1601-2006-Huaura de 28-01-09 [Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 12, Lima, 2010, p. 199]).

Concusión (configuración). El delito de concusión, para su configuración requiere que el sujeto activo, además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública le atribuya el carácter oficial a dicha conducta, lo cual no ha sido demostrado en el presente proceso, por cuanto la conducta desplegada por el citado justiciable fue la de contratar los servicios de la sociedad auditora con el objeto que realice

un diagnóstico situacional de los sistemas administrativos de la agraviada, sin que dicho servicio corresponda a una auditoría general que requiere la autorización de la Contraloría General de la República y que expresamente es señalado por la sociedad contratada, situación que determina que no se configure el delito anotado. (*Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002. Exp. N.º 4050-2002 Cono Norte de Lima* [Urquizo Olaechea, José; Castillo Alva, José; Salazar Sánchez, Nelson. *Jurisprudencia penal.* Lima: Jurista, 2005, p. 624]).

Destinatario para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. (Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, FJ 7).

Efectos. Ver *caudales o efectos.*

Enriquecimiento ilícito. 1. Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse [...] se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal. (Casación N.º 343-2012-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 2013). // **2.** [Dicho] ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derecho o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como

interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio. (R. N. N.º 847-2006-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de octubre de 2006). // **3.** Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente. (Exp. N.º 004-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 9 de febrero de 2010). // **4.** Sí es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio [...]. El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición. *(Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008, Lima, Tema II).*

Exacción (comportamientos típicos). 1. El tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o *emolumentos no debidos* o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio. (Ejecutoria suprema del 29 de setiembre de 1999. Exp. N.º 4628-98 Ancash [Revista Peruana de Jurisprudencia, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 394]). // **2.** El delito de *exacción ilegal*, contemplado en el artículo 383 del Código Penal, se refiere no solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares, sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para *exigir o hacerse dar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos* y que excedan la tarifa

legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley, sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado por dicho delito. (Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004. Exp. N.º 83-2004 Ancash [Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 215]). // **3.** El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo «extorsiona» con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias (Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1998. Exp. N.º 1380-98 Piura [Revista Peruana de Jurisprudencia, año II, N.º 4, Trujillo, 2000, p. 398]).

Exacción (configuración). 1. El encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, por cuanto se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado (Empafa Tumbes S. A), y si bien admitió haber recibido de parte del usuario la suma de cien nuevos soles para la regularización del servicio de agua, explicó que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento de la tarifa devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva (Ejecutoria suprema del 21 de octubre de 2010. R. N. N.º 32788-2008 Tumbes [Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 11. Lima, 2010, p. 209]). // **2.** Que el delito de concusión, en su modalidad de cobro indebido, previsto en el artículo 383 del Código Penal, establece entre otros que el funcionario mediante intimidación tácita de la condición que le asiste exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos; que en el citado ilícito,

la voluntad del agente debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio (ejecutoria). (*Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco* [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 124]). // **3.** Que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383 del Código Penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el funcionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda la tarifa legal, situación que no se da puesto que el mencionado incremento se dio mediante un acuerdo municipal, acuerdo que es atribución de los denunciados, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades; de lo que se colige que no se obligó al funcionario público, sino que de mutuo propio y en razón de los informes realizados por la contadora decidieron al respecto; que el principio de legalidad exige que para el juicio de tipicidad deben concurrir necesariamente los elementos subjetivos y objetivos del tipo, que en los de análisis no concurren ninguno ni otro pues como se ha señalado, los procesados no obligaron a ningún funcionario público a entregar contribuciones ni emolumentos no debidos, y si acordaron el pago referido en la denuncia esto se debió al informe contable que con carácter de asesoramiento presentó la Contadora, es decir que los procesados no tuvieron conocimiento exacto que el acuerdo transgredía la Ley de Presupuesto General de la República (Dictamen fiscal supremo). (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal. Lima: Jurista, 2004, pp. 124 y 126]). // **4.** En el caso sub materia, los cargos formulados al encausado no se han acreditado de modo alguno, en principio, por cuanto para que se configure el delito de cobro indebido, el tipo penal exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, lo que no concurre en autos, toda vez que los montos percibidos por el acusado, aparte de su

remuneración como docente, provenientes de los recursos propios de la unidad de posgrado de la Facultad de Educación han sido otorgados en mérito a una resolución rectoral y a lo dispuesto por la ley de presupuesto del sector público. (*Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2010. Exp. N.º 2916-2001 Lima* (Salazar Sánchez, Nelson. *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal.* Lima: Jurista, 2004, p. 149).

Informes de control. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados Informes Especiales—, que gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral. (Acuerdo Plenario N.º 2-2007-CJ/116, de 16 de noviembre del 2007, F. J. 7).

Infracción de deber. 9. [...] Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales [...] que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del *autor* —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. El autor del delito —*de infracción de deber*— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel *funcionario o servidor público* que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio

de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. (Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116, de 6 de diciembre del 2011, FJ 9).

Ne bis in idem. Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal que, en este supuesto, *la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa* en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque *ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines* o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes, posibilidad que admite el artículo 243 de la Ley N.º 27444; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas 16 de abril de 2003, 24 y 25 de noviembre y 28 de diciembre de 2004, emitidas en los Expedientes N.os 2050-2002-AA/TC, 2868-2004-AA/TC, 2322-2004-AA/TC, 3194-2004-HC/TC, respectivamente. (Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16-11-07, FJ 10, que constituye precedente vinculante a la R. N.

N.º 2090-2005-Lambayeque, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de 7 de junio del 2006, considerando sexto).

Negociación incompatible. Que, conforme al Acuerdo Plenario N.º 1-2010-CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal —importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública—. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración pública. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es parte *in fine* del Código Penal. *(R. N.* N.º *2068-2012-Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de 19 de abril del 2013).*

Negociación incompatible («Interesar»). En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la Corte Suprema sostiene que el delito materia de análisis tiene como verbo rector del tipo penal el término *interesar*, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un

contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros». En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...] (R. N. N.º 253-2012-Piura, de 13 de febrero del 2013).

Negociación incompatible («interesarse indebidamente»). [El *interesarse indebidamente* debe entenderse como un] desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido (R. N. N.º 373-2007-Lima, de 4 de julio del 2007).

Negociación incompatible (interés simulado). 1. [Entendemos por] interés simulado el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente público o están vinculadas con este; es decir, se aparente un accionar en concordancia con los intereses de la Administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. (R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque, de 11 de agosto de 2012). // **2.** [Se] considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de intereses de la Administración pública cuando en realidad son intereses particulares o personales *(R. N. N.º 2270-2011-Piura, de 12 de setiembre de 2012).*

Negociación incompatible (tipicidad). [La] colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés

prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible], a diferencia del de colusión, no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcionarial, sin que medien actos de concertación (Expediente N.º 30-2010 del 07-11-11, de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima).

Patrocinio ilegal (carta de recomendación). Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385º del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere, que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública, entendiéndose ello como el asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe (Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1998, Exp. N.º 6315-97, Lima [Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 656]).

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

(Casación N.º 226-2012-Lima, de 26 de setiembre de 2013, décimo segundo y décimo tercero considerandos.

Peculado (cómo probarlo). 1. Constituye ya una línea jurisprudencial definida considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito. (Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, R. N. N.º 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la Corte Suprema). // **2.** En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal (Ejecutoria Suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N.º 3858-2001-La Libertad [Salazar Sánchez, Nelson. Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal. Lima: Jurista, 2004, p. 346]).

Peculado (consumación y tentativa). Que, igualmente en cuanto al delito de malversación de fondos previsto en el artículo 389 del acotado cuerpo legal, si bien es cierto que exige como uno de sus presupuestos que se dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban destinados, también lo es que para la configuración del mismo se incluye como elemento típico que la conducta tienda a la afectación del servicio o de la función encomendada; de ahí que la malversación de fondos sea un delito de resultado ya que de lo contrario estaríamos ante

una infracción administrativa no advirtiéndose de autos que se haya afectado el servicio; que siendo esto así resulta procedente disponer la absolución de los precitados encausados por los delitos materia de impugnación, de conformidad con el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales (Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2003, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios).

Peculado (definición y estructura típica). 6. El artículo 387 del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo[...]»; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como «Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos[...]»; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes «Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social[...]» (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de

protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. **7.** Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una *relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) *La percepción* no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c) *Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d) *El destinatario para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) *Caudales y efectos*. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes

que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, FFJJ 6 y 7).

Peculado (distinción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes frente al delito de peculado por extensión). QUINTO: Que en el denominado delito de peculado por extensión o «peculado impropio», los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizan es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita «propiedad» sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. SEXTO: Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente [...]. Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *animus rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado (Ejecutoria Suprema del 13 de enero del 2005, R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, considerandos quinto y sexto. Precedente vinculante).

Peculado culposo. 8. Respecto de la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea

que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente. **9.** En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: «la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. (Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, FFJJ 8 y 9).

Peculado culposo (estructura). Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal [...] y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/

CJ-116, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: «[...]Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. (R. N. N.º 4500-2005-Junín, de 6 de setiembre del 2007, considerando cuarto. Véase el texto en <bit.ly/1l3F4at>. Dicho considerando constituye precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo).

Peculado culposo (reconducción del título de condena por parte del Tribunal Supremo del delito de peculado doloso a peculado culposo). Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al Rector de la Universidad Nacional San Agustín, este tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la universidad, en razón de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una personas razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba [...]. Admitir que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdos que atenten contra el patrimonio o funcionamiento de la universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...] (Casación N.º 244-2013-Arequipa, de 11 de febrero del 2014, considerandos octavo y noveno.

Peculado por apropiación. Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo, recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía. Empero, quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento (Ejecutoria Suprema del 26 de junio de 2003, R. N. N.º 2337-2001, Lima [Rojas Vargas, Fidel. Jurisprudencia penal comentada: 2001-2003. Lima: Idemsa, 2005, T. II, p. 321).

Prescripción (criterios para su duplicidad). 15. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: A. Que exista una *relación funcionarial* entre el *agente infractor* especial del delito —funcionario o servidor público— y el *patrimonio* del Estado. B. El *vínculo del funcionario* o servidor público *con el patrimonio del Estado* implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o a custodia sobre bienes públicos. C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial [sic] una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes

públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía. **16.** Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal (Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, FFJJ. 15-16).

Tráfico de influencias («Interceder»). El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo 400 del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté o conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase «invocando influencias con el ofrecimiento de interceder», esta expresión marca la especificidad hípica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases «recibir, hacer dar o prometer» configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) «Donativo, promesa o cualquier ventaja», son los medios corruptores. d) «Con el ofrecimiento de [...]» constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita. (Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre de 2015. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N.º 374-2015-Lima [caso Aurelio Pastor Valdivieso], considerando décimo primero.

Tráfico de influencias simuladas. Décimo segundo. El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto de consumación. En el presente caso —tráfico de influencias simuladas— se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es

decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la conducta del imputado por este delito solo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector. Décimo tercero. Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general, obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia, se realizan subrepticiamente, de forma clandestina no pública. Décimo cuarto. Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado Pozo, Fidel Rojas Vargas, Peña Cabrera y Muñoz Conde, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría el principio de subsidiariedad del derecho penal. Décimo quinto. De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración pública ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal (principio de ultima ratio). El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función de suerte que en cuanto se trata de «influencia real» el sujeto pasivo

es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la administración pública sentencia de casación N.º 683-2018/Nacional del 17/7/2019. Sala Penal Permanente. (Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre de 2015. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N.º 374-2015-Lima [caso Aurelio Pastor Valdivieso], considerandos décimo primero al décimo quinto.

El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que en cuanto se trata de «influencia real» el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración pública. Sentencia de Casación N.º 683-2018/Nacional del 17-07-19. Sala Penal permanente.

GLOSARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS BÁSICOS

en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios

Abandono del cargo. Abandonar el cargo supone una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar seriamente el servicio público y, por lo mismo, la imagen de la administración. No se trata por lo tanto de abandonos que tengan causalidades diferentes (razones de imposibilidad física de asistir, retenciones o secuestros de funcionarios, desastres naturales, etc.). El dolo del abandono del cargo marca la línea de diferenciación con los comportamientos que quedan en el ámbito disciplinario y se sustancian en dicho nivel.

Abuso de atribuciones. El abuso de atribuciones (esto es, de las facultades que el Estado —en sentido amplio— le confiere a todo funcionario público) supone: a) En primer lugar, la existencia previa y reglada de atribuciones que le dotan a dicho agente de las peculiaridades que le distinguen de otros funcionarios y de los servidores públicos. b) En segundo lugar, el funcionario deberá abusar de dichas facultades poseídas legalmente, ya sea haciendo un mal uso de las mismas, esto es, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o ya sea extralimitándose en sus funciones actuando más allá de lo permitido, solicitado o requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento.

Abuso del cargo. El sujeto público abusa del cargo cuando desnaturaliza los alcances reglados y discrecionales del puesto o empleo que el Estado —o, en sentido amplio, la Administración pública— le ha

concedido para usos oficiales determinados, al utilizarlos para producir acciones o resultados extrafuncionales y, en este caso, con finalidades patrimoniales ilícitas que le benefician personalmente o a terceros.

Abuso del cargo (enriquecimiento ilícito). La frase «abusando de su cargo» hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito.

Abuso genérico de autoridad. Nos encontramos ante un *delito especial propio*, por lo mismo, imposible de ser cometido por particulares. Es una *figura penal subsidiaria*, vale decir, que solo será aplicable al supuesto de hecho cuando las demás figuras legales de abuso concentradas o difusas en el Código o en leyes especiales, de existir estas, no resulten adecuadas conforme a los principios de especialidad y absorción. Se trata de un delito que *no define cuál es el acto arbitrario*, por lo mismo, posee naturaleza genérica o innominada, en el cual el tipo penal se abre, hallándose limitado tan solo por los otros indicadores de tipicidad objetiva.

Aceptar. Es la conformidad o complacencia verbal por parte del funcionario o servidor público frente a la propuesta de donativo o ventaja, o a la promesa de donativo o ventaja que le hace un tercero.

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

caprichosa, antojadiza del funcionario, que forma la decisión administrativa; y por un aspecto objetivo, expresado en el acto material que causa la lesión o perjuicio.

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

Administración. La administración es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales. El administrador de caudales o bienes gestiona o utiliza los recursos públicos en fines institucionales o de interés general.

Administración pública. Por *administración pública* podemos tener las siguientes lecturas: (i) Una *lectura orgánica o subjetiva* nos dirá que la administración pública es una *institución global*, conformada por diversos órganos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos y oficios. (ii) Una *lectura objetiva o funcional* determinará que se trata de un *conjunto de actividades* desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos que realizan así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos. (iii) Una *lectura teórica o gnoseológica* señalará que la Administración pública, en tanto ciencia, toma como objeto de estudio la *planeación y dirección* a todo lo relacionado con el sector público.

Albaceas. Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil.

Antejuicio. La vía del antejuicio, que en realidad es un mecanismo de protección institucional del alto funcionario consignado en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política ante probables denuncias instrumentales o preorientadas, se constituye en una causal de suspensión de la prescripción, bajo los reguladores normativos del Código Penal.

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

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

Beneficio. El beneficio es el mecanismo corruptor que ha sido incorporado por Ley N.º 28355 (del 6 de octubre del 2004), en la redacción modificada de todas las figuras penales de cohecho reguladas en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII (Delitos contra la administración pública) del Código Penal, queriéndose cerrar con él el ámbito de protección del bien jurídico. Se entiende que lo que no pueda ser considerado como donativo o ventajas, por criterio de subsidiariedad, será un beneficio. El tipo penal de cohecho pasivo impropio agrega el calificativo de «indebido» al beneficio.

Beneficio patrimonial. Es toda utilidad ventaja o ganancia medibles igualmente en términos de dinero que no configuren propiamente la noción material de bien (así, promociones, descuentos, paquetes turísticos, empleos, etc.).

Bien patrimonial. Es un objeto mueble o inmueble pecuniariamente valorizable (mercancías, joyas, dinero, títulos valores, casas, predios, etc.).

Bienes pertenecientes a incapaces. Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposición o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).

Bienes pertenecientes a testamentarias. La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código penal español de 1850 y que define, según Escriche, tres conceptos fundamentales: a) la ejecución de lo dispuesto en el testamento; b) el conjunto de los documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador, y c) la reunión de los albaceas y ejecutores testamentarios.

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

Caudales. Con el vocablo «caudales» se comprende a cualquier objeto, bien mueble, dinero y valores negociables que por sí tienen un valor económico en el mercado y que forman parte del patrimonio público en sentido funcional. Son los bienes que se pueden vender y comprar.

Cohecho. El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede definirse como el mal uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones. Una definición como la presente tiene la ventaja de no generar mayores inconvenientes, ya que es genérica, no atiende a una modalidad específica de corrupción,

y toma en cuenta el criterio de lesión a la administración pública, no necesariamente en sentido patrimonial.

Cohecho activo específico. La presente figura penal de corrupción activa es una modalidad agravada con relación a la establecida en el artículo 397 del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa rasgos de similitud con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395, pero en modo alguno se puede señalar indiscriminadamente que constituya la versión activa del cohecho pasivo, pues hay marcadas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos. En efecto, si bien se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos especiales (juez, árbitro, etc.), y se emplean los mismos medios corruptores, sin embargo, el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad, e igualmente diferente es el componente finalístico y la penalidad. Ambas figuras guardan estrecha relación pero tienen autonomía legal al momento de ser aplicadas al supuesto de hecho delictivo (tipificación), así como al haberse establecido penas privativas de libertad distintas.

Cohecho activo específico («influir»). *Influir* es poseer la capacidad para generar un estado de motivación tal, de obrar en la voluntad o en los actos de alguien a efectos de lograr resultados deseados. La influencia es una forma de poder hacer que otro adecue sus actos a mis expectativas; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la mía.

Cohecho antecedente. Aquí el delito estará consumado con la solicitud efectuada o con la entrega del donativo, ventaja o el ofrecimiento de donativo o ventaja, no interesando si el funcionario o servidor cumplió o no con su contraprestación. No obstante, en uno de los extremos de este caso está abierto al debate la posibilidad de una singular modalidad de estafa y no de delito especial propio.

Cohecho mediante solicitud. En este tipo de cohecho, la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad, no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la entrega del bien o la concreción de la

ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa.

Cohecho pasivo específico. El código de 1924, en su redacción original, lo contempló únicamente para la figura del juez, pero considerando, además, una circunstancia agravante de penalidad, cuando la conducta ilícita se orientará a dictar sentencia intencionada en materia criminal. La redacción actual del artículo 395 es el resultado de la reforma introducida por la Ley N.º 26643, de 26 de junio de 1996, y por la Ley N.º 28355, de 6 de octubre de 2004.

Cohecho pasivo específico (fiscal). El fiscal es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público, que tiene como misión la defensa de la legalidad y la representación de la sociedad en juicio, entre otras atribuciones establecidas en su ley orgánica y de funciones. El término *fiscal* es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar policial).

Cohecho pasivo específico (magistrado). El vocablo «magistrado» tiene dos acepciones. Una en *sentido amplio* para comprender con él a todo funcionario público que posee autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresan en esta definición amplia jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.). En *sentido estricto*, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta solo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, jueces superiores, supremos; (titulares y suplentes, interinos o provisionales), los jueces del Tribunal Constitucional y los del fuero militar policial. La norma penal utiliza aquí un concepto estricto de magistrado, razón por la cual específica a continuación el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

Cohecho pasivo específico (miembro del tribunal administrativo). Hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal, los cuales se han incrementado en la medida de la mayor estructu-

ración y ordenamiento de las funciones administrativas. Se trata de entidades de administración de justicia civil no jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del Indecopi, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Tribunal Fiscal, etc. Cabe señalar que la norma penal emplea el término «miembro» para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

Cohecho pasivo impropio. Es un delito típico de las corruptelas de baja intensidad extensamente localizadas en la administración pública y cuyas redes, por lo general, perviven a cuanta campaña anticorrupción se haya realizado en el Perú. El cohecho pasivo impropio es una forma atenuada de cohecho tanto por la penalidad más baja que le tiene reservada la norma penal como por la intensidad del injusto material en él contenida. En efecto, la pena en las dos modalidades de cohecho pasivo impropio resulta inferior que las establecidas para el cohecho pasivo propio.

Cohecho pasivo propio. El cohecho pasivo propio es uno de los delitos especiales de mayor incidencia imputable a funcionarios y servidores públicos, que al cometer el delito violentan el marco reglado de sus atribuciones; sujetos públicos que supeditan su ejercicio funcional o de servicio a la existencia de intereses patrimoniales ilícitos. El legislador ha utilizado una técnica compleja de redacción al comprender en las dos primeras submodalidades conductas comisivas y omisivas, antecedentes y subsecuentes.

Cohecho por recepción. En este tipo de cohecho, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la admisión del bien o la materialización de la ventaja.

Cohecho subsecuente. En el cohecho subsecuente a diferencia del cohecho antecedente, el delito solo se reputará consumado cuando se haya efectivizado la entrega del donativo luego del cumplimiento de acto de función o servicio.

Colusión de peligro. En el *delito de colusión de peligro* (colusión ilegal simple), primera parte del artículo 384, lo que interesa destacar es

que el funcionario negociador se concierta ilegal o dolosamente con el interesado, hace tratativas no permitidas que se orientan a defraudar la administración pública. En este caso, el tipo penal no requiere defraudación (afectación) patrimonial. La colusión simple tiene como verbo rector el término *concertar*. El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de peligro está dado por la frase «*concierta* con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado]». Se aprecia aquí cuál es el nivel del injusto sumamente lesivo a los intereses de la Administración pública: la concertación dolosa e ilegal del sujeto público con los interesados.

Colusión de resultado. En el *delito de colusión de resultado* (colusión ilegal agravada), la concertación de los sujetos es descubierta después de haberse defraudado el patrimonio del Estado. El núcleo rector en este tipo de colusión articula la acción de la concertación con la defraudación patrimonial, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto. Aspecto decisivo que define la tipicidad del delito de colusión de resultado está dado por la frase «defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado». Se aprecia aquí que el elemento primordial es la defraudación patrimonial a los intereses estatales que debe tener su causalidad u origen en una concertación ilegal.

Colusión desleal. La palabra colusión desleal o ilegal ya pone de manifiesto de qué delito se trata: colusión da la noción de pacto, de componenda, de arreglos subrepticios. El delito de colusión es un delito muy grave porque pone de manifiesto varios elementos negativos: a) El quiebre del funcionario que traiciona los intereses estatales, los intereses patrimoniales públicos. b) El carácter desleal del funcionario para con la nación. c) La falta de parcialidad para con los intereses públicos. d) El propiciar o facilitar que las empresas y/o que los interesados enfaticen y potencien sus intereses lucrativos contra la administración pública.

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

Complicidad secundaria (en delitos de función). En el tema de la complicidad en delito funcional puede producirse complicidad secundaria cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito.

Concertación dolosa. La *concertación dolosa* es el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo o estafa). La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y el interesado que contrata o negocia con él, tales como pactar la sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios o realización de obras, pagos por obras no concluidas, etc. La concertación supone así *acuerdos ilícitos entre las partes.*

Concusión básica. La figura penal de concusión regulada en el artículo 382 expresa una variedad de abuso de poder del funcionario y servidor público, caracterizada por la finalidad patrimonial de la conducta del agente. Esta particularidad puede llevar a colegir que también se estaría colateralmente protegiendo aquí el patrimonio de los particulares (mayormente las víctimas de dicho delito) que resultan directamente agraviados. El tipo penal posee una naturaleza compuesta, ya que existen dos verbos rectores que describen conducta marcadamente diferente (*obligar* e *inducir*). En la forma en la que el legislador ha construido la figura penal de concusión se ha logrado reunir en un solo tipo funcional elementos de extorsión, estafa y corrupción, lo que explica su alto grado de complejidad.

Condicionar. El uso del verbo "condicionar" en el cohecho pasivo propio implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley

o el reglamento al destinatario de una prestación o acto funcional. Supone una suerte de presión psicológica sobre su voluntad a efectos de conducirle a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo.

Contadores. Son estos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios.

Contrato (negociación incompatible). Con el término «contrato» la norma penal quiere aludir a toda negociación en la que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los procesos de selección de postores o con sus fases ejecutivas, pero también abre el espectro de aplicaciones a objetos jurídicos que se salen de la Ley de Contrataciones del Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a la normativa internacional, o los usos y costumbres del comercio internacional.

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

Corrupción activa (el delito de). Esta figura penal es la que tradicional e históricamente se ha conocido con el nombre de «soborno», donde el centro de la atención de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor sino en la de un sujeto indeterminado que trata o soborna a aquél. La corrupción activa puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva. El Código Penal ha ubicado ambos delitos de corrupción activa en un solo tipo penal, a

diferencia de las variedades de cohecho pasivo que son reguladas en tipos penales distintos. La corrupción activa, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se halla caracterizada por la existencia de una específica relación de complementariedad entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público que acepta el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura la existencia del delito de cohecho pasivo. La relación de complementariedad se produce así con una de las modalidades del cohecho pasivo, sin embargo, esto no es impedimento para señalar las diferencias existentes entre la corrupción activa y el cohecho pasivo, que van desde la menor penalidad del primero en el extremo superior de la pena hasta la diferente fuente de origen del acto de corrupción activa. En efecto, posee menor complejidad en cuanto solo admite modalidad antecedente, pero en contraparte posee fórmula compleja comisiva y omisiva en la modalidad activa impropia. El delito de corrupción activa no es un delito especial propio o impropio (delito de infracción de deber), ya que quien lo comete no es necesariamente el funcionario o servidor, sino un sujeto indeterminado, razón por lo cual se prefiere hablar de «corrupción activa» y no «cohecho activo».

Corrupción activa transnacional. De modo similar al tipo penal genérico, el centro de la atención de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor público internacional sino en la de un sujeto indeterminado que trata o soborna a aquellos. Asimismo, también puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva.

Corrupción blanca. Son las corruptelas de baja intensidad, que incluso llegan a ser soportables para el sistema, caracterizadas por su eventualidad, focalización individualización y falta de cohesión. Estas dos últimas son las que han constituido la tradicional fuente de clientelaje del sistema penal.

Corrupción gris. Es aquella endémica de las corruptelas que asolan la función pública sin ser sistemática.

Corrupción negra. Es aquella de las élites políticas, económicas y militares que se define por ser sistemática, institucional y de alta incidencia económica.

Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. Estamos frente a una extensión de tipicidad del artículo 395 al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto en estudio. En efecto, los componentes típicos del artículo 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar, pues en estos sujetos no se concentra la potestad de decidir un asunto de índole judicial, litigioso, administrativo o técnico especializado. Igualmente la equiparación de autoría de funcionarios o servidores públicos hecha al auxiliar de justicia y a quien desempeñe cargo similar resulta discutible. La figura penal, entonces, en su nivel de tipicidad, se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, auxiliares y afines.

Corrupción pública o privada. Se hace referencia, con dicha frase a las diversas prácticas socialmente desvaloradas de obtención de lucro o ventajas en las interacciones particulares. Los códigos penales latinos en pocas ocasiones regulan los actos de corrupción privada, a efectos de sancionar estas prácticas, bajo el rubro «delitos de corrupción», estando más bien repartidas en el ámbito de protección de diversos bienes jurídicos como, por ejemplo en los delitos contra la voluntad popular, contra el orden económico y en algunas modalidades de delitos patrimoniales (fraude en la administración de personas jurídicas).

Corrupción tradicional o institucionalizada. La primera hace mención a las distintas expresiones de corrupción recogidas en los códigos penales desde el siglo XIX, mientras que la segunda alude a las sofisticadas, complejas y globalizadas manifestaciones de corrupción que se genera, controla y decide desde los centros del poder político y económico, utilizándose a las instituciones del Estado y las reparticiones públicas a efectos de facilitar el contenido patrimonial ilícito de dicha delincuencia.

Curadores. Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios. La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) de incapaces; b) de administración de bienes; y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas específicas funciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del «curado». En lo que interesa al tipo penal, la cúratela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas, no deben rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).

Custodia. La custodia hace alusión a la conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor a los caudales o efectos.

Delito de abuso genérico de autoridad. V. *Abuso genérico de autoridad.*

Delitos de infracción de deber funcionariales. Los delitos de infracción de deber son llamados así por cuanto en ellos el sujeto activo que comete delito mantiene vinculación con la administración pública, mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal «Administración pública», frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose mundos en común (entre el funcionario-servidor y la administración y en general con las instituciones positivas) que identifica la Administración pública en un conjunto de subsistemas. La violación a estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción del deber.

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

Delitos de infracción de deber propios. Los delitos de infracción de deber propios son los que en sentido estricto definen a un delito

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

Distribución. La referencia a la palabra «distribución» hace referencia tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa.

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

Dolo penal. El dolo penal es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en los elementos que componen el tipo penal; la voluntad y conocimiento que lo integran están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.

Donativo. El donativo es el medio corruptor por excelencia y el más empleado. Reúne las siguientes características: a) Materialidad. b) Traducibilidad pecuniaria. c) Transferibilidad. d) Orientación finalista. e) Idoneidad: suficiencia motivadora. La orientación finalista como característica del donativo se refiere a que debe estar dirigido a obtener contraprestaciones ilícitas por parte del funcionario o servidor público, o lícitas —en el caso del cohecho pasivo impropio—, pero bajo su efecto motivador.

Efectos. Los «efectos» en la lógica del delito de peculado designa a todos los bienes que no valen por sí mismos sino por lo que representan (estampillas, sellos, consignaciones judiciales, giros postales, documentos valorados, distintivos oficiales, etc.).

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

Enriquecimiento ilícito. La actual redacción del tipo penal ha centrado su atención en el incremento patrimonial ilícito y en el abuso de cargo del funcionario o servidor público en el origen de ese incremento patrimonial ilícito. El tipo penal ofrece una modalidad básica y otra agravada, tomando en cuenta esta última la calidad y jerarquía de los funcionarios públicos involucrados. Técnicamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito es un delito de resultado, de naturaleza subsidiaria, que resultará invocable solo cuando el supuesto de hecho no haya podido ser subsumido por otra figura funcional de enriquecimiento (peculado, cohecho (concusión).

Especialista (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). Es el funcionario del Poder Judicial que se encarga de proyectar resoluciones, entregar al secretario del juez el expediente judicial expedito para las actuaciones procesales que correspondan. También asiste al juez en la fijación de los puntos controvertidos o en los que serán materia de pronunciamiento judicial, así como en el saneamiento probatorio. Cursa las comunicaciones correspondientes y notifica a las partes para que presenten los medios probatorios ofrecidos, bajo responsabilidad, entre otras funciones.

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

Exacción (exigir contribuciones no debidas). Implica demandar enérgicamente al supuestamente obligado el cumplimiento de obligaciones, para con la administración pública, inexistentes o excesivas.

Exacción (exigir emolumentos). Supone demandar o solicitar imperiosamente remuneraciones no debidas o excesivas que irán a engrosar ilícitamente el patrimonio del funcionario o servidor público.

Exacción (hacer entregar contribuciones o emolumentos). Esta modalidad de exacciones ilegales representa una formula típico-descriptiva controvertible, si es que la analizamos desde el elemento normativo «contribuciones», ya que comunica la idea de que la acción se dirige a terceras personas distintas de las supuestamente obligadas o de las obligadas a contribuir en cantidad menor a la exigida.

Exacción (hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos). Representa la ejecución material de la exigencia, que igualmente no ha merecido una distinción por parte del legislador a los efectos de incrementar el grado de ilicitud penal a través de la sanción estatal. Hacer pagar, sin embargo, también puede significar una conducta autónoma sin relación de progresividad —vista retrospectivamente— con la exigencia.

Fuerza pública. Hay que entender, en una primera línea general, que con ella nos estamos refiriendo a la Policía Nacional, pero también en determinados casos a fuerzas públicas sectorizadas (policía municipal, penitenciaria, etc.), dada la importancia que estas han adquirido en la actualidad y que pueden ser instrumentalizadas por funcionarios infractores.

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

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

Funcionario público (concepto administrativo). Es el más estricto y riguroso, pues si falta uno de sus componentes principales se quiebra el concepto. Estos componentes son tres: 1. *El título, válido por su origen y formalidad.* El título que le otorga condición pública al sujeto puede provenir: a) *por elección popular directa* (presidente de la República y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, gobernantes regionales) o *indirecta* (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros de la Junta Nacional de Justicia, fiscal de la Nación, presidente de la Corte Suprema, etc.); b) *por nombramiento* (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera; y c) *por disposición legal*, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas. 2. *El procedimiento de formalización del título.* Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, que implica la incorporación del sujeto público a la administración pública. 3. *La asunción efectiva del cargo*, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el Derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*. 4. *Otros requisitos no determinantes* se aúnan al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto.

Funcionario público (concepto penal). El derecho penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a efectos de no dejar espacios de impunidad y por decisión político-criminal se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a *equiparar a la calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares* colocados en una especial cercanía al bien jurídico administración pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro. La equiparación se da en dos direcciones. i) En primer lugar, a través de *específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad* (artículo 386 del CP: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores curadores y albaceas; artículo 392 del CP: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodien dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social). ii) Mediante el inciso tercero del artículo 425 del CP, que en una *cláusula general* considera funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Se puede consensuar que también el segundo párrafo del artículo 388 del CP (peculado de uso), posibilita ampliar la calidad de funcionario o servidor público al contratista de obra pública y sus empleados cuando usan bienes pertenecientes al Estado, en ámbitos distintos a los oficiales.

Funcionario público (concepto penal internacional). Para los fines de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se entiende por «Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Funcionario público extranjero o internacional. a) Por «funcionario público» se entenderá i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte. b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

Ilícitos administrativos. En los **ilícitos administrativos**, el dolo del agente que supone igualmente y sobre todo conocimiento además de voluntad— es dolo de infracción de la norma administrativa sin que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales. En el ilícito administrativo-disciplinario se violan normas administrativas vinculadas a deberes administrativos de base ética y funcional.

Inducir. Supone, en el marco de tipicidad del delito de concusión (art. 383 del CP), persuadir o convencer a la víctima a fin de que dé u ofrezca el bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un

proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa (engaños, estratagemas, apariencias de realidad).

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

Infracción de deber. v. *Delitos de infracción de deber.*

Interceder (tráfico de influencias). «Interceder» es pedir, bajo condiciones de ventaja o posibilidad de lograr la pretensión, a nombre de la persona interesada frente al funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros. Solo en el supuesto que la intercesión se produzca, fase de agotamiento del delito, se verá afectada la administración pública.

Invocar influencias (tráfico de influencias). Es el acto de atribuirse o arrogarse el sujeto activo —frente a tercero— facultades de poder determinar o motivar comportamientos del funcionario (o los funcionarios) consignado en la norma, con la finalidad de obtener donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio de parte de dicho tercero. Se trata de una conducta activa directa o indirecta dirigida a las personas interesadas en algún caso judicial o administrativo con el ofrecimiento de interceder por ellos ante la justicia jurisdiccional o administrativa, a cambio de la entrega de beneficios o ventajas.

Malversación de fondos. El delito de malversación, o distracción de fondos como también se lo conoce en otras legislaciones penales, no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un ilícito, de evidente factura administrativa, de mal uso de los dineros y bienes del Estado o de las diversas reparticiones públicas, al asignárselos a destinos no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria.

Malversación de fondos (aplicar en forma diferente). Aplicar en forma diferente admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de la Administración Pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones.

Malversación de fondos (definitividad). La definitividad de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante hay que tomar en cuenta los periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen que sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se halla redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva diferente, es decir, no está en la naturaleza del bien ser menos o más fungibles a efectos de tipicidad, sino que este extremo del comportamiento típico se halla íntimamente vinculado a la disposición causal que el

agente realice de dicha circunstancia; es en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente. El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de juego técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también a imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado. Será definitiva la malversación cuando la misma es irretornable contablemente a la partida de origen, en un contexto de conducta innecesaria y dolosa. El tiempo y la modalidad de retorno —a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad— se corresponden con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema.

Obligar. «Obligar» quiere decir ejercitar una suerte de violencia, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella que (sin la coacción) habría realizado, y que en este caso afecta su patrimonio.

Ofrecimiento de interceder (tráfico de influencias). «El ofrecimiento de interceder» ante funcionario o servidor es el componente del tipo penal que orienta el mensaje enviado por el traficante cuando invocó influencias y que se corresponde con las expectativas de la persona interesada que da el donativo o la ventaja.

Operación (negociación incompatible). En cambio, por «operación» se entiende toda actividad del Estado de contenido, por lo general patrimonial, en la que actúa y decide unilateralmente (confiscaciones, liquidación de empresas públicas, etc.).

Patrimonio público. El *patrimonio público* (término inclusivo para comprender los caudales y efectos) no es solamente el tesoro del Estado ni el dinero de los ministerios. El concepto «patrimonio público» comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración pública.

Más aún, por patrimonio público se entiende también a aquellos bienes particulares (privados) que se encuentran temporalmente bajo administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre esos bienes.

Patrimonio público (concepto funcional). Con este concepto se abarca todos los bienes que se hallen bajo propiedad o administración del sector público, con el que se comprende también a los bienes de particulares que en el momento de la comisión del delito se encuentren bajo posesión o administración del sector público, sin que se requiera siquiera analizar en este punto la posibilidad de que efectivamente pasen a propiedad del Estado, por cuanto el sujeto público, una vez que dichos bienes de origen particular han ingresado legítimamente a su esfera de administración, se halla en *posesión oficial de garante* con respecto a ellos y por lo mismo, si se los apropia, cometerá peculado y no un delito patrimonial común.

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

Patrocinio ilegal. El tipo penal de patrocinio ilegal penaliza comportamientos que dolosamente el funcionario los orienta a procurar *favorecimientos indebidos* que optimizan indebidamente la situación del particular y que quiebran la igualdad de trato que se debe a los

usuarios del sistema de la administración pública. Es decir, aprovechándose de su estatus de funcionario público, *el sujeto público introduce intereses privados*, fuera de los marcos que la ley o el reglamento posibilitan. El delito de patrocinio ilegal es así una figura de *prevalimento o de aprovechamiento de los poderes o las ventajas* que permite el cargo de funcionario o la posición oficial que asume el servidor público.

Peculado (rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad). En el caso del delito de rehusamiento, el tipo penal regula la conducta del funcionario o servidor público que, pese a ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos en su custodia o administración. El rehusamiento, a diferencia del retardo, es un comportamiento donde el agente coloca un plus mayor de desobediencia a los mandatos jurídicos recaídos en los deberes del cargo que le obligan a cumplir. Al igual que en el retardo del artículo 290, el tipo penal no exige que el funcionario o servidor público obtenga algún provecho patrimonial. Asimismo, si la imposibilidad de cumplimento derivara de un comportamiento de apropiación de los bienes, estaríamos propiamente ante un delito de peculado. A diferencia de lo que sucede con la figura penal de retardo, el tipo penal de rehusamiento requiere de la existencia de requerimiento que intima al sujeto infractor a la entrega del bien, requisito colocado por la existencia previa de relaciones de posesión con los bienes mediante formas jurídicas de depósito, custodia o administración con las que ha entrado el sujeto público en vinculación jurídica con el dinero, cosas o efectos.

Peculado culposo. En el delito de peculado culposo se protege un bien jurídico general y un bien jurídico específico. En este tipo el funcionario público permite con su negligencia o imprudencias que terceras personas se lleven los bienes. Lo que está en juego aquí no es la honradez o la probidad del funcionario sino una correcta administración o custodia del patrimonio público y preservar la intangibilidad de ese patrimonio.

Peculado específico de uso. Contemplado en el artículo 388 del Código Penal, el peculado específico de uso ha sido construido privilegiando un sector importante y sensible del patrimonio público objeto material del delito. La norma penal ha enfatizado determinados bienes a efectos de comprenderlos en esta expresión de peculado atenuado: vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallen bajo su guarda. Si ya de por sí los términos *vehículos* y *máquinas* permiten abarcar una amplia gama de especies, con la frase «cualquier instrumento de trabajo» ingresamos a una tesitura considerable de objetos materiales de delito. En efecto, «instrumentos de trabajo» posee un significado muy amplio, que puede llegar a atentar contra la racionalidad de la aplicación penal de dicho dispositivo, y que merecerá por parte del operador jurídico una interpretación restrictiva conforme a principios de lesividad y *ultima ratio*. *Usar* o *permitir* dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados.

Peculado específico de uso (fines personales). Los *fines personales* cubren todo un espectro de usos que le son inherentes a la vida privada del sujeto público, abarcando tanto a su núcleo familiar como suyo propio. No se trata de equiparar vehículo para fines personales con vehículo de uso oficial o vehículo para fines del servicio, pues los destinos son diferentes.

Peculado específico de uso (servicio personal por razón del cargo). El servicio personal por razón del cargo le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales y del servicio imponen. Incluso por vía de interpretación extensiva cubre también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de tales bienes.

Peculado por apropiación. En el peculado por apropiación el sujeto público hace suyo, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así un apoderamiento ilegítimo que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado han supuesto la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público.

Peculado por demora injustificada de pagos. Esta figura penal castiga al funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, apreciándose así los tres elementos del comportamiento típico de demora: (i) la existencia de fondos listos para el pago (presupuesto típico, y punto de partida de la imputación penal), (ii) retardo injustificado imputable al sujeto público (específica omisión ilegal del agente) y (iii) que el pago sea ordinario, esto es, la regular y acostumbrada o periódicamente establecida remuneración, sueldo o pago en general; o que en su defecto haya sido ordenado por la autoridad competente, cuando la obligatoriedad del pago haya sido objeto de decisión administrativa o judicial (naturaleza vinculante del pago). La demora injustificada del pago es lo que le da perfil propio a esta modalidad de peculado y, por ello, se entiende la omisión caprichosa en la que incurre el autor del delito, al no asistirle razón técnica ni humana para explicar su conducta de retardo. No se trata de que el agente no efectúe el pago sino que lo difiera, lo posponga o alargue sin causa que justifique tal actitud (por ejemplo, la no suficiente provisión de fondos, la orden de pago imprecisa decretada por la autoridad competente, etc.). El autor en este delito no puede ser, como resulta obvio, cualquier funcionario, sino solo aquel vinculado con la obligación de pago, pudiendo tratarse de un solo autor o de varios sujetos públicos de quienes depende la decisión de pago.

Peculado por utilización. En el peculado por utilización el agente no está movido por el *animus rem sibi habendi* [ánimo de hacerse propietario de un bien] sino por una voluntad que busca tan solo aprovecharse

de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad de apoderamiento definitivo o ingreso del bien a su esfera de dominio patrimonial o de tercero. Utilizar el caudal o efecto supone un apoderamiento temporal sin fines de apropiación, que deberá cesar e importar la restitución del bien al dominio público.

Percepción. La percepción se define como la acción de captar o recibir caudales o efectos de distinta fuente (de otras dependencias públicas, de particulares, de empresas privadas, de colectivos sociales, de fuentes extranjeras, etc.) pero de procedencia lícita.

Peritos. Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión técnica u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente. Es muy vasto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, probidad y conocimiento.

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

haber hecho uso del pronombre indefinido «alguien» está dejando abierta la interpretación para llenar de contenido el término.

Policía. Por policía, en el marco de delito regulado en el artículo 378 del CP, se entiende, en sentido restrictivo, al integrante de la Policía Nacional del Perú, no pudiendo extenderse el concepto para abarcar al policía municipal o policías particulares. El sujeto activo está tomado, en la norma, en una dimensión indeterminada, para referirse al policía obligado a auxiliar, no a un efectivo en particular, tampoco a la institución policial.

Prescripción extraordinaria. Cuando ya está iniciado el proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementado en un 50 % (art. 83, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la prescripción de la pena, contada a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

Prescripción ordinaria. Es aquella en la cual termina el derecho del Estado a perseguir el delito, tomando en cuenta la pena máxima conminada para el delito, cuando aún no se produce investigación penal.

Principio de confianza. Regla de la teoría de imputación objetiva, que permite limitar la intervención penal cuando pese a producirse efectos lesivos sobre el bien jurídico, la persona obró de conformidad a sus roles o atribuciones, supuesto en el cual no se le podrá imputar responsabilidad penal, ya que no quebrantó expectativas de conducta. Principio que puede operar verticalmente (de superiores jerárquicos) u horizontalmente (entre pares). Principio de amplia aplicación en colectivos de trabajo u organizaciones complejas (administración pública, entidades societarias). Sin embargo decae en determinados casos, inidoneidad de uno de los actuantes, ante menores de edad, peligros intensos, dudas razonables, posición de garante, etc.

Principio de lesividad. El principio de lesividad implica que los comportamientos que están recogidos a título de delito en el Código Penal tienen que vulnerar intereses protegidos por el derecho penal o en su defecto deben ponerlos en peligro.

Promesa. La promesa se define como todo ofrecimiento de entrega futura de donativo o de realización de ventajas que incrementarán el patrimonio o favorecerán al funcionario o servidor público. Son características de la promesa su seriedad (determinadas y concretas) y posibilidad de concreción. La promesa dirigida al funcionario o servidor público puede ser formulada directamente o por intermedio de terceras personas. El contenido de la promesa debe estar circunscrito a los donativos (bienes muebles, inmuebles, dinero) o ventajas. El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene tal condición, siendo indiferente que se efectivice cuando esté —el sujeto público— en ejercicio efectivo de funciones, se halla gozando de licencia, permiso o vacaciones. Su materialización puede lograrse en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el agente público ha perdido ya su condición funcional. Debe existir vinculación de conocimiento en la promesa hecha al funcionario o servidor público, por lo mismo no se requiere que la promesa se concrete a efectos de determinar su grado de relevancia para la tipificación de la conducta.

Recibe, hace dar o prometer (tráfico de influencias). «Recibe, hace dar o prometer» donativo, promesa o cualquier ventaja, representa el dato material objetivo que hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para el delito de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio. A partir de ese momento, el delito se habrá consumado.

Recibir. Es la recepción física del donativo o concreción de la ventaja. En ambos casos se tratará de un cohecho de convergencia entre sujetos o agentes de delito que serán calificados normativamente con base a tipos penales distintos: por *cohecho pasivo* mediante aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y *cohecho activo* el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la primera gran modalidad de cohecho pasivo propio en la que la acción imputable al sujeto público (resultado de complacencia y resultado de recepción

de donativo o concreción de ventaja) es la respuesta a una acción previa de competencia de terceras personas.

Relator (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). El relator es el funcionario del Poder Judicial, encargado de llevar a cabo la relación de los expedientes judiciales ante los tribunales. La relación consiste en dar a conocer el contenido de los expedientes judiciales a los jueces que forman parte de dichos tribunales, atendiendo su carácter colegiado.

Responsabilidad administrativa. Se incurre en esta cuando el funcionario o servidor quebranta con su comportamiento alguno de los supuestos del catálogo de infracciones administrativas. A nivel nacional existe un régimen general de infracciones a la administración pública (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Ley del Servicio Civil), pero también existen regímenes específicos, regímenes particulares de vulneración a los intereses a la administración pública en particular, ya sea del Poder Judicial, del Ministerio Público, del profesorado, de las municipalidades, etc.

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

Responsabilidad política. La responsabilidad política alcanza a los funcionarios de alto nivel que, por lo general, están señalados en el artículo 99 de la Constitución Política: Presidente de la República, congresistas, ministros, jueces supremos, miembros del Tribunal

Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, (hoy Junta Nacional de Justicia) defensor del Pueblo y contralor general de la República. La responsabilidad política que cubre todo el ejercicio funcional del sujeto público, incluso hasta por cinco años de haber cesado en el cargo, alcanza a los altos funcionarios públicos y se articula no por la comisión de delitos sino por la vulneración a las normas constitucionales (infracción constitucional). Esta responsabilidad política se sustancia, por lo general, en la vía del juicio político que se viabiliza al interior del Congreso y supone la imposición de medidas político-administrativas: suspensión, inhabilitaciones y destitución.

Secretario judicial (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, etc.) colabora con el magistrado en la labor de administración de justicia, poseyendo capacidad de decisión en ámbitos administrativos (otorgar copias certificadas, refrendar resoluciones, autorizar actas, emitir razones e informes, colocar las tablas de causas, llevar el despacho, vigilar el cumplimiento de las notificaciones, etc.). En la práctica jurídica, quien conduce los procesos y orienta el criterio judicial resulta en no pocos casos el secretario. De ahí también que sea una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio.

Soborno. El término soborno alude a una acción concreta de contenido ilícito imputada a terceros, consistente en intentar comprar o comprar actos funcionariales del sujeto público o de un particular equiparado, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener prestaciones de contenido antijurídico. Tradicionalmente se ha hablado del delito de soborno para referirse con él al cohecho activo. En sentido restringido, *soborno* se utiliza para referirse al medio corruptor puesto en acción (donativo, entrega, ventaja, promesa, presente, dádiva, etc.)

Soborno internacional activo y pasivo. Este tipo de soborno podemos entenderlo como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dádivas, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura. Las características de este soborno se diferencia del tradicional, entre otros aspectos, por las implicancias político-sociales del mismo, que provocan el subsiguiente desmoronamiento de los valores ético-políticos, por la fuente de producción activa del soborno que considera tales prácticas un mecanismo ajustado al movimiento internacional del capital, estableciendo incluso asignaciones propias para tales fines en el presupuesto de las grandes empresas transnacionales y, finalmente, por el grado de presión y chantaje que sobre la clase política de los países supone el poderío de dichos conglomerados sin nacionalidad ni moral que no sea otra que el lucro y el poder. El soborno internacional es activo, cuando el agente acepta (funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público), reciba o solicite, directa o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

Solicitar. Por *solicitar* se entiende el pedido hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro, donativos o ventajas, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial. *Solicitar* es un verbo rector que configura así la segunda gran modalidad de cohecho pasivo: el cohecho pasivo propio mediante solicitud. Constituye una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal está radicado en la conducta del sujeto público que requiere determinadas pres-

taciones patrimoniales del sujeto indeterminado. Se trata así de un ilícito penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el mecanismo corruptor para consumar el delito, es decir, que no es dependiente de que el tercero a quien se dirige el requerimiento convenga o no en entregar o prometer. La particularidad de esta modalidad delictiva permite sostener que *no siempre el cohecho pasivo es un delito de concurrencia obligada*, sino que puede perfeccionarse con la sola manifestación de voluntad del sujeto activo.

Tasación de bienes. Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales incorrectas.

Tráfico de influencias. Se trata de un tipo penal que no goza de consenso en todas las legislaciones penales. Se le ha criticado el querer penalizar una práctica humana tan extendida y a la vez tan difícil de delimitar jurídicamente. En efecto, sobre la influencia, forma atenuada de poder, se ha señalado que no tiene fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos, como para correr el riesgo de criminalizarla. El modelo peruano, no obstante sus imperfecciones técnicas, ha tenido el acierto de restringir el ámbito de injerencia penal en esta materia a las influencias reales o simuladas en el sector de la justicia jurisdiccional y en la justicia administrativa, sin cubrir otros ámbitos de actuación funcional, diferenciándose en este punto de otras legislaciones penales que amplían tipicidad hacia otros contextos de actuación funcional (por ejemplo, el Código Penal español y argentino). Sobre el tipo penal reformado de tráfico de influencias y regulado en el artículo 400 del Código Penal se puede decir que es un delito común de enriquecimiento, poseedor de naturaleza de peligro y simple actividad, y que enfatiza el núcleo del injusto en la invocación de influencias dirigidas al interesado. Asimismo, este tipo admite una circunstancia agravada cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público. Sus imperfecciones residen en no haber regulado el papel que cumple el funcionario que es influido y tampoco haber destacado el mayor injusto en caso se produzca la influencia sobre el magistrado, además de seguir contemplando la influencia simulada como un delito contra la administración pública.

Tutores. Personas que ejercen tutela (Código Civil, artículos 502 al 563), es decir, el cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad (incapacidad por minoría de edad) que no esté bajo el régimen de la patria potestad (cuidado que ejercen los padres). El Código Civil regula el ejercicio de la tutoría que puede ser testamentaria, legítima o dativa. Las prohibiciones establecidas al tutor son, entre otras, las siguientes: a) comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; b) adquirir cualquier derecho o acción en su contra; c) disponer los bienes del menor a título gratuito, y d) arrendar por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia y cautelando los intereses del cautelado.

Ventaja. La ventaja comprende a todo mecanismo corruptor que no pueda ser considerado donativo, vale decir, que no reúna las características objetivas que definen tal medio corruptor (empleos, promociones laborales, servicios, descuentos inusuales, ascensos, información privilegiada, accesos a áreas reservadas de trabajo, etc.). El código utiliza las frases «cualquier otra ventaja» o «ventajas de cualquier clase», con las que connota la idea de apertura del contenido de la misma, no circunscribiéndola necesariamente a las de naturaleza patrimonial. La ventaja supone privilegio indebido, no merecido, por parte del sujeto público, que mueve su voluntad y lo determina o puede determinar en una dirección determinada a través de sus decisiones o resoluciones.

Ventaja política. Por «ventaja política» puede entenderse toda posición de predominio o privilegio conseguido, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario o servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas.

Ventajas electorales. Las «ventajas electorales» están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la Administración pública. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles

por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades.

Viáticos. Podemos definir a los viáticos como un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública —esto es, las diferentes reparticiones públicas—, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos diversos y delimitados se producen en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas. Los viáticos tienen las siguientes características: a) Poseen un contenido patrimonial (en dinero). b) Tienen naturaleza eventual. No puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos. c) Necesariamente están provistos de un revestimiento de legalidad. En efecto deben estar previstos en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal. d) Poseen un carácter fungible. El viático no se da para custodiarlo o para invertirlo si no como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, se entrega para gastarlo. El concepto administrativo de viático habla de movilidad, alimentación y hospedaje, y traslados internos, cuando sean necesarios. e) Su comunicabilidad. El funcionario tiene el deber de informar, rendir cuenta y dar detalles sobre la forma que ha utilizado los viáticos.

ÍNDICE ANALÍTICO

Abandono de cargo: 153, 465 s.
Abuso de atribuciones: 125, 465.
Abuso de autoridad: 113 y ss., 143, 437-439, 466.
Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios: 133.
Abuso del cargo: 168.
Abuso genérico de autoridad: 120, 492.
Aceptación ilegal de cargo público: 155.
Aceptar: 466.
Acto arbitrario: 466 y ss.
Adjudicaciones de bienes: 467.
Administración: 467.
Administración pública (como bien jurídico): 82, 439, 467.
Albacea (s): 235, 467.
Antejuicio: 468.
Apoyo policial (Deficiente): 149.
Árbitro (s): 235, 380, 468, 471.
Autonomía de la imputación: 98.
Autoría y participación (en los delitos de función): 94.
Auxiliar jurisdiccional: 366, 384, 468.

Beneficio (en el cohecho): 331, 468.
Beneficio patrimonial: 468.
Bien patrimonial: 469.
Bien jurídica administración pública: 82.
Bienes pertenecientes a incapaces: 469.
Bienes pertenecientes a testamentarias: 469.

Cargo público: 469.
Caudales: 261, 440, 469.
Cinco momentos legislativos (en los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública): 22-27.
Cohecho: 319 y ss., 325, 326 y ss., 331 y ss., 377 y ss., 440, 469.
Cohecho activo específico: 377 y ss., 470.
Cohecho activo impropio en el ámbito de la función policial: 392.
Cohecho activo propio en el ámbito de la función policial: 392.
Cohecho activo transnacional: 376.
Cohecho antecedente: 470.
Cohecho mediante solicitud: 470.
Cohecho pasivo antecedente: 471.
Cohecho pasivo específico: 354, 471.
Cohecho pasivo impropio: 349, 472.
Cohecho pasivo propio: 333 y ss., 441-442, 473.
Cohecho policial: 387.
Cohecho policial pasivo impropio: 391.
Cohecho policial pasivo propio: 388.
Cohecho por recepción: 473.
Cohecho subsecuente: 473.
Colusión: 187 ss., 443 y ss.
Colusión (y contratación estatal): 198, 446.
Colusión agravada: 187. Colusión de peligro: 205, 207, 473.
Colusión de resultado: 205, 222 y ss., 445, 474.
Colusión desleal: 192, 445, 474.
Colusión ilegal a peritos, árbitros, contadores, etc.: 235.
Colusión simple: 187.
Cometer u ordenar un acto arbitrario: 128.
Complicidad primaria: 105, 474.
Complicidad secundaria: 105, 474.
Concertación dolosa: 474.
Concertación ilegal: 211 ss., 226.
Concurrencia de responsabilidades: 51.
Concusión: 161 y ss., 446 y ss.
Concusión (otras figuras): 230.
Concusión básica: 166, 475.
Condicionar: 475.
Contador (es): 235, 475.

Contratación estatal (y colusión): 198.
Contribuciones: 182 y ss., 475.
Control administrativo de los delitos funcionales: 36.
Control disciplinario de los delitos funcionales: 36.
Control penal de los delitos funcionales: 36.
Corrupción activa: 368 y ss., 476.
Corrupción activa transnacional: 376, 476.
Corrupción blanca: 477.
Corrupción, cohecho y soborno: 325.
Corrupción gris: 477.
Corrupción negra: 477.
Corrupción de funcionarios: 319 y ss.
Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales: 363 y ss., 477.
Corrupción pública o privada: 477.
Corrupción tradicional o institucionalizada: 478.
Curador(es): 235, 478.
Custodia: 478.

Deficiente apoyo policial: 149.
Delito de abuso de autoridad: 113 y ss., 143, 437-439, 466, 492.
Delito de cohecho: 319 y ss., 325, 326 y ss., 331 y ss., 377 y ss., 440, 469.
Delito de cohecho activo específico: 377 y ss.
Delito de cohecho activo transnacional: 376.
Delito de cohecho pasivo específico: 354, 470.
Delito de cohecho pasivo impropio: 349, 472.
Delito de cohecho pasivo propio: 333 ss., 441-442, 473.
Delito de cohecho policial: 387.
Delito de corrupción activa: 368 y ss., 476.
Delito de corrupción activa transnacional: 376, 476.
Delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales: 363 y ss., 477.
Delito de enriquecimiento ilícito: 411 y ss., 448, 480.
Delito de exacción ilegal: 177 y ss., 240, 449 y ss., 481.
Delito de interés indebido en negociaciones públicas: 398 y ss.
Delito de malversación de fondos: 287 y ss., 298, 486 y ss.
Delito de negociación incompatible: 398 y ss., 475, 487.
Delito de patrocinio ilegal: 230, 455, 488.
Delito de peculado: 245 y ss., 298, 455 y ss., 489 y ss.
Delito de soborno internacional pasivo: 346 ss.

Delito de tráfico de influencias: 425 y ss., 461 y ss., 485, 487, 493, 497.
Delitos contra la administración pública (Clasificación): 106.
Delitos de colusión: 187 y ss., 443.
Delitos de concusión: 161 y ss., 446 y ss.
Delitos de función (reglas generales para los): 95.
Delitos de infracción de deber: 69 y ss., 74, 478.
Delitos de infracción de deber impropios: 72, 73, 479.
Delitos de infracción de deber propios: 71, 73, 479.
Demora de actos funcionales: 144.
Denegación de apoyo policial: 149.
Derecho disciplinario: 37.
Destinatario para sí: 448.
Distribución: 479.
Dolo administrativo disciplinario: 479.
Dolo penal (en los delitos funcionales): 39, 479.
Donativo (en el cohecho): 329, 480.

Efectos: 261, 440, 480.
Emolumentos: 182 y ss., 480.
Enriquecimiento ilícito: 411 y ss., 448, 480.
Especialista judicial: 365, 384, 480.
Exacción ilegal: 177 y ss., 240, 449 y ss., 481.
Extraneus: 33, 34.

Fiscal: 357, 380, 471.
Formas especiales de corrupción de funcionarios: 397 y ss.
Fuerza pública (Requerimiento ilegal de la): 152, 482.
Función pública: 85, 482.
Funcionario internacional: 92.
Funcionario público: 86 y ss., 90, 124, 482 y ss.
Funcionario público extranjero o internacional: 483.

Ilícitos administrativos: 484.
Imperfecciones y anomalías en la normativa legal vigente: 27.
Inducir: 485.
Informes de control (de las entidades públicas): 41, 451, 485.
Infracción de deber: 69 y ss., 452, 478.
Infracción de deber impropios: 72, 73, 479.

Infracción de deber propios: 71, 73, 479.
Interceder: 485.
Interés indebido en negociaciones públicas: 398 y ss.
Intérprete: 384.
Invocar influencias: 485.

Magistrado: 355, 357, 380, 471.
Malversación de fondos: 287 y ss., 298, 486 y ss.

Ne bis in idem: 452.
Negociación incompatible: 398 y ss., 475, 487.
Nombramiento ilegal de cargo público: 155.

Obligar: 487.
Ofrecimiento de interceder: 487.
Omisión de actos funcionales: 144.
Operación (en la negociación incompatible): 487.
Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles: 139.

Patrimonio público: 488.
Patrocinar: 488.
Patrocinio ilegal: 230 ss., 240, 455.
Peculado: 245 ss., 298, 455 y ss.
Peculado agravado: 283.
Peculado culposo: 279, 458 y ss., 489.
Peculado doloso propio agravado: 253 y ss.
Peculado doloso propio simple: 253 y ss.
Peculado específico de uso: 305, 489 y ss.
Peculado por apropiación: 460, 490.
Peculado por demora injustificada de pagos: 311, 491.
Peculado por utilización: 491.
Percepción: 491.
Perito: 235, 380, 358, 472, 492.
Perjuicio (en el delito de abuso genérico de autoridad): 492.
Policía: 388, 391, 492.
Política penal peruana: 22.
Prescripción (en los delitos contra la Administración pública): 61, 461.
Prescripción extraordinaria: 493.

Prescripción ordinaria: 493.
Principio de confianza:
Principio de legalidad penal: 29.
Principio de lesividad: 31, 493.
Proceso penal acusatorio (y delitos funcionales): 47.
Promesa (en el cohecho): 330, 493.
Recibir: 493, 494.
Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad: 311.
Rehusamiento de actos funcionales: 144.
Relator: 365, 384, 494.
Requerimiento ilegal de la fuerza pública: 152.
Responsabilidad administrativa: 39, 48, 50, 58, 494.
Responsabilidad penal: 39, 49, 58, 494.
Responsabilidad política: 48, 494.
Secretario judicial: 364, 384, 495.
Servidor público: 86, 87, 88.
Soborno: 325, 494.
Soborno internacional pasivo: 346 y ss., 496.
Solicitar: 496.

Tasación de bienes: 497.
Técnica de redacción legislativa (en los delitos contra la administración pública): 25-27.
Tesis de la unidad de la imputación: 98.
Tesis la autonomía de la imputación: 98.
Testigo: 384.
Traductor: 384.
Tráfico de influencias: 425 y ss., 461 y ss., 485, 487, 493, 497.
Tribunal administrativo: 359, 380, 472.
Tutor (es): 235, 498.

Unidad de la imputación: 98.

Ventaja (en el cohecho): 330, 498.
Ventaja política: 498.
Ventajas electorales: 498.
Viático (s): 272, 499.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
<ediciongrijley@gmail.com>,
en noviembre de 2020.