FIDEL ROJAS VARGAS

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

QUINTA EDICIÓN

TOMO I

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

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Tomo I

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

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-11552
ISBN Obra completa: 978-612-311-874-7
ISBN Tomo I: 978-612-311-875-4
Registro de proyecto editorial
31501222100550

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

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

GACETA JURÍDICA S.A.

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

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

A mi padre Fidel Segundo Rojas Pérez
(in memoriam), a su entereza y calidad
de hombre justo y bueno

PRESENTACIÓN

A LA QUINTA EDICIÓN

Han transcurrido catorce años desde la cuarta edición de este trabajo, veintidós de la primera. Tiempo suficiente para advertir, como ayer, de los temores de una generalización de los comportamientos que configuran los delitos contra la Administración Pública, en un ataque desde dentro y cuya titularidad corresponde a funcionarios y servidores públicos y, en menor proporción, desde fuera, por parte –mayoritariamente– de los externos a dicha Administración, para darnos cuenta del drama que viven los Estados sumidos en malos manejos de fondos públicos, corrupción y abuso de poder, con el consiguiente debilitamiento de los valores que informan la cosa pública y el desorden de las relaciones entre sociedad civil, clase gobernante y burocracias. Temores que se han visto confirmados, en el país, con el incesante incremento de delitos funcionariales y el desborde de las investigaciones y procesos penales en sede de juzgados y tribunales de justicia.

Sin embargo, más allá de las crisis de las prácticas funcionariales y de la moralidad pública ya consuetudinarias en el país, las circunstancias políticas en las que sale a la luz esta edición son excepcionalmente singulares en la historia peruana republicana de ya dos centurias. Una de las más intensas crisis políticas, con cuatro gobernantes sucedidos en menos de 5 años –todos con serios problemas con la justicia– y tres presidentes en el lapso de 10 días, cuyo epílogo es el colapso de los proyectos tradicionales de los grupos gobernantes, la dificultad para manipular electoralmente a los sectores populares (desposeídos de recursos y privados de movilidad vertical) hacia propósitos partidarios, y el surgimiento de alternativas de base popular de controversial viabilidad, de no superarse variables tales como el marcado espontaneísmo, la indeterminación programática y falencia de cuadros preparados como por sus manifiestas tendencias ideológicas, fracasadas en otros contextos comparados, en vía de sustitución a los proyectos de las clases político-empresariales, signa el escenario de la quinta edición de *Delitos contra la Administración Pública*, a la par de la primera edición que fuera publicada en las postrimerías del segundo milenio.

Las históricas deudas de modernización de la economía que no han permitido el surgimiento de un fuerte y sólido mercado interno que le permita al país negociar condiciones en el mercado global y tecnológico, el festín por siglos de los recursos naturales y depredación del Estado con efectos de pauperización y postración cultural de los sectores populares, la increíble e instrumentalizada estratificación partidaria con la falencia de bloques políticos sólidos y representativos, la inseguridad popular y social con el auge tanto de la delincuencia común, los delitos de crimen organizado, la delincuencia empresarial y funcionarial, definen el difícil escenario del Perú del Bicentenario posindependencia política del dominio colonial español. Circunstancias todas que han dejado su sello de características múltiples en el peruano de hoy, anómico, antinormativo, emocionalmente alterado, sin rumbo de historia ni proyecto político, pero con esperanzas de cambio y futuro distinto incluso contra la manipulación de siglos acerca de su destino que, por lo general, los grupos de poder económico-político y determinados medios de comunicación masiva se han encargado de impedir.

No cabe duda, en este escenario, que el Derecho Penal no es suficiente para superar la crisis de delincuencia funcionarial –esto es, someterla a niveles de un mínimo tolerable socialmente, ante la imposibilidad de erradicarla–, al significar tan solo la respuesta punitiva desde el poder y por lo mismo estar identificado con las bases que mantienen un estado de cosas, un *establishment*, un orden establecido y sometido a control. Pero sí lo es en su perspectiva dogmática, en su marco de teorización, para mostrarnos los fundamentos y límites de ese poder, para someterlo a condiciones de razonabilidad y racionalización en función a derechos, principios y garantías, que aplicados a los delitos funcionariales impidan la politización de la justicia penal, el voluntarismo judicial y el abuso, de modo que las reglas de la parte general del Derecho Penal, de los principios rectores de la Constitución Política y los Títulos Preliminares de los Códigos Penal y Procesal Penal moderen los efectos siempre violentos y desestabilizadores del *ius puniendi*, lo reconduzcan a sus propios términos de racionalidad.

Finalmente, quiero señalar que, en estas dos décadas del milenio tres, el pensamiento jurídico penal peruano se ha visto fortalecido en calidad y cantidad. Esto lo podemos apreciar en una gran cantidad de trabajos de obras orgánicas y en una vasta producción de artículos específicos –además de las tesis de grado y posgrado– que encontramos dispersos en una serie de revistas jurídicas especializadas que harían la delicia de los dogmáticos alemanes e italianos. El Perú, como ningún otro país latino, vive una efervescencia jurídico-dogmática que de seguro está ya dando sus frutos de alta calidad en la producción bibliográfica que nada envidia a las

mejores elaboraciones de los centros históricos de formación doctrinaria y que compromete no solo a académicos puros sino igualmente a fiscales y jueces, varios de cuyos representantes se hallan sumidos en la elaboración de trabajos de calidad en el análisis y la exégesis.

Esta edición lleva consigo una revisión total y minuciosa de la obra, con actualización de sus multifacéticos contenidos, como por igual de los comentarios y análisis de conformidad con las reformas practicadas por el legislador. Se han introducido perspectivas de enfoque de la doctrina alemana, portuguesa, francesa, e italiana, a partir de textos actuales en sus idiomas originales; al igual que lecturas contemporáneas doctrinario-jurisprudenciales argentinas, brasileñas y colombianas, que considero en conjunto mejoran ostensiblemente la calidad de la obra, en la medida en que dichas perspectivas comparadas se corresponden –en la mayoría de casos– con las fuentes legislativas que han dado origen a nuestros tipos penales especiales. Son así numerosas las alusiones y citas a la jurisprudencia comparada que permiten explicar con mayor acierto el sentido de determinados tipos penales especiales/funcionariales nacionales. Por cierto, la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la República se halla intensamente reflejada en los comentarios que al respecto el lector encontrará a lo largo de la obra.

Lima, en una neblinosa mañana de otoño del año 2021.

Fidel ROJAS VARGAS

PRESENTACIÓN

A LA CUARTA EDICIÓN

La presente edición de *Delitos contra la Administración Pública* lleva a cabo una revisión total de las ediciones anteriores, actualizando la obra conforme a la nueva normativa que, en numerosos delitos de infracción de deber, contenidos en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal vigente, se ha producido desde el año 2003 en que se publicara la tercera edición. La actualización también ha supuesto recoger las elaboraciones analítico-doctrinarias de una profusa producción bibliográfica de autores nacionales, quienes a través de artículos, y en menor medida de monografías, sobre una variada diversidad de delitos cometidos contra la Administración Pública, han ido definiendo una tendencia vigorosa y plausible, presente hoy en la doctrina nacional, preocupada por ahondar y explotar las posibilidades de interpretación que brinda la normativa penal vigente e interesada igualmente en proponer de *lege data* reformulaciones urgentes a numerosos tipos penales que dan cuenta tanto del peculado, los abusos de autoridad, concusiones y las figuras de corrupción.

La obra se ha visto igualmente enriquecida con las elaboraciones conceptuales producidas recientemente en la bibliografía española y latinoamericana, así como en la jurisprudencia nacional a todo nivel (sentencias, ejecutorias de la Corte Suprema, sentencias del Tribunal Constitucional), que ha tenido que esforzarse por analizar los tipos penales en su correspondencia y aplicación a la vasta gama de casos de relevancia penal que la realidad peruana ha mostrado especialmente en materia de manejo de fondos públicos y de actos de corrupción, lo que ha generado matizadas líneas jurisprudenciales, objeto varias de ellas de debate.

En lo particular se ha incidido con especial énfasis en los siguientes temas:

a) Los delitos de infracción de deber.

b) El rol del *extraneus* en los delitos de infracción de deber.

c) Autoría y participación.

d) Se ha ampliado el comentario y análisis del artículo 425 del Código Penal.

e) Se ha ampliado el análisis del bien jurídico Administración Pública y de la noción penal de función pública.

f) Se ha profundizado el estudio de la noción de funcionario material y se han recogido las nociones de funcionario internacional reguladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Al tratar los delitos de concusión se ha puesto de relieve la figura de colusión defraudatoria, con el objeto de incidir en el análisis de su estructura de tipicidad objetiva, en especial el valor de la concertación entre el sujeto público vinculado y los interesados, al igual que sobre la naturaleza de peligro o de resultado de dicho tipo penal.

En el ámbito de los delitos de peculado se ha profundizado el concepto normativo «caudal», ahondando el análisis de la frase «para otro» que describe el tipo con la cual designa al beneficiario de la apropiación practicada por el funcionario o servidor vinculado. Se han efectuado detenimientos en el caso de los peculados de uso e ingresado al tema del funcionario derrochador de los recursos públicos en tanto supuesto de hecho necesitado de regulación penal, así como se ha procedido a revisar las formulaciones sobre el peculado extensivo o impropio.

En el análisis de la corrupción se han desarrollado con más amplitud los ítems del soborno transnacional, el tema de los medios corruptores (donativo, ventaja, promesa beneficio) y las acciones típicas de los delitos de cohecho (acepta, recibe, solicita y condiciona). Ya propiamente en el análisis de los tipos de cohecho pasivo y activo se ha dado una lectura interpretativa nueva de conformidad con la reforma radical producida por la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que modificara las penas de la totalidad de figuras de cohecho, como también la redacción y la criminalización de la mayoría de dichas figuras penales. En especial se ha puesto hincapié en la figura del cohecho pasivo y activo subsecuentes, incidiendo en las limitaciones de la norma penal al respecto. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y negociación incompatible han sido igualmente objeto de precisiones puntuales.

En el plano de los delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares, igualmente se han efectuado precisiones y actualizaciones en relación con las últimas reformas legislativas.

En la medida de lo reciente de la reforma practicada por la Ley N° 28355 se ha preferido, en algunos casos, dejar incólume el análisis practicado a los tipos derogados o reformulados en letra menuda, lo que por igual se aprecia con el delito de desacato ofensivo.

Se han incrementado las sumillas jurisprudenciales y las referencias a las mismas en pie de página.

Los Olivos, octubre de 2006.

Fidel ROJAS VARGAS

PRESENTACIÓN

A LA REIMPRESIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

Particularmente me siento muy honrado con la acogida dispensada por los lectores a las sucesivas ediciones de nuestro *Delitos contra la Administración Pública*, cuya primera entrega se concretó en el año 1999.

La obra había sido diseñada un año antes y trabajada en su esquema general durante el invierno que habitual y causalmente se deposita en las estribaciones centrales de los andes cajamarquinos y, por lo general, en toda la sierra peruana, durante los meses de enero a marzo, al calor de los afectos familiares y las inolvidables series de relajamiento diario, ulteriores al estudio matutino, bajando de la meseta donde se asienta la ciudad, hacia el río y de ahí en escalada hasta un punto de las estribaciones andinas con el cual mis resistencias físicas concordaran, en una suerte de preparación preludial a los deliciosos almuerzos serranos y después de ello al reencuentro constante con los tipos penales especiales que aluden a los delitos que son materia de este libro. El trabajo de perfeccionamiento y matices se realizó en Lima durante todo el año 1998, para finalmente publicarse la obra en mayo de 1999.

La oportunidad y el motivo eran especialmente favorables para el discurso académico en la por entonces descuidada área de los delitos funcionales, si tomamos en cuenta que ni las facultades de Derecho en sus currículos, ni el discurso práctico judicial y forense habían dedicado espacio y tiempo a la formación, debate y análisis del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. Tendría que ser la temible y cruda realidad que nos tocara vivir en estos últimos años la que nos hiciera dar cuenta de las falencias y vulnerabilidades del sistema penal peruano. Cuadro de deficiencias que de inmediato se vio reflejado en la incierta labor de calificación legal por parte de fiscales y jueces, y las no pocas incoherencias iniciales con las que los órganos penales de control dieron respuesta a la avalancha de casos de corrupción, colusiones desleales y manejo ilegal de fondos, entre

otras figuras penales, se sucedieron. Era obvio que el sistema penal no se había preparado para afrontar con éxito los numerosos retos que planteó la corrupción pública acontecida en un gobierno como el de Alberto Fujimori.

En esta inusual ocasión, en que presentamos al lector la reimpresión de la tercera edición, cuando ya se ha consolidado la maquinaria del sistema penal, activados numerosos procesos, iniciados varios enjuiciamientos y emitido un número apreciable de sentencias tanto en vía procedimental sumaria como ordinaria, sigue latente en muchos casos el tema de las calificaciones realizadas por fiscales y jueces, las argumentaciones dadas para justificar las medidas de coerción personal y, lo que es más importante, los fundamentos de las sentencias de los jueces peruanos que han decidido responsabilidades penales. Tópicos prácticos del sistema penal en acción que justamente tienen que ver con una correcta internalización de las instituciones dogmático-analíticas en materia penal y procesal penal.

Más allá de la creación de una discutible figura de cohecho caracterizada por el condicionamiento con finalidades políticas o electorales (artículo 394-A) y del aumento de la penalidad para los delitos de ejercicio ilegal de la profesión (artículo 363), y la violencia y resistencia contra la autoridad (artículos 366 y 367), no se ha producido cambio alguno en la normativa funcional que haga pensar que el Congreso tiene la voluntad de adecuar la sistemática punitiva a efectos de ofrecer figuras penales más idóneas para fines de prevención general, y de represión de las distintas modalidades de delitos funcionales y conexos. Ni el *quantum* de pena, descripciones de tipicidad o un proceso atinado de criminalización complementaria han sido tomados en cuenta como respuesta estatal en tal sentido. Lo que sí se ha producido es la derogación del delito de desacato ofensivo, mediante la Ley N° 27975 del 29 de mayo de 2003, que sin embargo no tiene mayor relevancia en el proceso anticorrupción.

Las razones para esta medida de política criminal abolicionista son básicamente las siguientes: el delito de desacato ofensivo se funda en un Derecho Penal autoritario incompatible con la Constitución Política y los postulados de un Derecho Penal moderno que no efectúa diferencias entre las personas, esto es, que se basan en el respeto al principio de igualdad ante la ley; resulta por lo mismo suficiente el delito de injuria simple o agravada, de configurarse este supuesto de hecho, si es que se trata de imputar comportamientos lesivos a la dignidad del funcionario. En segundo lugar, la permanencia en el Código Penal del referido tipo legal propicia la utilización arbitraria del Derecho Penal por parte de los funcionarios públicos como un mecanismo de silenciamiento de las críticas u objeciones que se

les pueda formular, dado que su descripción es de contenido abierto. Finalmente, el derogado tipo constituía un abierto cuestionamiento a la libertad de expresión y a la espontánea discusión pública de los actos de la función.

Los Olivos, 17 de setiembre de 2003.

Fidel ROJAS VARGAS

PRESENTACIÓN

A LA TERCERA EDICIÓN

El lapso de tiempo discurrido entre la primera y la tercera edición de esta obra (1999-2002) ha significado una extraordinaria concentración de contradicciones y sucesos en la vida política y jurídico-delictiva del país, sin precedentes en el pasado, tal vez con alguna semejanza a los acontecimientos que dieron fin al régimen de Augusto B. Leguía o a la debacle de la Guerra del Pacífico. Tres años que pugnan por cerrar todo un capítulo vergonzoso de la historia nacional, con intentos de adecentar la política, restableciendo la conciencia cívica de la ciudadanía, que es la que debe regular y controlar la actividad pública, fuente actual, lamentablemente, de un significativo número de delitos de alta repercusión para los destinos éticos y sociales del país.

Son tres años en los que el interés de la ciencia penal ha sido orientado súbita y raudamente hacia los aspectos dogmáticos, heurísticos, procesales y criminológicos de los delitos de infracción del deber cometidos por funcionarios y servidores públicos. Marcada atención que ha propiciado el surgimiento de trabajos de análisis e interpretación de calidad por parte de penalistas nacionales que han fortalecido notablemente la dogmática penal aplicada en el país. En efecto, las recientes producciones intelectuales de GÁLVEZ VILLEGAS, CASTILLO ALVA, CARO CORIA, SAN MARTÍN CASTRO, entre otros, confirman tal señal de plausible juvenil madurez de la ciencia penal nacional.

Sin embargo, el frente legislativo no observa las mismas notas de adecuación y vigor presentadas por la doctrina nacional. Tal es así que no se cuenta aún con trabajos legislativos que reajusten la normativa sustantiva a los nuevos espacios de criminalidad funcional surgidos con la delincuencia transnacional y la criminalidad organizada, las mismas que toman a la Administración Pública como objeto especial de interés a efectos de facilitar sus actividades delincuenciales. Los avances producidos en materia procedimental y en investigaciones preliminares no dan cuenta todavía de una respuesta adecuada para enfrentar los nuevos problemas suscitados.

Realidad de insuficiencias que sin embargo no puede soslayar el notable esfuerzo que se viene realizando en distintas instituciones públicas –que gozan de iniciativa legislativa– que tienen que ver con el control de la delincuencia funcional para racionalizar y optimizar la lucha; en esa tarea le toca al Ministerio Público cumplir un papel de primer orden en tanto defensor de la legalidad y órgano de persecución y prevención del delito.

La presente edición de la obra ofrece una versión íntegramente revisada y mejorada de la totalidad de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración Pública, habiéndose recibido y sometido a análisis las propuestas recientes que en materia de delitos funcionales han sido presentadas por diversos penalistas peruanos, dando cuenta de sus méritos y también, por qué no, de sus limitaciones. Especialmente ha sido reformulado y ampliado el estudio de las figuras penales del peculado y del tráfico de influencias, así como mejorado notoriamente el análisis del delito de enriquecimiento ilícito. Se han revisado, además, los diversos tópicos de Derecho Público y de aspectos generales contenidos en la primera parte de la obra.

Vaya también mi reiterado agradecimiento a mi editor, por plasmar esta esmerada nueva presentación del libro.

Lima, octubre de 2002.

Fidel ROJAS VARGAS

PRESENTACIÓN

A LA SEGUNDA EDICIÓN

Entregamos a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general esta segunda edición de la obra *Delitos contra la Administración Pública*, bajo un contexto político acentuadamente diferente al que sirvió de marco a la primera entrega de mayo de 1999. Contexto dominado por circunstancias dramáticas y especialmente singulares para la vida político-social del país y que concentra una gama de agudas contradicciones por resolver, entre las que resaltan aquellas que reflejan el derrumbe paulatino e irrefragable de un sistema de gobierno autocrático, amoral y arbitrario, acusado de corrupción total y la búsqueda de formas y mecanismos racionales, autocompensados y democráticos de reemplazo. Precisamente, en esta búsqueda deberá de enfatizarse el factor selección de funcionarios, en una suerte de porfiada reincidencia histórica en la necesidad de la formación y consolidación de éticos y sólidos cuerpos profesionales de funcionariado público, dotados de personería y perfiles propios que les permitan superar su ancestral debilidad institucional y adquirir autonomía y solvencia ante los ya atávicos y sistemáticos intentos (concretados en la mayoría de los casos) de manipulación ideológica y política de los gobernantes de turno y de los grupos de poder político y económico. Lo decisivo en este punto es la necesidad de una "Ley de responsabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos", que se convierta en un imperativo de primer orden, de manera tal que tanto funcionarios de carrera, de confianza y políticos, como mandatarios y en general el alto funcionariado, encuentren límites normativos en un estatuto específico que racionalice sus atribuciones y defina su marco de responsabilidades, incluso a nivel de la criminalidad.

La delincuencia funcional se ha convertido quizás en uno de los más nutridos y variados renglones de la criminalidad en el Perú y en la mayoría de los países de la región, no tanto, obviamente, por las estadísticas de procesamiento, pero sí innegablemente por las oscuras y soterradas cifras de incidencia criminal que si bien no llegan a las instancias judiciales sí son del conocimiento y dominio de la ciudadanía directamente afectada y de los silentes agentes públicos no comprometidos, que con sus actitudes

de retraimiento y ritualismo contribuyen omisivamente a la difusión de los sistemas circulares y expansivos de la corrupción funcional, entendida esta no solo circunscrita a las figuras de cohecho.

En este punto nuestra normativa penal es especialmente benigna tanto en criminalización, cuanto en plexos punitivos, como deficitaria en la generación de figuras legales en la lucha contra la corrupción funcional en amplio sentido. En lo *primero*, al carecer de hipótesis agravadas de abuso de autoridad, concusiones y de cohecho, como igualmente al restringir el destino de los medios corruptores (en el contexto del cohecho pasivo y activo propios e impropios) únicamente a los agentes públicos y no contemplar normativamente el caso de los terceros o testaferros, además del hecho de haber construido una figura técnicamente imperfecta de enriquecimiento ilícito, que torna difícil su aplicación. En lo *segundo*, al haber establecido penalidades mínimas para delitos de tan elevado injusto penal (como ciertas figuras de abuso de autoridad, patrocinio ilegal de intereses, o como aquellas otras que atentan contra los patrimonios del Estado y las administraciones municipales –peculado– y, en general, en todas las figuras de cohecho pasivo, en las cuales son los funcionarios y servidores públicos quienes solicitan o aceptan los medios corruptores), llegando incluso el Código Penal a eximir de pena varios de los delitos señalados (artículo 68). Contrastan en este punto las mesuradas y, en muchos de los casos, simbólicas penalidades de los delitos funcionales con las establecidas para las figuras comunes de delincuencia patrimonial, castigadas con variados y crecientes niveles de punición que pueden llegar hasta la cadena perpetua, además de penas tan exageradas como de 25 y 15 años para los robos simples en este último extremo. Es claro el mensaje y obvia la lectura. Y, finalmente, en cuanto al déficit de mecanismos normativos de lucha contra la corrupción, urge entre otros la regulación de atenuaciones de pena para aquellos que estando involucrados en actos de corrupción colaboren con la justicia para la desactivación de las redes y sistemas de corrupción existentes en las diversas reparticiones de las administraciones públicas.

En la firme idea de que esta segunda edición contribuirá a afirmar el respeto que ciudadanos, funcionarios y gobernantes deben tener al Derecho y al ordenamiento jurídico éticamente legitimado e informante de las acciones e interacciones ciudadanas y oficiales, en el marco de un sistema de convivencia democrática equilibrado y con balances que dote de calidad de vida a sus ciudadanos y eleve el rango de oportunidades, agradezco a todos aquellos que con su atención y espíritu analítico permitirán el progresivo mejoramiento de las lecturas discursivo-hermenéuticas contenidas en la obra. Vaya, asimismo, mi agradecimiento a Esteban Alvarado, director gerente de Editora Jurídica Grijley por secundar mis proyectos y

por la forma eficiente como ha distribuido la obra a todos los rincones del país. Finalmente, mi reconocimiento a los gentiles lectores de la versión anterior de este libro, que en poco tiempo agotaron la primera edición.

Las novedades de la segunda edición

§ En lo general se ha revisado en su totalidad el contenido de las páginas del discurso analítico hermenéutico de la obra, como también de los anexos jurisprudenciales, corrigiendo las inevitables erratas de redacción y mejorando las argumentaciones, incrementándose el acervo bibliográfico y el manejo de la información e incorporando al texto nuevos desarrollos jurisprudenciales nacionales y sumillados.

§ Han sido agregados los siguientes ítems:

1. Los funcionarios de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta: interpretación literal o teleológica del artículo 40 de la Constitución Política (Capítulo XI de la primera parte del libro).

2. Los deberes éticos y administrativos de los funcionarios y servidores públicos.

3. Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público (Capítulo IV de la introducción a la segunda parte del libro).

4. Lo reglado y lo discrecional frente al acto arbitrario (Capítulo VI del Título Primero de la segunda parte del libro).

§ En el Capítulo III del Título Primero de la primera parte "La función pública" se han incorporado los ítems:

1. Definiciones.

2. Naturaleza de la función pública; y

3. Función pública y privatizaciones.

Asimismo, en el Capítulo IV "El funcionario público" se ha ampliado el tratamiento del tema.

§ Se ha mejorado y profundizado el estudio del delito de abuso de autoridad innominado, postulando hipótesis de interpretación y análisis distintas en cuanto al significado dogmático-jurídico de los verbos rectores *comete* y *ordena* que delimitan la conducta

típicamente relevante. Igualmente, se ha enfatizado el interés en los diversos rubros delictivos de concusión, peculado y corrupción de funcionarios.

§ En la sección Anexos de esta segunda edición se ofrece al lector:

1. Una selecta relación de ejecutorias (supremas, superiores) y sentencias que corresponden a los años 1999-2000.

2. Una nutrida y excepcional gama de desarrollos jurisprudenciales españoles (extractos) e italianos (sumillados) recientes.

Fidel ROJAS VARGAS

RECONOCIMIENTOS

Este trabajo académico es la suma y confluencia de muchos factores –estudio analítico de la norma penal especial y general, aplicación de perspectivas doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas comparadas, conversatorios, informes jurídicos, capacitación, estudio de casos y estrategias, absolución rápida a consultas de numerosos operadores jurídicos, ejercicio de la defensa, entre otros escenarios–. Por lo mismo debe reconocimiento a una muy amplia y variada gama de interesados y obligados por la materia penal, que con sus preguntas, dudas, críticas y razonamientos expuestos en numerosos certámenes a lo largo de todo el país han contribuido de algún modo al perfil de rigor de esta obra.

Reconocimiento que se concentra, sin duda, en las letradas Denise BACA, Robinson LOZADA, Enrique LLONTOP, Baltazar MORALES, Marlene NEIRA, Ruth QUISPE, con quienes tuve el privilegio de intercambiar ideas, y afianzar planteamientos sobre numerosos ítems contenidos en el libro. Igualmente, a mi dilecto amigo, Carlos ROMERO, talentoso sicólogo, por sus enfoques desde otra inteligente perspectiva y a Mónica por su incondicional apoyo y ayuda de cada instante y todo momento.

Permítaseme, en este contexto, indicar que este libro es un legado, mi legado profesional a la comunidad jurídica actual y para las generaciones futuras a quienes, por las leyes incoercibles del tiempo, no habré de conocer. Estas, con mayores competencias sin lugar a dudas, apreciarán su valía y los esfuerzos desplegados por hacer, desde la postura crítica y dogmática, de este mundo –que nos tocó vivir– uno más razonable y justo a través de la reflexión y la propuesta colocados al frente y al interior del inmenso y terrible poder del *ius punendi* estatal, que en toda circunstancia vale la pena ser razonabilizado y controlado.

INTRODUCCIÓN

1. ANTECEDENTES

Los delitos contra la Administración Pública, como cuerpo temático, ha exhibido en la historiografía nacional un paulatino desarrollo y mejoramiento, tanto a nivel de exploraciones exegéticas, comentarios puntuales, hasta ingresar a estudios integrales, varios de ellos con rigor en el análisis y la propuesta.

En el año 1898, el segundo volumen de la Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863, escrita por el juez del crimen don José VITERBO ARIAS, daba cuenta del comentario efectuado a los artículos que desde el 166 hasta el 205 regulaban los "Delitos peculiares a los empleados públicos". VITERBO ARIAS, juez y luego vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima, periodista y educador, emplea en su libro un sistema de comentarios cortos y precisos, acompañados de una amplia mención a la legislación comparada.

En 1938, la temática fue abordada por Ángel Gustavo CORNEJO en su ya clásica obra *Derecho Penal especial* (Tomo II). Posteriormente, Manuel G. ABASTOS, en una edición mimeografiada (compilación de clases dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), que rescatara para la historia del pensamiento penal sus clases dadas en las aulas sanmarquinas, protagonizan, entre otros juristas, la interpretación de la materia punitiva de su tiempo. Ambos autores realizaron su estudio bajo el contexto de una exposición analítica global del Código Penal de 1924. Es, sin embargo, recién en la década de los noventa cuando aparecen ante la comunidad jurídica dos trabajos puntuales. En 1996, Juan PORTOCARRERO HIDALGO publica su obra *Delitos contra la Administración Pública,* y en 1999 Manuel FRISANCHO APARICIO y Raúl PEÑA CABRERA presentaron su libro *Delitos contra la Administración Pública.* A principios del año 2000, Jorge Hugo ÁLVAREZ dio a la luz su trabajo *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública.* Después de la primera edición de nuestra obra han aparecido interesantes estudios, orgánicos unos y específicos otros, de Tomás GÁLVEZ VILLEGAS, Manuel ABANTO VÁSQUEZ,

Dino C. Caro Coria, César San Martín, José Leandro Reaño Peschiera, José Luis Castillo Alva, Ramiro Salinas Siccha, Luis Reyna Alfaro, James Reátegui Sánchez, Eliu Arisméndiz Amaya, José Nolasco Valenzuela, Raúl Pariona Arana, Percy García Cavero, Edward García Navarro, Roberto Cáceres, Raúl Martínez Huamán, David Rosales Artica, entre otros. Por lo demás, existe ya una gran cantidad de artículos dispersos en libros colectivos, libros homenaje, revistas jurídicas especializadas y periódicos, que desde diversas aristas de enfoque ofrecen valiosas perspectivas para tener una visión más de rigor y enriquecedora de la materia de los delitos contra la Administración Pública.

Tal contexto sirve de antecedente a la publicación del presente libro que, obviamente, en modo alguno el autor pretende considerar se trate de un trabajo acabado, constituyendo en cambio un material que se ofrece a la comunidad interesada en estos temas para servir de consulta y a la vez para ser debatido, criticado y completado ulteriormente.

2. OBJETIVO Y DESTINATARIOS

- El autor considera como ideal para su cometido el siguiente objetivo: brindar desde perspectivas histórica, doctrinaria, normativa, jurisprudencial y de avanzada legislativa comparada, un panorama integral y crítico sobre los actos comisivos y omisivos de relevancia penal en los que pueden incurrir los funcionarios y servidores públicos del país, de tal forma que el lector pueda obtener el máximo provecho al consultar la obra.

- En lo referente al segmento social que es tomado como destinatario, se considera que el libro va dirigido a todos quienes tienen en sus decisiones y en sus actos la delicada y esforzada labor del servicio a la Nación, a la sociedad civil y a las personas que habitan en el territorio nacional. En tal sentido, no solo son jueces, abogados, fiscales y policías sus destinatarios ideales, sino en general todo funcionario y/o empleado público que repartido en los espacios habitables –algunos de ellos inhóspitos– del país desempeña y realiza función y/o servicio público. Por cierto, sus alcances pretenden llegar igualmente a abogados, profesores de Derecho, estudiantes e interesados en el siempre apasionante, delicado y controvertible mundo del *ius puniendi* estatal, en la amplia y polémica área de los delitos funcionariales y, en general, contra la Administración Pública.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA OBRA

a) A diferencia de lo que ocurre en la sistemática normativa del Código Penal, que regula en primer lugar los delitos cometidos por los particulares contra la Administración Pública (artículos 361 al 375), en el presente trabajo se ha preferido tratar al final dichos delitos (tercera parte de la obra), por razones didácticas y de coherencia doctrinaria.

b) Se trata de una obra de síntesis, la misma que condensa los avances de la doctrina actual en el análisis jurídico de la norma penal al igual que la producción jurisprudencial, principalmente de las penales de la Corte Suprema de la República peruana.

c) Cada título de los clasificadores delictivos (abuso de autoridad, concusión peculado, cohecho) en los que se encuentra dividido el libro lleva al final un amplio y seleccionado repertorio de sumillados jurisprudenciales de la Corte Suprema de la República, los mismos que servirán al lector para afianzar sus criterios sobre los temas expuestos. Igualmente, en numerosas notas a pie de página se alude con frecuencia a las decisiones de la Corte Suprema y la Corte Superior de Lima.

d) Todo título del libro y capítulo del mismo lleva su respectivo marco teórico-histórico y un breve panorama del Derecho comparado, así como de la técnica legislativa empleada por el legislador peruano en la creación normativa de los tipos penales.

e) Los aspectos de método más saltantes del trabajo pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

- En cuanto a doctrina extranjera, se ha hecho uso de material bibliográfico de autores españoles, alemanes, suizos, franceses, portugueses, argentinos, colombianos e italianos recientes y también anteriores a la dación del Código Penal de 1991 (siglos XX y XXI).

- De los autores nacionales, se ha revisado las obras de –hasta donde ha sido posible– todos aquellos que han efectuado análisis integrales al respecto.

- Se ha consultado un extenso grupo de Códigos Penales europeos y latinoamericanos, considerando con especial énfasis aquellos que han influido de manera decidida sobre el Código Penal peruano vigente. Asimismo, se ha otorgado un espacio

privilegiado a los Códigos Penales de avanzada en el contexto legislativo mundial (Alemania, Suiza, España, Francia, Austria, Portugal). Profundamente respetuoso del acervo y riqueza cultural normativa de los Códigos históricos, tampoco se ha dejado de lado los cuerpos legislativos penales del siglo XIX (Francia 1810, Italia 1889, España 1850 y 1870, Alemania 1871), que influyeron notablemente en nuestra historia normativa. Producto de esta búsqueda de la legislación comparada, cada delito en especie tiene su anexo de legislación comparada que completa el enfoque multisistémico.

- Del Perú se ha estudiado exhaustivamente los tipos penales contra la Administración Pública contenidos en los Códigos Penales de 1863 y 1924, además, obviamente, del Código de 1991.

- El análisis delito por delito ha sido efectuado con base en el esquema: 1) antecedentes legales, 2) la figura penal en el contexto del Derecho comparado, 3) el bien jurídico protegido, 4) los sujetos activo y pasivo del delito, 5) el componente típico, 6) el elemento subjetivo, 7) consumación y tentativa, 8) complicidad, 9) penalidad, 10) fases negativas del delito, 11) concurso de delitos, y 12) legislación extranjera. Agregándose en algunos casos, como ya se mencionó, la sección especial *Problemática*, la misma que contiene una seleccionada relación de preguntas y respuestas sobre casos límites que brinda el tipo penal.

- Al final del libro, antes de la bibliografía, se ofrece al lector un anexo de extractos de la jurisprudencia española e italiana. De la primera y segunda por su cercanía con los tipos penales recogidos en nuestro Código Penal. Se ha preferido dejar dicha jurisprudencia inalterada, al constituir la misma un referente obligado de sabiduría en el desarrollo práctico del pensamiento penal.

- La bibliografía constituye una extensa y provechosa red sistemática de obras de autores consultados en diversos idiomas, además del castellano en alemán, italiano, francés y portugués.

- Las traducciones al español de los idiomas alemán, italiano, francés y portugués, que aparecen en las citas de la obra, han sido hechas por el autor, de forma tal que las imperfecciones que en ellas se adviertan son atribuibles al mismo.

4. ESTRUCTURA DE LA OBRA

El libro se compone de 3 partes separadas en títulos y además un apartado de anexos, desagregados en la siguiente forma:

Primera parte	: Aspectos generales
Título I	: Cuestiones de Derecho Público
Título II	: Cuestiones de política y dogmática penal
Segunda parte	: Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos
Título I	: Abuso de autoridad
Título II	: Concusión
Título III	: Peculado
Título IV	: Corrupción de funcionarios
Tercera parte	: Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares
Anexos	
Jurisprudencia extranjera:	A) España
	B) Italia

La **primera parte** se constituye en lo que podríamos llamar la parte general de los delitos contra la Administración Pública, abordándose en su primer título temas de obligado tratamiento, tales como las relaciones entre Administración Pública y Derecho Penal, función pública (conceptualización y características), servicio público, servicio de necesidad pública; la noción, clases y características básicas del funcionario público, sus diferencias con el servidor y trabajador público, los asesores, etc. Igualmente, se hace un ligero comentario de los incisos contenidos en el artículo 425 del Código Penal, el mismo que contiene el ámbito de comprensión jurídico-penal de los funcionarios y servidores públicos. El segundo título de esta primera parte entra ya de lleno a los puntos de interés dogmático y político criminal, necesarios para un cabal entendimiento del análisis de los tipos penales efectuado más adelante; temas tales como la evolución legislativa nacional de la respuesta estatal frente a los delitos en referencia (Códigos Penales de 1863 y 1924), los aspectos de técnica legislativa en la construcción de los tipos penales (abiertos-cerrados, simples-complejos, de lesión-de peligro, instantáneos-permanentes, activos-omisivos). Aspectos

de dogmática penal, tales como el dolo y la culpa, la complicidad, los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) estudiados en sus fases positiva y negativa, tentativa y consumación, concurso de delitos, las consecuencias jurídicas, la prescripción, entre otras. Para finalizar la primera parte con un comentario sobre el uso lingüístico y significado de los términos «jurisprudencia» y «ejecutoria».

Con la **segunda parte** del libro pasamos ya al estudio propiamente dicho de los delitos contra la Administración Pública. Son aquí cuatro los grandes temas; en primer lugar, se analizan todas las modalidades del abuso de autoridad, disertando previamente sobre los conceptos «poder», «autoridad» e «influencia», y aplicando a cada delito el esquema de análisis referido líneas arriba. Al final del título "Abuso de autoridad", como ya indicáramos, se ofrece un listado de sumillados jurisprudenciales; este aparecerá igualmente al final de los títulos restantes. Luego, se analizan las figuras delictivas de los delitos de concusión, ofreciendo al lector, al analizar los delitos de concusión y exacción ilegal, un grupo de preguntas y respuestas que ayudarán a una mejor compresión de la temática. Posteriormente, en un tercer título se tratan las diversas modalidades de peculado que admite nuestra legislación penal. Finaliza esta segunda parte con el título cuarto, que se ocupa del análisis de las variadas formas típicamente relevantes de la corrupción de funcionarios y servidores públicos.

La **tercera parte** de la obra está dedicada a los delitos contra la Administración Pública cometidos por cualquier persona, sea esta un particular o un sujeto calificado (funcionario o servidor). Así, se estudian las variadas figuras de usurpación de autoridad y/o funciones públicas, usurpación de emblemas y calidades, ejercicio ilegal de profesión y participación en el ejercicio ilegal. Igualmente, en un segundo título se analizan las numerosas figuras contenidas en el *nomen iuris* «Violencia y resistencia a la autoridad» (delitos de atentado-coacción, desobediencia y resistencia a la autoridad, violación de fueros de autoridad, violación de distintivos oficiales, incumplimiento de deberes procesales, violación de medios de prueba y sustracción de objetos requisados). Finaliza esta tercera parte con el estudio de los delitos de desacato (desacato ofensivo y desacato mediante desorden); desacato ofensivo que fuera derogado en el año 2003, pero que para efectos de información doctrinaria se deja intacto en el libro.

5. SOBRE SUMILLADOS Y EJECUTORIAS

A lo largo del texto se hace referencia a un gran número de sumillas (tanto supremas como superiores), indicándose la fuente de la cual se extrajo la misma. Cuando no se alude a ninguna fuente bibliográfica de

procedencia y tan solo se dan los datos de la ejecutoria, se debe dar por entendido que, por lo general, la misma no ha sido publicada en texto alguno existente en el mercado a la fecha.

Hay que advertir que son escasas las resoluciones de la Corte Suprema en lo que concierne a delitos de cohecho pasivo propio y específico, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de colusión, peculado, malversación y el delito de interés indebido en contrataciones públicas, de cuya abundante producción varias ejecutorias han definido líneas jurisprudenciales importantes tanto a nivel de recursos de nulidad y principalmente en sentencias de casación.

INDICACIONES FINALES COMPLEMENTARIAS

Al tener al frente suyo un trabajo que pretende gozar –en la medida que ello sea posible– de los atributos de integralidad y sistematicidad, es necesario que el lector tome en cuenta las sugerencias que a continuación se detallan.

1. Por ser una obra integral que interrelaciona el análisis de los tipos penales con las construcciones conceptuales de la parte general del Derecho Penal y del Derecho Administrativo, además de la parte dogmática de los delitos contra la Administración Pública, se recomienda recurrir a las definiciones y conceptos dados en los títulos I y II de la primera parte, donde se podrá obtener la información que sustenta el uso de la gran mayoría de términos que se encuentran a lo largo del libro.

2. Cuando en la lectura del texto se remita al pie de página que obra en la parte inferior de la hoja, y en ella se aluda a decisiones a nivel de ejecutoria, las mismas pueden revisarse, en su mayoría, en la sección "Sumillas de jurisprudencia", que se incluye en la obra para cada grupo de delitos analizados.

3. Al final del análisis de cada delito, el lector encontrará el ítem «Legislación extranjera» o «Derecho comparado y legislación extranjera», donde se inserta en forma completa los tipos penales pertinentes (del delito en estudio) de los Códigos Penales extranjeros.

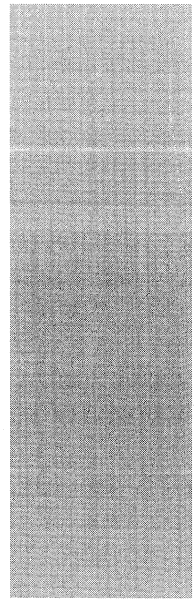
4. En el título que corresponde al análisis de los delitos de corrupción de funcionarios, por razones de mejor sistematización, el ítem «Legislación extranjera» va al finalizar cada capítulo, y no de cada delito como en los otros casos.

5. Las *cursivas* y negritas puestas en el texto de la obra han sido realizadas por el autor a efectos de enfatizar las ideas principales de las mismas.

6. Finalmente, es bueno recomendar a los lectores el internarse en los desarrollos dogmático-jurisprudenciales españoles e italianos que figuran en la sección de anexos.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES



TÍTULO I

CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO

SUMARIO: I. Administración Pública y Derecho Penal. **II.** El bien jurídico protegido: la Administración Pública: 1. Noción básica de Administración Pública. 2. Amplitud temática. 3. La Administración Pública como bien jurídico. 4. ¿Existe un concepto jurídico-penal de Administración Pública? 5. Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal. 6. El titular del bien jurídico, el sujeto pasivo y la víctima. **III.** La función pública: ¿noción jurídico-penal?: 1. Definiciones. 2. Naturaleza jurídica de la función pública. 3. Funciones públicas. 4. Función pública y privatizaciones. 5. Características de la función pública. 6. Relaciones y diferencias con «servicio público» y «servicio de necesidad pública». 7. Los particulares y la función pública. **IV.** El funcionario público: 1. Clases de funcionarios. **V.** El servidor público. **VI.** La autoridad. **VII.** Trabajador público. **VIII.** Los asesores. **IX.** Funcionarios de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta: interpretación literal o teleológica del artículo 40 de la Constitución. **X.** Responsabilidad por los actos u omisiones de los funcionarios y servidores públicos: 1. Responsabilidad política. 2. Responsabilidad civil o patrimonial. 3. Responsabilidad administrativa. 4. Responsabilidad penal.

Sobre los temas a tratar en este capítulo, puede revisarse con provecho los siguientes textos: ACLE, Alfredo y VEGA, Juan: *La empresa pública,* México, Limusa, 1986; ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1970; ÁLVAREZ RODRICH, Augusto: *Principios de empresas estatales y privatización,* Lima, Universidad del Pacífico, 1992; ARAUJO JUAREZ, José: *Derecho Administrativo constitucional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017; ARIÑO ORTIZ, Gaspar (director): *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)*, Granada, Comares, 2004; BACACORZO, Gustavo: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de ciencia de la administración,* Volumen I, Madrid, Tecnos, 1996; BALLÉN, Rafael: *Derecho Administrativo*

disciplinario, Bogotá, Temis, 1998; Báez Martínez, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Trillas, 1990. Basavilbaso, Benjamín: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949; Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1955; Bursaco Samper, María, Collado Martínez, Rosa y varios: *Fundamentos, organización y régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, Madrid, Dykinson, 2019; Cabrera Vásquez, Marco Antonio y Quintana Vivanco, Rosa: *Introducción al estudio de la función pública (antología),* Lima, Sagsa, 1985; Calsamiglia, Albert: *Cuestiones de lealtad: límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000; Casagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Montevideo, IB de F, 2010; Consejo de Estado de Colombia: *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América Latina*, Bogotá, Temis, 1999; Contraloría General de la República: *Compendio normativo del Sistema Nacional de Control*, Lima, Gaceta Jurídica, 1998; Dromi, Roberto: *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994; Delgado Sancho, Carlos David: *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Madrid, Colex, 2019; Dromi, Roberto: *Derecho Administrativo*, Tomos I y II, 13 edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2015; Escola, Héctor: *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989; Farrés Cavagnaro, Juan: *Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1982; Fiorini, Bartolomé: *Derecho Administrativo,* Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; Franco, Bruno; Galán Cáceres, Julio (coordinador), *Derecho Administrativo (general y especial)*, quinta edición, Madrid, CEF, 2019; Muñoz, Ítalo y Galli, Basualdo, Martín: *La responsabilidad política de los funcionarios, jueces, fiscales y legisladores*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015; Gaudemet, Ives: *Droit Administratif*, París, LGDJ, 2018; Ortiz Soltero, Sergio Monserrit: *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Editorial Porrúa, 2011; Sánchez, Pedro y Zavala, Verónica: *Las privatizaciones y concesiones,* en Abusada/Du Bois/Morón de Valderrama (eds.), *La reforma incompleta*, II, Lima, Universidad del Pacífico, IPE, 2000, pp. 13 a 105; García de Enterría, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración,* Madrid, Civitas, 1998; García de Enterría, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1999; García-Trevijano Fos, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974; Guerra Tomasevich, Francisco: *Procesos administrativos disciplinarios*, Chiclayo, Consejo Transitorio de Administración Regional, Región Nor-Oriental del Marañón, 1996 (separata); Gutiérrez Posada, Alejandro: *Administración de justicia y régimen jurídico de los servidores judiciales*, Bogotá, Leyer, 2004; Martín Rebollo, Luis: *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros*

ensayos, Pamplona, Aranzadi, 2018; MARTÍNEZ MARÍN: *Régimen jurídico de los funcionarios,* Madrid, Tecnos, 2001; MENDO RUBIO, Celso: *Los empleados de confianza*, Lima, Tricelm, 1990; MONTENEGRO, Marino: *Derecho Administrativo*, Lima, Antara, 1982; MERTEHIKIAN, Eduardo: *La responsabilidad pública análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema,* Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma; MINSTERIO DE HACIENDA: *Función pública*, Madrid, Gobierno de España, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2018; MORÓN URBINA, Juan: *La vía administrativa en el Derecho peruano*, Lima, Grijley, 1992; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal,* Colex, Madrid, 2001; NÚÑEZ BORJA, Humberto: *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú*, Arequipa, 1971-1973; OBANDO MONCAYO, Álvaro: *Las empresas públicas en Colombia*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996; OCHOA MONZÓN-BACA CALDERÓN y otros: *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004; ORTECHO VILLENA, Víctor: *Juicio político y procesos a funcionarios*, Trujillo, Libertad, 1992; PALOMAR OLMEDA, Alberto, Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, Dykinson, 2000; PALOMINO, Teodosio: *Trabajadores de confianza. Su situación laboral*, Lima, Juris Laboral, 1989; PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994; PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo*, Madrid, Dykinson, 2019; PANTOJA BAUZA, Rolando: *El Derecho Administrativo: clacisismo y modernidad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994; PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro: *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Lima, Grijley, 1998; PENAGOS VARGAS, Gustavo: *El servicio público,* Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995; RANDO CASERMEIRO, Pablo: *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (directores): *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Granada, Comares, 2015; RUIZ ELDREDGE, Alberto: *Manual de Derecho Administrativo*, Lima, 1990; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la función pública,* Madrid, Tecnos, 1997; SANCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2020; SÁNCHEZ RAMÍREZ, Fortunato: *Ciencias del Estado y Administración Pública*, Lima, Talleres Gráficos de J. C. Editores, 1987; SANTIAGO, TAWIL, Güido: *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia,* Buenos Aires, Depalma, 1993; SARMIENTO GARCÍA - FARRANDO (h.), URRUTIGOITY - MARTÍNEZ - POSE - BUJ MONTERO - PRITZ - ÁBALOS - VICCHI: *Los servicios públicos, régimen jurídico actual,* Buenos Aires, Depalma, 1994; SESIN, Domingo: *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional*

y técnica, Buenos Aires, Depalma, 1994; SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1965; SORACHE, Domenico: *Diritto delle Amministraziones pubbliche*, Bologna, Societá Editrice Il Mulino, 2019; TOLIVAR ALAS, Leopoldo: *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1996; THOMPSON, Dennis F.: *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1998; TRIGOSO BAGACETA, Diómedes: *Justicia administrativa, faltas disciplinarias y sanciones*, Lima, Editorial San Marcos, 1996; VENEGAS GAMARRA, César: *Derecho y Administración Pública*, Lima, Idemsa, 1989; VIDAL PERDOMO, Jaime: *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1987.

I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

El concepto y la finalidad de la "Administración" ha evolucionado notablemente en el curso de los siglos, y más aún con el advenimiento de los Estados sociales, esto es, con las formas jurídico-objetivas pensadas ya no solo para vincular y controlar, mediante el uso del poder, a los ciudadanos y también a quienes detentan el poder, sino principalmente para hacer de las personas humanas el centro principal de la razón del Estado, en tanto destinatarios de servicios y de calidad de vida. Un Estado promotor de derechos y oportunidades que tiene en la Administración la vía *ad hoc* para dichos cometidos que enriquecen las interacciones humanas e institucionales simplificando las complejidades del conjunto de intereses en juego en toda sociedad. Solo en esta idea de una Administración que acerca los contenidos del Estado democrático constitucional a la sociedad y que garantiza a la población servicios, movilidad social, seguridad y derechos diversos, es posible hablar de una Administración moderna, abierta, garante de calidad. Ello, por cierto, solo será posible con cierto nivel de desarrollo económico y político, por lo mismo, de cultura, que permita a las naciones y países construir sólidos pero flexibles sistemas de funcionariado que resistan los embates del clientelismo político y las propensiones a la instrumentalización, e impida las degradaciones de la función pública.

Y hablar de "Administración Pública" es sin duda referirnos al Derecho Administrativo, pues, como bien precisa VIZUETA FERNÁNDEZ, dicha Administración se halla "estrecha e indisolublemente ligada a él"[1], pero no solo a esa rama del Derecho, sino que se debe e informa en el Derecho Constitucional de cada país, y con mejor razón de cada sistema de países

(1) VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública. El delito de cohecho*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 118.

que se adscriben a un sistema democrático. El artículo 39 de la Constitución Política del Estado peruano es enfático al normativizar que todos los funcionarios y servidores públicos, sin excepción, están al servicio de la Nación. Si bien no utiliza la frase "bien común" o "intereses generales", el "servicio a la Nación" es una noción lo bastante ilustrativa para significar la misma idea, es decir, el conjunto de habitantes de un país regido por un mismo Gobierno que merecen ser el destino de las políticas públicas y crecer conjuntamente con el Estado en la búsqueda de sus realizaciones.

El "servicio a la Nación" es una normativización que encierra la finalidad máxima y el interés pequeño que deben estar presentes en las actuaciones de los funcionarios y servidores, quienes tienen en dicho servicio la *ratio* de sus atribuciones y competencias, aunque el tráfago y el automatismo de la cotidianeidad no les permita, a primera vista, advertirlo. No es una normativización de un criterio moral, sino la asertivización a nivel positivo de la categorización del deber, por antonomasia, de todo sujeto público; constituye el imperativo al cual están sujetos y obligados todos quienes intervienen y participan de los cometidos del Estado en todas las instituciones y entidades públicas. Servicio a la Nación en condiciones de eficacia, de modo que la Administración Pública sea eficiente y no precaria ni fallida, razonable y no abusiva, proactiva y no enredada en las redes de burocracias desnaturalizadas.

La Administración Pública, entendida dinámica e institucionalmente[2], es la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad, eficacia y contenido ético-teleológico bien definidos. Su existencia en tanto sistemas preconfigurados y/o unidades burocráticas (de funcionarios y servidores)[3] es y ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado, comprendidos estos tanto al interior de los países o comunidades de países como al exterior del mismo. La Administración Pública vista desde fuera es el poder articulado en niveles y competencias que se diferencian nítidamente de la ciudadanía o sectores privados de destino, a los que sirve (para legitimar su existencia), pero sobre los cuales ejerce poder. Desde dentro, la Administración Pública es un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la Constitución Política y en las leyes su fundamento jurídico de existencia. Como nos lo recuerda Baena del Alcázar, la

(2) Véase sobre estas distinciones, *infra,* p. 48 y ss.

(3) *Idem, infra,* p. 149 y ss.

Administración Pública o las Administraciones Públicas constituyen una concreción del Estado, ya que de por sí este carece de realidad en la vida práctica, a no ser como una idea superior o abstracta[4].

La Administración Pública, o, si se quiere, para ser menos centralista y más desconcentrado en la lectura, las Administraciones Públicas, desde una perspectiva objetiva y teleológica, vienen a constituirse en el mecanismo puente entre el Estado y la sociedad civil, entre las formas y el contenido humano de los países. Su existencia jurídica, en dicha perspectiva, solo cobra legitimidad social en la medida que se identifique con sus cometidos y destino: el servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad, así como de recibir por parte del Estado, bajo el cual se acogen, gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida. La Administración Pública en esta lectura conglobante y racional de funciones y servicios, en tanto expresión elaborada y proyectada hacia la comunidad, no puede ser una macroactividad de una sola dirección, sino que requiere estar siempre concordada con las legítimas expectativas de sus destinatarios, recibiendo y evaluando sus requerimientos a efectos de afirmar cada vez, a través de sus actos, la vigencia del Estado de Derecho. Como afirma, Asúa Batarrita, la Administración Pública y su régimen jurídico deben acomodarse para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos[5]. En la misma idea, Reyna Alfaro, destacando el papel instrumental que cumple la Administración Pública, anota que el Estado de Derecho no puede prescindir del funcionamiento ni de la instrumentalización de la Administración en orden a satisfacer necesidades o intereses generales (...), lo que permite quebrar la idea del Estado gendarme a favor de la idea del Estado prestacional[6].

Orgánica o subjetivamente, esto es, vista con base en sus entidades y estructuras, a sus niveles y jerarquías, en una sola frase, considerando su

(4) Baena del Alcázar, Mariano: *Curso de ciencia de la administración*, vol. I, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1996. El autor cita a Chevakier-Loschak: *La ciencia administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1983, p. 31.

(5) Asúa Battarita, Adela: La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración: cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria pública, en *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, p. 18.

(6) Reyna Alfaro, Luis Miguel: El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Jurista editores, p. 251.

dimensión interna, representa quizás una lectura menos trascendente que la anterior, lo que se entiende si nos situamos en una perspectiva de sentido y cometido social-histórico, sin que esto implique desmerecer el trabajo que en tal sentido haya que efectuar para modernizarlo y dotarle de mayor funcionalidad. Efectivamente, el carácter instrumental que posee toda Administración Pública –nos recuerda Adela ASÚA– se encuentra puesto al servicio de los intereses de los ciudadanos y a la vez indica la responsabilidad política del Gobierno en cuanto a que es el responsable de dirigirla(7).

La cada vez más creciente existencia y posicionamiento de las Administraciones Públicas, pese a las tímidas orientaciones privatizadoras en determinadas funciones, plantea una serie de problemas al análisis político y sociológico, sobre todo en la tensa relación entre política y Administración Pública, en aspectos tales como la interacción en términos de poder (alcances y límites) entre los altos funcionarios políticos (que cambian cada cierto tiempo en los regímenes democráticos); los subsistemas burocráticos y cuadros de carrera, en la perspectiva de sus implicancias para la estabilidad y eficacia de la Administración; la distinción (o subsunción) entre actos políticos y administrativos; las relaciones entre lo público y lo privado; el papel de la gerencia técnica y su difícil convivencia con los intereses político-partidarios; las preocupaciones éticas de la Administración frente a las conveniencias y cálculos de los políticos; entre otros temas. Problemática que adquiere particular gravedad en sociedades de frágil y alterada racionalidad administrativa, en las cuales la personalización del poder y los intereses de los grupos políticos ha sido el factor prevalente para encausar los cometidos del Estado y, por lo mismo, los fines de las Administraciones Públicas, cuyas organizaciones han sido involucradas, con frecuente ocurrencia, en el contexto de acción de la política partidaria(8), con las lesivas consecuencias que ello comporta. Situación que con facilidad y profusión se aprecia en la mayor parte de países latinoamericanos, donde los Estados, a decir de José MÉNDEZ, exhiben fortaleza externa, pero oquedad interior, columnas débiles y piso frágil(9).

(7) Cfr. ASÚA BATARRITA, Adela. "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales. Criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en ASÚA BATARRITA: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 18.

(8) Lo que José Luis MÉNDEZ llama *el actuar político de las burocracias*. Véase de dicho autor «Estudio introductorio» a la obra de GUY PETERS, B.: *La política de la burocracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 12.

(9) MÉNDEZ: «Estudio introductorio», cit., p. 17. La fortaleza aparente y la real fragilidad del Estado en América Latina se explica según el autor en referencia por tres factores: a) Si bien muchos gobiernos latinoamericanos han tenido con frecuencia apoyo de potencias o instituciones externas, tal apoyo siempre los ha debilitado, ya que en esos casos aparecen como representantes del

Ahora bien, el Estado tiene sus propios órganos contralores[10] y se halla dotado de reglamentos y procedimientos específicos internos y externos para proteger a la Administración Pública –con niveles más o menos optimizados– de los comportamientos de sus agentes que violando sus deberes infringen los reglamentos y pautas orgánicas[11]. En este contexto, el Derecho Penal, como medio de control conminatorio y represivo, es un mecanismo fragmentario de actuación, esto es, *significa* un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración estatal e importe presencia de actuación dolosa. La fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal rige tanto para delitos comunes como para los especiales por la calidad del autor y función.

Pero ¿protege realmente a la Administración Pública el Derecho Penal? Para cualquier observador promedio resulta sintomático que los órganos de control penal[12] solo actúen procesando y aplicando penas cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya producida. Entonces, surge la interrogante

---

capital extranjero, el imperialismo, etc. La dependencia, el subdesarrollo y la heterogeneidad estructural fortalecen a la vez que debilitan al Estado; b) Debido al déficit de legitimidad, el Estado latinoamericano con frecuencia tiene que utilizar la fuerza, por lo que ha tendido a ser autoritario y centralista, lo que hace que pierda contacto con los procesos sociales y por lo demás promueve que la oposición legítima tenga que canalizarse por medios ilegales; c) Si bien el Estado en Latinoamérica ha sido altamente intervencionista y bastante grande, esto lo ha convertido en un blanco fácil y lo ha empujado hacia la desorganización administrativa y la ineficiencia (*ibidem*, pp. 17 y 18).

(10) La historia del mundo occidental testimonia la correspondencia que han guardado los diferentes regímenes políticos con las formas de control que han establecido para su Administración. Es que el control de la Administración del Estado no es, en verdad, una función que pueda cumplir eficientemente sus objetivos al margen de la filosofía institucional de un país, en cuanto no es una actividad que tenga existencia por sí misma. Cfr. PANTOJA BAUZA, Rolando: «El control de la Administración Pública», en OCHOA MONZÓ, BACA CALDERÓN, MARAVÍ SUMAR *et al.*: *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 556.

(11) En el Perú, las infracciones administrativas y la desviación funcional imputable a los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos se hallan normadas en el Decreto Legislativo N° 276, del 6 de marzo de 1984 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y en leyes y normas específicas: Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases), Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General del 11 de abril de 2001), Decreto Ley N° 26162 (Ley del Sistema Nacional de Control, del 24 de diciembre de 1992) y en numerosos textos orgánicos de las entidades públicas. La Ley del 28 de setiembre de 1868 sobre responsabilidad de funcionarios públicos rige aún con marcadas limitaciones.

(12) En sentido amplio: Policía Nacional, Ministerio Público, juzgados y tribunales penales. En sentido estricto, estos últimos. Los órganos de control penal teóricamente son concebidos desideologizados y despolitizados; no obstante, son comúnmente objeto de intervención y manipulación política, lo que ha generado la denominada "perversión funcional del Derecho Penal". Un Estado liberal de Derecho se halla en abierta contradicción con la injerencia del poder político en las decisiones de la actividad jurisdiccional.

de si la norma penal está protegiendo eficaz[13] y eficientemente los intereses estatales.

El problema que subyace como cuestión de fondo reside en las excesivas expectativas colocadas en el marco de la intervención penal. Debe quedar claro que el Derecho Penal no es un medio *ex profeso* para evitar delitos o componer procesos de lesividad material. Su eficiencia en este punto es muy discutible y relativa, siendo más bien modesta y concreta su función, la misma que consiste básicamente en: **a)** prevenir hipotéticamente la comisión de delitos y faltas mediante el mensaje de prevención general positiva[14] –que se supone debe internalizar, en este caso, todo agente público y particular– o a través de la amenaza de la pena (prevención general negativa[15]); y **b)** aplicar sanciones penales una vez cometido el hecho prohibido en la norma u omitida la obligación de actuar contenida en la misma, previo un procedimiento penal ajustado a ley y al debido proceso, circunstancia esta última necesitada de enfatizar para contextos jurídico-normativos como el peruano.

Integrando los fines preventivos generales (positivo y negativo) y las sanciones, la intervención efectiva del Derecho Penal se constituye así en el mecanismo racional violento de respuesta estatal para afirmar la vigencia de la norma penal vulnerada con los actos delictivos imputables al infractor, sea este un funcionario, un servidor público o un particular vinculado con la Administración Pública. Tal es la justificación social y quizás la razón suficiente de mayor peso argumentativo dado hasta ahora, frente a la serie de cuestionamientos, a los fines y a la existencia misma del Derecho Penal.

(13) Se entiende por "eficacia" al dato sociológico de la norma, es decir, el grado de aceptación, obediencia y de sanción en caso de desobediencia. Tanto la eficacia social como la validez jurídica y la corrección material constituyen los elementos básicos del concepto moderno de norma jurídica. Al concepto "validez" se asocia el concepto "eficiencia"; en efecto, una norma puede ser válida (dada con las formalidades de la ley), ser eficaz y, sin embargo, ser ineficiente, es decir, no alcanzar el objetivo pretendido con su dación.

(14) La *prevención general positiva*, es decir, el efecto hipotético de evitar la comisión u omisión de delitos y faltas logrando en los destinatarios de la norma penal la internalización del comportamiento conforme a Derecho, es quizás el logro más plausible y liberal de las funciones de la pena conminada, ya que el Estado apela aquí a lo más positivo del ciudadano, su deber de respeto a la ley y al Derecho.

(15) En el caso de la *prevención general negativa*, lo negativo está dado por la amenaza de imposición de pena que se cierne sobre quien no acate el mensaje de los tipos penales del Código y leyes penales especiales. Se considera de este modo, para la teoría de la función preventiva de la pena, que se logrará disuadir a los agentes de la comisión de delitos y faltas. Como es fácil advertir, ambos tipos de prevención general tienen espacios relativos de eficacia, no garantizando necesariamente el respeto a la norma.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Noción básica de Administración Pública

En el siempre complejo terreno de las definiciones existe, sin embargo, un nivel plausible de consenso para concebir la Administración Pública en un doble sentido. *Objetivamente*, como el conjunto de actividades, previstas legalmente o previsibles, que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. *Subjetivamente* (o en una visión organicista), Administración Pública «es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias»[16]. Por cierto, que este consenso no siempre es compartido a nivel doctrinario; en tal orientación, por ejemplo, García de Enterría, para quien lo que define a la Administración Pública no son las actividades funcionales ni el complejo orgánico institucional, sino y sobre todo la consideración para el Derecho Administrativo de que es una persona jurídica[17].

La concepción objetiva está así basada en la división material de funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva, judicial). Por su parte, la concepción subjetiva se fundamenta en la división de poderes, con prescindencia de sus funciones (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial)[18],

(16) Véanse Alessi, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 11 y 12; Báez Martínez, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Trillas, 1990, p. 28.

(17) García de Enterría, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo,* 9ª edición, Tomo I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 27 y 28.

(18) Se habla también, aunque con reservas, de un cuarto poder: el poder administrador (*"Beamtenstand"*) que es, aunque formalmente dependiente del Ejecutivo, una realidad sociológica permanente de poder. Al respecto, véase: García Pelayo, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Barcelona, Alianza Editorial, 1991, p. 59.
La teoría de la división de poderes fue expuesta sistemáticamente por Charles Louis de Montesquieu en su obra de 1748 *Del espíritu de las leyes* (Madrid, Sarpe 1984, Tomo I, pp. 168, 169). John Locke, décadas atrás, en su obra *Ensayos sobre el gobierno civil* (1690), había ya distinguido un poder legislativo y ejecutivo, sin mencionar al poder judicial; la razón de esta omisión la encuentra Maurice Duverger en el hecho de que Locke consideraba la función jurisdiccional fuera de la acción gubernamental (Duverger, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 157). La clasificación de poderes, pese a los cuestionamientos a que ha sido objeto, sigue teniendo indudables méritos. En la actualidad, García Pelayo resume en los siguientes factores su vigencia: **a)** tiene todavía la función de asegurar la unidad y la estabilidad del Estado democrático; **b)** contribuye a la racionalidad del Estado democrático, introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político; **c)** tiene la función de disciplinar y limitar el uso del aparato estatal por los pretendientes y tenedores del poder (García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 61).

cada uno con sus numerosos órganos y planos jerarquizados, y con asignaciones propias de cargos y competencias[19], aunque todavía desde una perspectiva genérica. Para los fines del Derecho Penal son válidas y útiles la concepción objetiva y subjetiva, como tendremos ocasión de comprobar.

También desde una perspectiva teórica se ve a la Administración Pública como una ciencia o disciplina científica que se encarga del estudio en sí de las organizaciones públicas en su triple relación, tanto con la legalidad, en la cual encuentra su legitimación jurídica, con el poder de donde emana su fuerza y al cual representa administrativamente, y con la sociedad a la que sirve y en la que demuestra su legitimación social y eficiencia.

2. Amplitud temática

Si bien en el terreno del Derecho Administrativo existe tendencia a circunscribir la Administración Pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo[20], prima actualmente una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al «todo estatal»[21] en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos.

Administración Pública comprenderá entonces a las funciones y competencias de lo que en estricto se entiende tradicionalmente por Estado, es decir, los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo (incluyendo los ministerios y los organismos descentralizados) y electoral. También las entidades de los organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Fondo de Pensiones, entre otros). Igualmente, los gobiernos regionales y locales, y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Forman parte también de la Administración Pública las funciones

(19) Las competencias asignadas a los cargos de la Administración Pública y, por lo mismo, el límite de sus funciones, carecen del carácter exigible de taxatividad y precisión. Y ello, que pareciera ser una deficiencia, resulta explicable y justificable por lo inconmensurable que resultaría tasar todas las atribuciones posibles y previsibles que las circunstancias exigirán al funcionario; por lo mismo, existe un amplio espacio de discrecionalidad funcional.

(20) Véase, por ejemplo, la reducción que hace Fritz FLEINER (1933) en su obra *Instituciones de Derecho Administrativo*, citado por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho Administrativo*, Tomo 3, Buenos Aires, TEA, 1949, p. 12. Asimismo, en la obra de VILLEGAS se ofrece diversos criterios doctrinales sobre el objeto de la Administración Pública (*ibidem,* pp. 2 a 43).

(21) La teoría del "todo estatal", surgida como respuesta al reduccionismo de la Administración Pública en función del exclusivo ámbito de la actividad administrativa de la función ejecutiva del Gobierno central, fue planteado en 1879 por L. STEIN *(La ciencia de la Administración Pública)*, retomada después por juristas de la talla de Hans KELSEN y otros.

y competencias de los funcionarios de las empresas públicas. Obviamente que quedan fuera del ámbito de la Administración Pública las funciones privadas ejercidas al interior de las empresas mixtas y estatales[22].

El tema de las empresas públicas en tanto organismos que participan en la actividad empresarial, bajo un régimen jurídico de Derecho Privado, ha presentado siempre aristas problemáticas. Si bien poseen un marco legal adscrito al sistema privado, dado que actúan como sociedades anónimas; sin embargo, el capital o patrimonio que manejan y del que disponen en sus actividades y operaciones contractuales es de propiedad del Estado o de las Administraciones Públicas (empresas municipales, por ejemplo), ya sea que se trate de las empresas de economía mixta en la proporción que corresponde al Estado, ya de las netamente estatales. Para el caso de España, BAENA DEL ALCÁZAR, refiriéndose a las empresas públicas, señala «(...) la empresa puede ser de total propiedad del Estado (o de otro ente público), pero también es posible que se recurra a la colaboración del capital privado fundándose una empresa mixta. Nuevamente encontramos en este supuesto una diferencia desde una perspectiva formal, pues frecuentemente se entiende que solo son propiamente empresas públicas aquellas en las que el capital del Estado o de otro ente público es mayoritario. Pero hay que salir al paso de este punto de vista, pues desde la perspectiva del poder lo que importa es el control de la organización y de los recursos de la empresa y esto se consigue incluso con una participación minoritaria en los casos de accionariado disperso. Por tanto, también estas empresas deben considerarse públicas»[23].

3. La Administración Pública como bien jurídico

La Administración Pública es vital para la sociedad y el Estado, ya que es el instrumento que hace posible la relación dialéctica de *input* y *output* entre ambas realidades, material la primera, jurídica la segunda. Resulta difícil concebir una sociedad organizada jurídicamente que carezca de Administración, como es impensable un Estado que para cumplir con sus fines prescinda de la organización administrativa y del ejercicio de funciones públicas. URQUIZO OLAECHEA precisa que la Administración Pública es un sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la

(22) Véase *infra*, p. 49 y ss.

(23) BAENA DEL ALCÁZAR: *Curso de ciencia de la administración*, cit., p. 238.

vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos[24].

Asimismo, es de gran importancia la confianza que la sociedad deba tener en la Administración Pública, esto es, que esta no se deslegitime socialmente, lo que ha llevado a que sea tomada en alto valor su mención reguladora en las Constituciones Políticas de los Estados y en las leyes orgánicas y ordinarias. El Código Penal en la misma orientación considera un bien jurídico valioso a la Administración Pública, esto es, la hace objeto de especial protección.

Como bien acota FEIJÓO SÁNCHEZ, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, la eficacia y objetividad con las que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos «mínimos»[25] por parte de la Administración a la hora de servir dichos intereses. Lo que significa, con palabras de dicho autor, que el injusto penal, como injusto merecedor de pena, ha de implicar un plus de injusto frente al disciplinario, merecedor de una sanción administrativa[26].

Para el Derecho Penal, la Administración Pública, como objeto jurídico genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, implica los siguientes elementos: a) un abundante marco de previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios; b) un conjunto de principios rectores que vinculan positivamente la Administración Pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto (imparcialidad, protección del patrimonio público, etc.), interpretarlo, racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional; c) ejercicio de funciones y

(24) URQUIZO OLAECHEA, José: «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año VII-VIII, N° 12, Lima, 2002, p. 235.

(25) Los «mínimos» a los que alude FEIJÓO, desde un punto de vista político criminal se pueden entender como un interés básico para la pervivencia del sistema político social. La protección de «lo básico en la función pública» como un interés más restringido que un funcionamiento impecable de la Administración es lo que justifica la intervención del Derecho Penal (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: «Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999, p. 701).

(26) El mayor desvalor puede ser debido a razones objetivas (del alcance lesivo, por ejemplo) o razones subjetivas. Así, por ejemplo, la responsabilidad por imprudencia ha sido eliminada de este ámbito. Para resolver estos conflictos resulta suficiente el Derecho Administrativo (FEIJÓO SÁNCHEZ: «Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995...», cit., p. 701).

servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos (cumplimiento de deberes y obligaciones), bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad (observancia de los deberes del cargo o empleo), que confirman así la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación.

La puesta en peligro o lesión del bien jurídico «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 cometidos por funcionarios y servidores públicos resultan así la negación de los deberes funcionales asumidos por dichos sujetos al acceder a la función o servicio, con prescindencia de la fuente o el título.

El contenido material del bien jurídico «Administración Pública» supone la confluencia de numerosos intereses vitales que el Derecho Penal protege preventiva y sancionatoriamente, y que determinan la totalidad tutelable. Obviamente, que también el Derecho Administrativo brinda una previa y liminar protección, jugando aquí el Derecho Penal un rol subsidiario, sobre todo en comportamientos de estricto fondo administrativo. Intereses y valores vitales como la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, el correcto uso del patrimonio público, la probidad en el desempeño funcional de los funcionarios y servidores públicos, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos y decisiones, etc. Esta singular disgregación en objetos específicos, con vinculación institucional de protección, le confieren a la Administración Pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico «correcto funcionamiento de la Administración Pública» se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto público.

Dichos objetos focalizados y puntuales cohesionan el bien jurídico «Administración Pública» en sentido amplio y que interesa al Derecho Penal. Los delitos contra la Administración Pública[27] lesionan o ponen en peligro cualesquiera (singular o pluralmente) de dichos valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos

(27) Según Enrique Bacigalupo (*Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, Akal-Iure, 1991, p. 352): "Los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo, pero además importen una lesión de confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho".

y que constituyen **las condiciones ideales o mínimos de funcionamiento del sistema** de la Administración Pública para el logro de los fines del Estado. Por lo mismo, ha dispuesto sean protegidos complementaria y/o subsidiariamente por el Derecho Penal a través de la creación de numerosas figuras legales que salvaguardan normativamente el bien jurídico «Administración Pública». Se trata así de un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado(28). En la medida que sea posible y dependiendo de la regulación establecida al respecto, debe propenderse a que todos estos intereses y valores públicos se hallen fundados a nivel constitucional, de modo directo o indirecto.

El concepto «bien jurídico» alude, en palabras de Richard HONIG, a aquella síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza por abarcar en forma concisa el significado y los fines de la norma penal(29). Se trata de una creación intelectual normativa asentada en una realidad jurídica social con base en jerarquizaciones de valores(30), que en el caso de la Administración Pública ha privilegiado la noción objetiva, es decir, las diversas funciones desarrolladas para el cumplimiento de sus metas por agentes individualizados.

La protección del bien jurídico «Administración Pública» se realiza así con prescindencia de la naturaleza del órgano (judicial, ejecutivo, electoral, legislativo), y atendiendo a la competencia específica de los cargos y funciones de los agentes que lo personalizan. Tal como indica correctamente BUSTOS RAMÍREZ, se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que se pretende proteger es la función administrativa pública, y no a los órganos o poderes(31). La importancia del órgano administrativo estatal,

(28) Un pormenorizado análisis del bien jurídico penal «Administración Pública» en su relación con los conceptos normativos de funcionario público y función pública, y una evaluación de los avances de la doctrina nacional sobre el tema véase en URQUIZO OLAECHEA: «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 243 y ss.

(29) El "bien jurídico" no es simplemente una frase felizmente articulada y propuesta en Alemania por Johann BIRNBAUM (1934), ni tan solo un concepto de primera importancia en Derecho Penal, sino, como bien condensa HONIG, constituye una "síntesis categorial", es decir, una categoría cognoscitiva, que en la visión del Derecho liberal es el eje mismo del Derecho Penal y la política criminal, y que en la actualidad se halla vinculado a contenidos constitucionales, los que le dan sustento y legitimidad. Por lo demás, decir que el "bien jurídico" es una categoría del pensamiento implica señalar su naturaleza genérica, multiconceptual y directriz del ordenamiento penal.

(30) La jerarquía de valores de la Administración Pública se mide en función de la gravedad de las penas en la estructura del Código Penal peruano.

(31) Según Juan BUSTOS RAMÍREZ (*Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 366), la lesión delictiva a los órganos y poderes del Estado "es un problema político de control y, por tanto, a incluir dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado".

de su naturaleza orgánica, solo se manifiesta para el Derecho Penal en la titularidad del sujeto pasivo.

La Administración Pública como bien jurídico integrador de múltiples intereses valiosos *puede ser lesionada o solo puesta en peligro.* Lo primero se produce cuando se altera, menoscaba o desestabiliza la regularidad de su funcionamiento. Lo segundo cuando, si bien no existe un resultado de lesión, se coloca al bien jurídico en una situación de indisponibilidad, desconfianza ciudadana o inseguridad. Casos ejemplificadores de este segundo ámbito de afectación son los delitos de tráfico de influencias y de intereses indebidos en negociaciones estatales. Lo era también la fórmula original (hoy derogada) del cohecho activo genérico.

4. ¿Existe un concepto jurídico-penal de Administración Pública?

Es notoria la propensión en los dominios del Derecho Penal contemporáneo a construir nociones propias, es decir, términos de connotación jurídico-penal desvinculados relativamente de sus acepciones primarias u ontológicas (así, el concepto «acción» es lo que la norma señala como tal; o el concepto «patrimonio», de mayor amplitud que el estrictamente civil; o, en nuestro caso, el concepto de «funcionario público» utilizado en no pocas legislaciones penales). En lo que concierne a la temática de la Administración Pública, producto de la mayor riqueza y comprensión dada a la misma, no ha sido necesario elaborar una noción que resulte concordante con los fines del Derecho Penal. Es decir, al haberse operado al interior mismo de las teorías del Derecho Público un proceso de ampliación del concepto que abarca actualmente a todo ejercicio de función pública con prescindencia de la naturaleza del órgano oficial, se ha tornado irrelevante postular una noción jurídico-penal de «Administración Pública». Por lo tanto, el Derecho Penal concibe a la Administración Pública en su contenido amplio, como integralidad o totalidad, sin detenerse a discriminar si la función pública es desarrollada por una entidad legislativa, judicial, propiamente ejecutiva o de gobierno, por organismos autónomos, gobiernos locales, etc.[32].

(32) Esta orientación es la que predomina actualmente en la doctrina penal. Así, véase PAGLIARO, Antonio: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 3: "Pública administración, como objeto de tutela penal, indica la entera actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos". Cfr. también: MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 8, Vol. III, Buenos Aires, Ediar, 1961; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal. PE*, cit., p. 366; CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 216.

5. Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal

Al integrar el bien jurídico «Administración Pública» diversos valores e intereses en un todo único, es perfectamente admisible hablar en este caso del objeto genérico de la tutela penal, dando a entender de este modo la naturaleza denotativa amplia de la Administración Pública como bien a proteger jurídico-penalmente. Esto es, el normal o correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Pero a la vez que se está afectando en sentido general a la Administración Pública, cuando se produce un determinado delito funcionarial se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación, o el principio de imparcialidad e igualdad en los diversos delitos de cohecho pasivo genéricos o específicos. Estamos entonces hablando del objeto concreto y puntual de la tutela penal o bien jurídico específico.

Tal distinción, que ha ganado ya consenso en la dogmática penal y en las técnicas de interpretación de los delitos, se aplicará en el presente trabajo al momento del estudio en especie de los delitos contra la Administración Pública, para efectos de una mejor precisión de los intereses lesionados con las conductas delictivas.

6. El titular del bien jurídico, el sujeto pasivo y la víctima

Queda claro que el titular (el sujeto de derecho lesionado) del bien jurídico «Administración Pública» es siempre la Administración Pública o el Estado. Todo delito por acción u omisión afecta en grado de lesión o peligro a dicho titular, que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico.

Es interesante destacar que si bien el Derecho Penal toma a la Administración Pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional; sin embargo, es el Estado como órgano global –y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva)– quien asume la titularidad de sujeto pasivo. Se produce así el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la Administración Pública a través del Derecho Penal.

No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado, y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad pública afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares).

No siempre existe identidad entre sujeto pasivo y víctima del delito. Esto ocurre en algunas de las modalidades delictivas cometidas por funcionarios y servidores públicos donde existen agraviados directos distintos a los entes estatales (generalmente los particulares) que resultan lesionados en sus derechos o intereses con los actos vulneratorios del bien jurídico «Administración Pública». Es el caso, por ejemplo, del abuso de autoridad (artículos 376-378 segundo párrafo), de la concusión (artículo 382) o con opiniones dispares en el tráfico de influencias (artículo 400), en tales situaciones se habla de sujeto pasivo y víctima por separado.

Resumiendo, sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico agredido. *Víctima* es aquel que resulta directamente agraviado. Generalmente coinciden el titular y la víctima; no obstante, y por excepción, se produce un desdoblamiento de ambos(33), siendo en este último caso diferentes el sujeto pasivo y la víctima.

III. LA FUNCIÓN PÚBLICA: ¿NOCIÓN JURÍDICO-PENAL?

Para el logro de sus fines, el Estado realiza, a través de sus órganos(34), numerosas actividades que por el destino de las mismas (la sociedad y sus intereses en conjunto), la fuente de la que emanan (el poder estatal), su gran importancia e incidencia en la vida nacional, se las ha denominado *función pública.*

La búsqueda de una definición plausible que condense el concepto y fije la naturaleza de la función pública, asunto de por sí difícil y problemático, es de gran importancia para el Derecho Penal, «porque permitirá –a decir de Stefano Del Corso– desde un punto de vista interpretativo precisar los contornos de la misma y el tipo de contribución subjetiva jurídicamente relevante para asignar a las personas físicas una cualidad pública de relevancia penal»(35). Ahondando más sobre el punto y enfatizando las consecuencias, Inmaculada Valeije señala que si se asigna una extensión inusitada a la noción "función pública", es posible ampliar la consideración de funcionario a un número indefinido de sujetos, cuyas obligaciones

(33) Para una mayor información sobre el tema, véase Neuman, Elías: *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984; Bustos Ramírez, Juan: *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993.

(34) Sin que ello implique incurrir en los anacronismos de la teoría del Estado como un organismo con partes y miembros, el concepto "órgano" es útil para nuestros fines por cuanto se expresa con él la diversidad de instituciones que componen la estructura del Estado, así como a los agentes públicos (funcionarios y servidores) que le sirven.

(35) Del Corso, Stefano: "Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla, trasformazione dello stato: profili penalistica", en *Rivista di Diritto e Procedure Penale*, 1989-II, Milano, 1989, p. 1043.

laborales no guardan relación con los intereses jurídicos que se estiman preferentemente protegidos en los delitos en los que esta cualidad entra como elemento del tipo (desnaturalizándose el sentido y la *ratio* de la tutela penal, dado que resulta imposible saber dónde empieza y donde termina esta). Por el contrario, la adopción, a efectos penales, de un criterio estricto de función pública favorece la irresponsabilidad penal de importantes sectores de la actuación administrativa[36].

La función pública, como institución de Derecho Público, es un conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previsto, regulado normativamente. Actividades asignadas en su planeación y cumplimiento a determinadas personas y órganos e identificadas con los fines de las Administraciones Públicas y, por lo mismo, del Estado en sentido amplio. En otras palabras, se trata de macroactividades que el ordenamiento jurídico (constitucional y legal) reserva a los órganos-instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales (funcionarios públicos). Toda función pública implica una esfera de atribuciones fundadas constitucionalmente y limitadas por el Derecho objetivo[37]. Cabe señalar que existen diversos sistemas de función pública. Así, el francés es distinto al inglés; el socialista diferente del capitalista; el de un país desarrollado de otro subdesarrollado, etc.

1. Definiciones

- Las funciones públicas, además de tener su sustento normativo constitucional, son actividades de total exigencia necesarias para la existencia de un Estado, de ahí que sus beneficios sean *uti universi.* El Ejército, la Policía o el servicio exterior son tan necesarios para el orden jurídico del Estado que sin ellos no podría existir como ente jurídico (...). Las funciones públicas sustentan la existencia del Estado; los servicios públicos sustentan la existencia del bienestar general de los habitantes de un Estado, de ahí que satisfaga necesidades *uti singuli* (Fiorini)[38].

(36) Valeije, Inmaculada: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 62, Madrid, 1997, p. 463.

(37) Ver Villegas Basavilbaso, Benjamín: *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 226.
Es clásica la definición de Otto Mayer en su *Derecho Administrativo alemán*: "La función pública es una esfera de asuntos estatales que deben ser gestionados por una persona ligada al Estado por una obligación de Derecho Público, de servir a este".

(38) Fiorini, Bartolomé: *Derecho Administrativo,* Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 205.

- La idea de «función» implica necesariamente actividad, y cuando esta es referida a los órganos del Estado (*latu sensu*), la función pública, desde el punto de vista sustancial, esto es, en relación con el contenido de la función, es ejercida por los órganos legislativos, administrativo y jurisdiccional, de acuerdo con la distribución que preceptúe el ordenamiento jurídico constitucional (VILLEGAS BASAVILBASO)[39].

- Por función pública ha de entenderse el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio; y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas jurídicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública, y su voluntad y acción trascienden como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad (BÁEZ MARTÍNEZ)[40].

- Dentro del marco de los cometidos estatales debemos distinguir entre las funciones-fines (estatales) y las funciones-medios (del poder). Las funciones estatales conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común. Las funciones del Estado se identifican con los fines de la actividad estatal y traducen la imperativa ejecución de actividades de carácter material (económico-social) para el logro de los objetivos de la comunidad política: paz, orden, prosperidad, seguridad, asistencia, solidaridad y justicia. Las funciones del poder son las vías para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines. Dichas funciones se identifican con los medios propios de la actividad estatal y traducen la actuación del poder, de carácter formal (jurídica) como vías de actuación (gubernativa, legislativa, judicial y administrativa), por cuya conducta el Estado logra los fines que se le asignan (DROMI)[41].

- La expresión "función pública" es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea

(39) VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, cit., Tomo III, p. 223.

(40) *Informe de la Corte Suprema de la Justicia de México*, 1959, citado por BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo,* cit., p. 36: "Empleado público" es sinónimo de funcionario público para la normativa constitucional y legal mexicana.

(41) DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo,* 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 32.

directamente o indirectamente a través de actos de delegación; o, lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual este se desempeñe (VALEIJE)[42].

- *Función pública* [es] toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

  Funcionario público [es aquel] 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 (artículo I de la *Convención Interamericana contra la Corrupción,* celebrada en Caracas el 29 de marzo de 1996).

- La función pública es la práctica concreta en la cual debe intervenir el Gobierno, los trabajadores públicos (servidores y funcionarios) y el resto de la colectividad sobre la base de principios de eficacia social, compromiso y participación (PATRÓN FAURA Y PATRÓN BEDOYA)[43].

- Función pública es el conjunto de actividades que se realizan para el cumplimiento de las funciones del Estado y las políticas del Gobierno (BACACORZO)[44].

- Se trata de la actividad que realizan los funcionarios del Estado dentro del marco de las normas legales y reglamentarias correspondientes y con el propósito de manejar el aparato estatal para el cumplimiento de sus fines, ofreciendo básicamente el servicio público que requiere la población (ORTECHO VILLENA)[45].

(42) VALEIJE: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 473.

(43) PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro: *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Lima, Grijley, 1998, pp. 161 y 162.

(44) BACACORZO, Gustavo: *Diccionario de la Administración Pública*, Tomo I, Lima, Grijley, 1997, p. 468.

(45) ORTECHO VILLENA, Julio: *Juicio político y procesos a funcionarios*, Trujillo, Libertad, 1992, p. 11.

2. Naturaleza jurídica de la función pública

Las otrora ortodoxas y bien delimitadas distinciones entre *función pública* y *función privada*, en lo que fue del último tercio del siglo XX, se han visto desestabilizadas por tres factores de importancia, que han obligado a efectuar lecturas más flexibles y problematizadas de su naturaleza jurídica:

a) En primer lugar, el proceso, en cierta medida, privatizador del ejercicio de la función pública, que ha comenzado a cuestionar la hegemonía y el dominio jurídico de las funciones públicas como núcleo de actividad estatal o pública en general. Este proceso descentralizador y participativo se aprecia en gran medida en otros ordenamientos jurídicos; en el Perú lo es sobre todo en los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos (para el caso jurisdiccional) o en la designación de particulares en juntas interventoras o comisiones reorganizadoras de entidades públicas. En una dirección diferente con la penetración estatal en áreas tradicionalmente privadas, tanto en sentido material (economía, servicios) como formal (entidades estatales que asumen formas de organización jurídica privada). Tales situaciones han complicado lo que debe entenderse por público y privado.

b) Luego, la tendencia generalizada y creciente a privatizar administrativamente las vinculaciones de los sujetos con las entidades públicas, a través de prestaciones de servicios o de obras sustentadas en contrataciones civiles. Esta tendencia es más apreciable en el ámbito de los servicios públicos, mas no ausente en el ejercicio de funciones.

c) Finalmente, la progresiva incursión de las imputaciones jurídico-penales en el círculo de sujetos que para el Derecho Administrativo son simplemente particulares y que se hallan vinculados con los intereses de la Administración Pública en estricta y objetiva consideración al ejercicio y/o destino de las actividades, al margen de la calidad de los agentes.

Tales factores han propiciado reajustes conceptuales tanto en el Derecho Público administrativo como –y mucho más enfáticamente– en el mundo de las recreaciones dogmático-penales.

La noción y naturaleza de los conceptos "función pública" y "funcionario público" son vistos hoy desde las siguientes perspectivas[46]:

(46) Véase sobre esto Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 93.

a) ***Concepción de destino o teleológica***, según la cual existirá función pública siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar, por los sujetos públicos, se hallen destinadas al interés colectivo o bien común. En este punto se presentan dos bifurcaciones: *primero*, cuando tales actividades *macro* son predicables de los agentes públicos y los órganos público-estatales; y *segundo*, cuando no se exige que sean necesariamente estos sujetos especiales quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando abierta por lo mismo la concurrencia de entidades privadas o particulares que ejercen función pública. En el primer caso estamos frente a la concepción tradicional ortodoxa de función pública, en el segundo en una concepción extensiva o ampliada, no siempre de consenso.

b) ***Concepción formal-objetiva***, en razón a la cual existirá función pública o privada de acuerdo al régimen jurídico que regula la actividad de la entidad generadora de la función. Así, si las instituciones son de carácter público, pero se hallan sujetas al régimen jurídico de las sociedades privadas, tales entidades desarrollarán función privada. Solo la adscripción a un régimen jurídico público permite hablar de funciones y servicios públicos, lo que resulta extensivo a la calidad de funcionario o servidor público.

c) ***Concepción mixta o ecléctica***, para la cual habrá función pública cuando las actividades con destino social o de interés colectivo, jurídicamente contempladas, son realizadas por organismos y agentes de naturaleza jurídica estatal o pública. Esta posición ecléctica resulta del desarrollo de una de las bifurcaciones de la concepción material final o de destino.

La tesis dominante de función pública, desde perspectivas no penales, avalan y enfatizan la tesis mixta que incardina el destino o fin de las macroactividades funcionales con la necesaria vinculación jurídica de Derecho Público que presenten los órganos estatales y, por lo mismo, sus agentes. La doctrina y jurisprudencia española se adhiere a esta tesis. Así, dan cuenta de ella, DELGADO GIL[47] y críticamente VALEIJE ÁLVAREZ[48].

De los seis incisos del artículo 425 del Código Penal, el tercero no acoge estrictamente la tesis formal objetiva en alusión, ya que las

(47) DELGADO GIL, Andrés: *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 107.

(48) VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario; el delito de cohecho*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, DERESA, 1995, p. 59.

imputaciones por delitos funcionariales pueden formularse con independencia de cuál sea la naturaleza jurídica bajo la que se halle el sujeto activo o al margen de que se encuentre incorporado orgánicamente a la Administración Pública. Obviamente que ello en el contexto del ámbito posible de tutela penal de la norma que ha posibilitado las ampliaciones de tipicidad a un extenso círculo de autores en los que no se reúnen los requisitos suficientes para hacer de ellos funcionarios públicos desde la óptica administrativa. Es así como se puede indicar que, si bien prima una concepción mixta –en la que la interpretación penal basada en doctrina y jurisprudencia juega un papel importante–, en el inciso 3 del artículo 425, el Código Penal se adhiere a una tesis teleológica o de destino[49]. Aceptar para dicho caso la tesis formal objetiva como válida e integradora de la lectura mixta podría suponer abrir un marco de impunidad para el ejercicio infractor de las leyes penales de un amplio sector de funcionarios y servidores públicos que, adscritos a un régimen de Derecho Privado, ejercen funciones públicas, manejan patrimonio público y tienen deber de garante para con la Administración Pública.

La serie de modificaciones efectuadas en el régimen legal de determinados sectores de la función pública, en tanto grupo de actividades dejadas en manos de personal privado vinculado, o admitiendo el caso de las colaboraciones puntuales y temporales de particulares con la Administración Pública (que para el Derecho Penal son suficiente habilitación para hacer radicar sus consecuencias punitivas), y tomando en cuenta el *telos* o la finalidad de destino de la función pública, por lo mismo enfatizando la perspectiva de concreción de las funciones y servicios públicos, posibilita construir una noción penal de función pública, en el estricto contexto de los cometidos penales[50], fundada tanto en su contenido material como el modo de su ejercicio, ya que poco interés, desde la óptica estrictamente penal, tendrá el régimen jurídico específico que tenga el funcionario en su relación con la Administración Pública: estatutaria o

(49) Véase una crítica a la tesis de destino o teleológica, como criterio central que define la función pública, en Valeije: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 467, con base en los argumentos de que los fines son una cuestión política determinada ideológicamente y que las funciones públicas varían en el tiempo y en los diferentes países, según la opinión pública y los objetivos del partido político gobernante. Circunstancias que en la opinión de Valeije impiden la construcción de un concepto ahistórico y estable de funciones públicas.

(50) Véase Valeije: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 467 y ss., para quien se trata de un entendimiento penal de la expresión «función pública» que abarque a todos los entes instrumentales de la Administración y con independencia de cuál sea el régimen jurídico que disciplina las actividades desempeñadas (p. 479).

por contratación (temporal), será suficiente que participe en el desarrollo y ejercicio de funciones públicas sin importar que se halle incorporado (que sea funcionario público en su acepción estricta); incluso, la participación ocasional de particulares, o configurada a criterio de las exigencias penales (es el caso de los tutores, curadores, albaceas y otros del artículo 386 del Código Penal) será indicativo para ver ejercicio de función pública donde la perspectiva administrativa negará, de conformidad a sus presupuestos, dicha calidad. Función pública, estimada punitivamente, que es una construcción generada a partir de las exigencias de la norma penal, que se define y agota en dicho campo, sin perjuicio para que los diseños administrativos puedan valerse del mismo para afirmar determinadas orientaciones o previsiones.

La noción penal de función pública permite dar respuesta coherente e integral al caso de la orientación empresarial del Estado, donde las empresas públicas, al margen de que se hallen adscritas a regímenes de sociedades privadas, continúan teniendo interés para el Derecho Penal, al ser entes que administran patrimonio público y se hallan bajo la perspectiva general estatal.

Entre otras de sus ventajas (inconveniencias, para una lectura de interpretación diferente), dicha noción da respuesta a determinadas manifestaciones del fenómeno de la privatización de funciones públicas, que pasan a ser cumplidas por sujetos particulares, quienes, si bien se hallan fuera de la Administración Pública (tal es el caso de los notarios o fedatarios), cumplen por delegación legal funciones públicas. No sucede lo mismo con la privatización de servicios públicos masivos, como las telecomunicaciones, el transporte público y otras actividades que hoy se hallan bajo dominio y responsabilidad de corporaciones privadas o se encuentran estratificadas en manos particulares; actividades que han dejado de poseer interés para los criterios de imputación penal por delitos de infracción de deberes funcionales, mereciendo en cambio injerencia penal en otros apartados del Código en el ámbito de protección de bienes jurídicos distintos a los institucional-funcionales. Asunto de gran interés para demarcar los alcances de la noción penal de función pública, la misma que debe necesariamente poseer límites a fin de que no sea utilizada inadecuadamente.

Como se podrá advertir, la noción penal de función pública no es propiamente una recreación teórica del concepto, una entelequia o una ficción, sino que parte de la realidad que se observa en el variado y amplio terreno de la Administración Pública que ha incrementado sus actividades y ha flexibilizado en grado extremo las vinculaciones de las personas con ella.

3. Funciones públicas

Existen dos grandes bloques o sistemas de funciones. Un primer nivel abarca tres macrofunciones estatales de poder: la *función legislativa*, de naturaleza normativa y fiscalizadora; la *función administrativa* de gobierno, de naturaleza ejecutora-dispositiva; y la *función jurisdiccional*, eminentemente judicial y decisional en relación a los conflictos de intereses sometidos a su ámbito de atribuciones. Derivadas o en íntima relación con ellas existe un segundo nivel de numerosas funciones específicas como el planeamiento y gestión económico-industrial, la educativa, policial, militar, electoral, diplomática, contralora y otras más[51]. Siguiendo a Roberto Dromi, las primeras son denominadas *funciones de poder*, mientras que las segundas son *funciones de Estado*. Estas últimas están identificadas con los fines del Estado, en tanto que las primeras con los medios propios del poder estatal o de su ejercicio. Más contemporáneamente, las funciones públicas tienen una nueva configuración en el mundo posmoderno, lo que permite hablar, junto a las ya tradicionales funciones centrales, regionales y comunales, de las funciones comunitarias de aplicación en los bloques de países que se han asociado con fines preferentemente económicos (a modo de ejemplo, la Unión Europea), como vía para lograr procesos más amplios de integración.

Los órganos del Estado realizan un sinnúmero de funciones, como la dación de leyes, la defensa de la soberanía, el orden interno, los procesamientos judiciales y la expedición de sentencias, el planeamiento y dirección de la marcha económica del país, la promoción del bienestar general, la educación, el desarrollo del agro y la industria nacional, etc. Los órganos legislativo, de gobierno o ejecutivo, jurisdiccional y electoral concentran la mayoría de las actividades públicas fundamentales. Las instituciones militares y policiales, a su vez, se reservan las funciones de defensa de la soberanía y el orden interno, teniendo su fuero propio para el sustanciamiento de las infracciones relevantes. Los organismos autónomos y las entidades descentralizadas y los organismos de poder regional y local (gobiernos regionales y municipales) ejercen igualmente funciones público-estatales y otorgan servicios públicos. Las municipalidades tienen delimitadas sus funciones por la Ley N° 23853 (Ley Orgánica de Municipalidades), las cuales incluyen el fomento del bienestar de los vecinos

(51) La Corte Suprema ha sido explícita en algunas ejecutorias para detallar los alcances de la función pública. Así, en la ejecutoria del 10 de setiembre de 1997 (Exp. N° 5823-96-Lima) habla de funciones de Gobierno central, regional o local, legislativas, ejecutivas, jurisdiccionales, electorales y de control fiscal. Véase también la ejecutoria del 8 de abril de 1998 (Exp. N° 1556-Lima).

y el desarrollo integral y armónico de las circunscripciones de su jurisdicción (artículo 3).

La función pública puede ser estudiada, como se colige de lo señalado anteriormente, desde una perspectiva amplia, conceptualizándola genéricamente como la esfera de asuntos del Estado que deben ser gestionados bajo un debido marco legal y reglamentario por personas especialmente ligadas formalmente a este y que sirven a los intereses generales de la Nación, sin que en este marco posea mayor importancia la forma o modo de acceso a la función: políticamente, por empleo o por vía estatutaria, es decir, con base en la soberanía popular, mediante contratación civil, laboral o a través de la carrera pública. Puede ser igualmente analizada en función de las específicas competencias de los oficios o cargos asumidos por los funcionarios públicos (perspectiva concreta), independientemente de cuál sea el órgano o nivel de la estructura del Estado donde aquel ejerce funciones. Ambas orientaciones interesan al Derecho Penal, siendo este utilizado como un medio subsidiario y complementario para obtener los estándares exigibles de eficacia y eficiencia de la Administración Pública. Bustos Ramírez, siguiendo la doctrina española al respecto, nos habla de la necesaria concurrencia de tres elementos para configurar función pública: a) elemento subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); b) elemento objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho Público); y c) elemento teleológico (función pública es aquella en la que se persigue fines públicos establecidos principalmente en la Constitución)[52].

El tema de la función pública es de indudable interés nacional y ha merecido, desde distintas perspectivas, ingentes y vigorosos estudios que han puesto la atención en la forma de evitar que se convierta en un instrumento de manipulación política en poder de gobernantes personalistas y de funcionarios corruptos y ávidos de dinero, proponiéndose la necesidad de someter el ejercicio de la función pública a una serie de normas con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución Política del Estado, los intereses de la sociedad y el ordenamiento jurídico en su conjunto[53].

(52) Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal. PE*, cit., p. 312.

(53) Al respecto, véase Valeije Álvarez, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 27 y 28.

4. Función pública y privatizaciones[54]

¿Ha influido en el país el proceso privatizador de las empresas públicas y de las de economía mixta en la noción de función pública, de modo que esta haya visto reducida significativamente su espectro de irradiación y significancia?

Una desapasionada, y por lo mismo serena, lectura de la orientación y resultados de la transferencia de los activos estatales al Sector Privado no puede dejar de advertir que la abrumadora mayoría negociada ha sido de empresas estatales y mixtas que brindaban –muchas de ellas y quizás las más significativas– servicios públicos: así, por ejemplo, en el sector telecomunicaciones, eléctrico, transporte aéreo, terrestre, marítimo, etc. Otros ámbitos privatizados de la actividad empresarial estatal se han circunscrito a los sectores de hidrocarburos, minería y banca. Es obvio admitir que en las labores de dirección y gerenciamiento intervinieron aquí funcionarios públicos, pero las finalidades de tales empresas no todas se hallaban destinadas a satisfacer necesidades concretas de la población. En contraparte, organismos dedicados de modo *ex profeso* a la función pública como las entidades electorales, jurisdiccionales, ministerios, organismos públicos autónomos, fuerzas policiales, etc., no se han visto (con la relativa excepción del ámbito jurisdiccional) involucrados en la oleada privatizadora, lo cual nos está definiendo así un cuadro de mínimo (o escaso) compromiso en cuanto a la transferibilidad de la función pública al Sector Privado, sí en cambio se aprecia una afectación de una amplia gama de servicios públicos que durante el periodo de intervención estatal en la economía estuvieron, sobre todo, en manos de las empresas estatales.

Ahora bien, cabe plantearse las siguientes interrogantes: **a)** ¿existen entidades privadas que cumplan funciones públicas?; **b)** ¿pueden las empresas del Sector Privado o privatizadas desarrollar función pública?; **c)** si ahora muchos sectores de los servicios públicos son prestados por entidades particulares (y, por lo tanto, por sus agentes), ¿ha perdido entonces su naturaleza pública el servicio?; **d)** ¿puede acaso imputarse la comisión de

(54) A la profusa intervención estatal en la economía y los servicios acontecida en los años 1970-1990, con el consiguiente y significativo incremento de las empresas públicas, advino en el país, a partir de 1992, una apreciable oleada de privatizaciones con la correspondiente transferencia de los activos de más de 150 empresas estatales a la actividad privada, que generaron ingresos para el Estado por cerca de $ 10,000 millones de dólares (Franco, Bruno; Muñoz, Ítalo; Sánchez, Pedro y Zavala, Verónica: *Las privatizaciones y concesiones,* en Abusada, Roberto *et. al.*: *La reforma incompleta,* Lima, Universidad del Pacífico-Instituto Peruano de Economía, 2000, p. 14). Cabe indicar que las pérdidas económicas acumuladas para el Estado por el ejercicio de las empresas públicas durante el periodo 1970-1990 llegaron a los $ 7,100 millones de dólares. Véase también Contreras, Carlos y Cueto, Carlos: *Historia del Perú contemporáneo,* Lima, IEP, 2000, p. 352.

delitos de abuso de autoridad, exacciones ilegales o cohecho a los funcionarios de una empresa privada de telefonía, por ejemplo? Respondiendo, cabe decir no. Por regla general. Solo por excepción y por tiempo determinado y cometidos específicos puede delegar el Estado en un ente privado el ejercicio de funciones públicas (ciertas funciones administrativas o, complementariamente, funciones jurisdiccionales). No porque el servicio sigue siendo público (llamado en la doctrina administrativa *servicios públicos impropios*); las empresas particulares o privadas que por concesión estatal brindan a la colectividad servicios públicos no están ejerciendo función pública, situación que incluso es extensible a las empresas mixtas que participan de la confluencia de capitales estatales y privados. No porque ya no son imputables a título de delitos funcionariales los funcionarios y servidores de las entidades privatizadas y que ahora prestan servicios públicos a las diferentes colectividades del país(55).

El caso de los notarios, de amplia discusión sobre su naturaleza jurídica en el ambiente doctrinario, en el Perú ha sido resuelto normativamente (Ley del Notariado, Decreto Ley N° 26002, de 27 de diciembre de 1992); no obstante, el debate que aún persiste avalándose la tesis de constituir para el Derecho Penal funcionarios públicos, los mismos que ejercen función notarial por delegación estatal (dar fe pública, formalizar actos, conferir autenticidad, protocolo notarial). Los Colegios de Notarios son personas jurídicas de Derecho Público (artículo 129 de la Ley del Notariado). Las circunstancias de no formar parte de la carrera administrativa, carecer de jerarquías, ejercer liberalmente las funciones y no poseer vinculación económica por vía remunerativa con el Sector Público abonan a favor de la desadministración de su estatus. En cambio, haber asumido funciones jurisdiccionales, que incrementan las exigencias de objetividad e imparcialidad de sus actos funcionales, parece colisionar con la tesis privatista que propugna por afirmar su particularidad y ajenidad con relación a la Administración Pública.

Bajo el marco de la tesis publicista, resulta difícil derivar en los notarios las consecuencias que la calidad de funcionario tiene para el Derecho Penal, vale decir, el ámbito de delincuencia funcional de los notarios no podría ser ampliado en tanto posibilidad de comisión u omisión a la mayoría de las especies delictivas del título XVIII del Código Penal. En efecto, y, por ejemplo, una exacción ilegal, peculado o un interés ilícito en contrataciones, por solo poner tres casos de ilicitud penal, en los que el notario, considerado funcionario público, pueda ser imputado penalmente.

(55) Sobre el tema revísese en toda su extensión el trabajo de Gustavo PENAGOS VARGAS: *El servicio público,* Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995, p. 29 y ss.

De lo que se colige que el marco de delitos funcionariales se halla restringido en tal hipótesis.

5. Características de la función pública

Podemos mencionar las siguientes:

a) Material y descriptivamente, es ejercicio de actividad al servicio de la Nación (colectividad global del país, «intereses colectivos» que incluye las diversas reparticiones públicas: Gobierno central, poderes: Legislativo, Judicial, entes autónomos, empresas públicas, gobiernos regionales y locales) ejercida por funcionarios públicos repartidos mediante niveles y competencias asignadas en las diversas reparticiones de los órganos del Estado o poderes públicos.

b) El Estado delega el ejercicio de «función pública» en personas físicas (los funcionarios) bajo delimitadas y estrictas formalidades que le otorgan legitimidad, o en un contexto de flexibilizaciones las relativiza. Dicho ejercicio puede igualmente derivarse de un mandato popular, vía elecciones directas o intermediadas en determinados casos, o tener su origen en las previsiones constitucionales o legales.

c) Su contenido está definido por actividades de diverso orden dirigidas a fines constitucional o legalmente previstas, por lo mismo no existe función pública al margen de la ley, contra la ley o de los mensajes constitucionales. Tales actos de gran importancia pueden ser de imperio o autoridad, de función, administración, gestión o procuración, pudiéndose producir indistintamente a nivel de función legislativa, de gobierno (actos políticos y de ejecución) o de función jurisdiccional y de otros ámbitos.

d) La función pública no se restringe al exclusivo ámbito administrativo-ejecutivo, sino que compromete a una amplia gama de los asuntos públicos.

e) La función pública es por definición continua, permanente e institucional. No existe función pública en consideración a las individualidades, sino en relación a los fines sociales de interés general (bien común) o institucionales. Lo que, por excepción, no excluye la existencia de funciones temporales a tiempo determinado o determinable (elaboración de Códigos y leyes en las que participan académicos especialistas, participación ciudadana en mesas electorales, etc.).

f) Es inherente a su naturaleza la fijación de ámbitos de competencia de los órganos y agentes públicos y, por lo mismo, plantea un conjunto de deberes y obligaciones, a la vez que derechos de los funcionarios públicos.

g) Las particularidades actuales del contenido y modo de ejercicio de la función pública han posibilitado una noción penal de función pública[56].

6. Relaciones y diferencias con «servicio público» y «servicio de necesidad pública»

Es poco frecuente que en vía penal se establezcan diferencias entre funcionario y servidor público o que se efectúen mayores precisiones como las formuladas por el Código Penal italiano de 1930, aún vigente, que establece (artículos 357, 358 y 359) hasta tres niveles de sujetos públicos de interés para el Derecho Penal[57]: funcionarios públicos, persona encargada a cualquier título de un servicio público y persona que ejerce un servicio de necesidad pública[58]. El Código Penal peruano de 1991 no realiza tal distinción, pero ella se halla presente en la realidad funcional misma y en el lenguaje forense y judicial, razón por la cual nos detendremos brevemente a esbozar algunas observaciones al respecto.

Resulta impensable la sola existencia de funciones públicas sin servicios públicos, ambos se hallan íntimamente correlacionados y condicionados. Todo servicio público obedece, más allá de su «ratio ontológica» a una función y finalidad pública de Estado, aunque no toda función pública termine o esté destinada directamente a un servicio público. Entre función y servicio no hay fronteras cerradas, acabadas, existe una cierta intercambiabilidad, la función a veces se convierte en servicio público, o por lo menos ciertos componentes de la función; pensemos, por ejemplo, en la lectura y revisión de expedientes que brindan las agencias judiciales y la dirección de archivo de la Corte Suprema.

(56) En las ediciones anteriores se había señalado que el Derecho Penal no utiliza un concepto propio de función pública, consideración que se supera por las razones dadas en líneas anteriores.

(57) Sobre el tema véase el trabajo de Rosini, Bárbara: *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necesitá*, Padova, Cedam, 1998.

(58) Código Penal italiano, artículo 359: "Para los efectos de la ley penal son personas que ejercen un servicio de necesidad pública: a) Los particulares que ejercen profesiones forenses o sanitarias, u otras profesiones cuyo ejercicio esté prohibido por la ley sin una especial habilitación del Estado, cuando el público está obligado por ley a valerse de sus servicios. b) Los particulares que, sin ejercer ninguna función pública y sin cumplir ningún servicio público, prestan algún servicio, declarado de necesidad pública mediante un auto de la Administración Pública".

Servicio público, a decir de Rafael BIELSA, es toda acción o prestación actual concreta (a diferencia del carácter abstracto y general de la función) realizada por la Administración Pública dinámica, directa o indirectamente, para la satisfacción puntual de necesidades colectivas[59]. La teoría del servicio público, de origen francés, se halla en la actualidad muy cuestionada, sobre todo la posición que identifica servicio público con servicio estatal; la privatización de los órganos dadores de muchos de tales servicios ha puesto en crisis su naturaleza jurídica de Derecho Público[60]. Los servicios públicos, señala FIORINI, ocupan rango inferior a las funciones públicas, pero tienen importancia por mantener el bienestar colectivo general; los servicios públicos no se dirigen a la vida del Estado, sino a la satisfacción concreta y práctica de las vicisitudes diarias continuas y variables que presentan las necesidades de sus habitantes; necesidades que pueden ser de diversa intensidad o clase, que pueden asimismo variar, surgir nuevas o desaparecer. FIORINI logra una detallada y didáctica exposición crítica y analítica de los servicios públicos en sus semejanzas y diferencias con la función pública, en sus notas características, formas de prestación, clases (propias e impropias, estas últimas cuando son prestados o dados por entidades particulares) y diversidad de manifestaciones concretas[61].

Así, ***será función pública*** el dar leyes, procesar penalmente o emitir sentencias, el promover el bienestar de la colectividad, dar seguridad jurídica, el orden público, la seguridad nacional, la representación diplomática, etc. En cambio, ***será servicio público*** la educación-instrucción impartida en escuelas y colegios, la prestación de salud, el transporte público, la cultura, construcción de carreteras, habilitaciones de redes de luz, agua, teléfonos, la seguridad ciudadana, la provisión de guarderías, etc. El servicio público es actividad concreta específica, individualizable, destinada a cubrir necesidades básicas requeridas por la población, pudiendo ser de naturaleza económica, comercial, estrictamente administrativa, cultural, etc.

Así como es desatinada la tendencia que asocia el servicio público exclusivamente a la función administrativa, también es incorrecta la doble analogía que se acostumbra a hacer entre función pública = funcionario y servicio público = servidor público o empleado, pues en ambas expresiones

(59) BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tomo I, La Ley, 1964, p. 114. BIELSA se refiere también a un "servicio público personal", que es el brindado por el ciudadano particular al Estado y a la sociedad (servicio militar, participación en el sistema de jurados populares o mixtos, etc.); a lo que habría que agregar la participación en elecciones públicas como miembros de mesa o la labor prestada por los egresados universitarios (Secigra) y los bomberos.

(60) Para tener mayores luces al respecto, véase VIDAL PERDOMO, Jaime: *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1987, p. 208 y ss.

(61) FIORINI: *Derecho Administrativo, cit.*, p. 205 y ss.

de actividad estatal intervienen funcionarios y servidores o empleados. No es el servicio público el que produce la calidad de empleado en el agente público, pues en torno y dentro de él desarrollan también sus actividades los funcionarios públicos.

Servicios de necesidad pública se dan en una serie de ámbitos de actuación de prestación de servicios que el Estado se ve imposibilitado de asumir. Son servicios que han sido considerados por ley de necesidad pública y que el Estado autoriza a determinados círculos de profesiones regulados su prestación. Así, los servicios que brindan los abogados no relacionados administrativamente con el Estado o aquellos que ofrecen las profesiones de salud (médicos, enfermeros, farmacéuticos, veterinarios, etc.). Los servicios de necesidad pública se hallan así vinculados a profesiones liberales de contenido y finalidad social.

Obviamente que los profesionales que realizan tales servicios de necesidad pública no son ni empleados ni funcionarios del Estado. Es más, puede tratarse de auténticas empresas privadas ofreciendo dichos servicios; piénsese, por ejemplo, en los estudios jurídicos de abogados. En el caso de que dichos profesionales se hallen vinculados contractual o jurídicamente con el Estado y en tal situación presten servicios, estaremos ante las figuras del servicio o la función pública[62]: por ejemplo, los procuradores estatales, los estudios jurídicos gratuitos del Ministerio de Justicia, los profesionales que laboran en los consultorios o postas del Ministerio de Salud, etc.

Estos profesionales liberales que ofrecen servicios de necesidad pública interesan al Derecho Penal, ya que son pasibles de sanciones en determinados tipos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico genérico «Administración Pública»[63].

Cabe indicar, finalmente, que, en el caso de Italia, existe actualmente una fuerte corriente de opinión que considera desacertada la discriminación entre función, servicio público y servicio de necesidad pública, proponiendo su eliminación[64] y la adopción de una terminología única.

(62) MALINVERNI, Alexandre: *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel Diritto Penal*, Torino, 1951.

(63) Véanse, por ejemplo, los artículos 364 y 398 del Código Penal peruano vigente.

(64) Tendencia que se observa en la redacción del *Proggeto di Codice penale* italiano de 1992, a cargo de destacados penalistas como Ferrando MANTOVANI, Tullio PADOVANI, Franco BRICOLA (+), Antonio PAGLIARO (+), FIORELLA y otros.

7. Los particulares y la función pública

Nuestra legislación nacional penal solo en contados casos ha contemplado en forma expresa la posibilidad del ejercicio excepcional de función pública por parte del particular no vinculado formalmente con la Administración Pública o el Estado. Existe así un importante –aunque difuso– sector de personas que mediante sus actos generan complementaria o subsidiariamente función pública (participando en ella o contribuyendo con ella desde distintos ámbitos): así, por ejemplo, los árbitros, miembros de comisiones redactoras de códigos jurídico-normativos, peritos, jurados de votación en procesos jurisdiccionales, conciliadores extrajudiciales, miembros de mesa electoral, ronderos campesinos, colaboradores con la administración de justicia (peritos, testigos, albaceas), etc. En todos estos casos (con exclusión de los jurados, al no existir en el Perú ejercicio de participación popular en la administración de la justicia) se ha permitido a personas particulares, ya sea por expresa delegación efectuada constitucionalmente, ya mediante ley, acto administrativo o de acuerdo a las exigencias de las circunstancias (casos de los peritos), el ingreso en ámbitos determinados y temporales de función pública, principal o accesoriamente. Y si bien la norma penal no los comprende a todos en los alcances de sus lecturas extensivas, sin embargo, existen debates aún no terminados al respecto. Por cierto, el tema del ejercicio de justicia consuetudinaria adquiere particulares características.

La probabilidad de que un buen sector de estas personas puedan ser pasibles de imputación penal –extensivamente– por delitos funcionariales, de acuerdo a las disposiciones amplias del artículo 425 inciso 3 del CP y algunos tipos penales especiales, queda respondida afirmativamente y se halla estrechamente vinculada al aporte de actos en la violación del bien jurídico «*Administración Pública*», ya como autores o como partícipes, de conformidad a las especificaciones normativas del Código Penal al respecto.

En el contexto del Derecho comparado, el Código Penal argentino taxativamente contempla en su artículo 240[65] la hipótesis del particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito, calificándolo de funcionario público. El Código Procesal Penal peruano de 2004, en su artículo 260 ha regulado el arresto ciudadano en tanto facultad que le asiste a todo ciudadano para detener a quien se halle en estado de flagrancia delictiva, con lo cual legalmente se le desplaza al

(65) Código Penal argentino, artículo 240: "Para los efectos de los dos artículos precedentes (atentado y resistencia a la autoridad), se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito".

ciudadano un acto de función pública, asunto que tendrá implicancias de contenido penal en el caso de las extralimitaciones o excesos que se cometan por parte del ciudadano (no entregarlo inmediatamente a la autoridad policial más cercana, encerrar o privar de su libertad en lugar público o privado al aprehendido).

IV. EL FUNCIONARIO PÚBLICO[66]

El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles a desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. En el primer caso, con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo, frente a los órganos de control del Estado. De acuerdo a las diversas legislaciones de los países, asume distintos nombres[67] o se halla confundido en una denominación común.

Funcionario público es aquella persona física que, prestando sus servicios al Estado, se halla especialmente ligada a este (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. Como señala BIELSA, bajo el influjo de una concepción amplia «funcionario público» es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público[68]. No obstante los esfuerzos de BIELSA por dotarle de amplitud al concepto, el Derecho Administrativo acusa serias dificultades para ofrecer un concepto de validez universal sobre funcionario público, más allá de una descripción de sus elementos. Precisamente sobre esto MARTÍNEZ MARÍN indica «que la legislación, la jurisprudencia y la misma doctrina han utilizado el vocablo para indicar supuestos distintos, con alcance y eficacia

(66) Véase mayores precisiones *infra,* p. 75 y ss.

(67) Por ejemplo, en la Constitución mexicana son denominados *servidores públicos*, incluyéndose con tal nombre a los *empleados*. En la legislación penal colombiana –modificada en este punto al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991–, la frase "servidor público" (que sustituyó a la de *empleado oficial*) abarca a funcionarios, empleados públicos, trabajadores y otros. En la legislación penal italiana, antes de la reforma de 1990, *funcionario* y *empleado público* eran sinónimos.

(68) BIELSA, Rafael: "La función pública", en CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y QUINTANA VIVANCO, Rosa: *Introducción al estudio de la función pública (Antología)*, Lima, Sagsa, 1985, p. 158.

diferentes. Las causas de esta discordancia doctrinal son los diferentes significados vulgar y jurídico del término, la dispar extensión personal de los supuestos funcionariales, la identificación del vocablo funcionario con el de empleado público por las leyes administrativas-penales-civiles, la imprecisión e impropia distinción de los funcionarios de empleo y los de carrera, y finalmente las diferenciadas definiciones de las propias leyes de la función pública»[69]. Es evidente que la gran heterogeneidad de funcionarios públicos y de funciones que muestran las Administraciones contemporáneas no permiten, o dificultan en gran modo, la existencia de un concepto administrativo conglobante y de consenso sobre el funcionario público.

Intensos y numerosos son los debates sobre su naturaleza jurídica (de Derecho Público o también contractual) y su relación con los demás agentes públicos en el ámbito amplio de la Administración Pública. A nosotros nos interesa[70], desde la perspectiva de la relevancia penal, dar respuesta a algunas interrogantes: 1) ¿es idéntica su conceptualización en el ámbito administrativo y jurídico-penal?; 2) ¿la amplitud del concepto funcionario público es igual en materia penal y administrativa?; 3) ¿existen diferencias sustanciales entre funcionario y servidor público?; 4) ¿qué características hacen de la persona física un funcionario público?; 5) ¿es lo mismo funcionario y autoridad?; 6) ¿los asesores son funcionarios públicos?; 7) ¿admite nuestro ordenamiento jurídico la existencia del funcionario público por determinación normativa penal? Tales interrogantes tratarán de ser absueltas a continuación y a través de los subsiguientes ítems.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha tenido ocasión de fijar conceptos en materia de funcionario público. Así, la Sentencia de Casación N° 634-2025: (i) "Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho Penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional; (...) Desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad; noción mucha más amplia que la del Derecho

(69) Martínez Marín, Antonio: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2001, p. 41.

(70) Véase *infra*, p. 82 y ss.

Administrativo que debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal"[71].

1. Clases de funcionarios

Más allá de órdenes o niveles comprendidos en el artículo 425, la ley penal peruana no hace mayores distinciones al respecto. Sin embargo, y a modo de proveernos de un cuadro de aprestamiento didáctico, se abordará sucintamente la temática.

Se habla de funcionarios de autoridad, de procuración y de gestión para referirse con la primera clasificación a los de mayor nivel en la jerarquía del funcionariado público y que poseen facultades de «*imperium*» o mando sobre los demás. Son funcionarios de procuración los que representan al Estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los funcionarios de administración (la denominada clase o estructura burocrática) son aquellos que gerencian o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado; los de gestión, aquellos que contratan a nombre del Estado. Asimismo, es dominante hoy la clasificación entre funcionarios de carrera y de empleo (o contratación), donde los primeros tiene una vinculación estatutaria con la Administración Pública y gozan de los derechos y privilegios legales (titulación, permanencia, retribución a cargo del presupuesto estatal, ascensos, previsión social), mientras que los segundos (generalmente eventuales e interinos o suplentes), en constante incremento, son contratados por tiempo determinado, no gozan (por lo general) de vacaciones, previsión social, etc., hallándose en todas las ramas y reparticiones de la Administración Pública.

Otras clasificaciones: *funcionarios políticos* (los electos por votación popular: mandatarios, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, presidentes de región, etc.), de *confianza política o técnica* (cubren puestos de gran importancia y de decisión: viceministros, directores generales, secretarios de Estado, secretarios generales, administradores, etc.), *interinos* (quienes cubren plazas temporalmente por necesidad o urgencia, y hasta que desaparezca la causa que dio origen a la interinidad), *accesitarios* (quienes por disposición legal cubrirán puestos a la muerte o vacancia de los titulares). Igualmente se clasifica a los funcionarios con base en las reparticiones territoriales y a los alcances de sus facultades (nacionales o locales, de Gobierno central, regional, comunal, comunitarios, etc.) o conforme al régimen jurídico administrativo de carrera al que pertenecen (funcionarios de

(71) Sentencia de Casación N° 634-2025-Lima, del 28 de junio de 2016, Sala Penal Transitoria.

régimen general y de regímenes especiales; son graficadores de estos últimos el personal militar y policial, los magistrados judiciales y fiscales, los funcionarios de los organismos autónomos, los funcionarios municipales, entre otros). No es infrecuente que un funcionario de confianza técnica o política (por ejemplo, un secretario general o un ministro de Estado) tenga de origen un puesto de carrera o de elección política; o que un funcionario interino, al cesar la interinidad o provisionalidad, retorne a su cargo titular. Es más, suele promoverse temporalmente a funcionarios de carrera a cargos superiores (un juez de juzgado que es promovido a juez provisional de sala penal).

A estas clasificaciones, varias de ellas de antigua impronta y de raigambre francesa, se suma otra que diferencia entre funcionarios *de iure* y funcionarios *de facto*, según se hallen legítimamente investidos de tal calidad o adolezcan de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público.

Es ***funcionario de facto*** aquel que tiene alguna irregularidad en su investidura. Esta irregularidad puede ser de nacimiento o sobrevenida. En el primer caso debido a la no observancia de los requisitos legales exigidos para el cargo suscitada en circunstancias de buena fe; en el segundo caso a consecuencia de cese, destitución, terminación (funcionario con plazo fijo de ejercicio) o abandono. En esta segunda hipótesis, el funcionario ha perdido su calidad de *«iure»*, donde el hecho de continuar ejerciendo funciones lo convierte en funcionario *de facto* o, en caso extremo, en un usurpador; es *de facto*, según que existan causas de interés funcional que justifiquen la permanencia en el cargo o si dicha permanencia no obedece más que al libre arbitrio del agente. Se es también funcionario *de facto* –como señala Peña Ossa– cuando la normativa en que se fundamentó la elección o nombramiento haya sido declarada ilegal o inconstitucional[72], o en el caso de quien accidentalmente asume o se arroga una facultad funcional al detener al delincuente que comete un hecho delictivo (por solo colocar un ejemplo), o que lo persigue al huir este y lo detiene.

En el Perú ocurre usualmente que los funcionarios *de facto* son tolerados o propiciados por los gobiernos en situaciones administrativas anómalas o en estado de necesidad, o por fines netamente políticos irregulares. Tanto el funcionario *de iure* que cumple todos los requisitos formales y sustanciales exigidos como el *de facto* (funcionario formalmente disminuido) son responsables penalmente por sus actos lesivos a los bienes

(72) Al respecto, véase Peña Ossa, Erleans de Jesús: *Delitos contra la Administración Pública,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 49.

jurídicos penalmente protegidos. Son casos típicos, entre otros, de funcionarios *de facto* aquellos interinos, provisionales o accidentales. Lo mismo cabe decir de los *funcionarios suplentes*, caracterizados y definidos por su interinidad, al igual que aquellos que siguen ejerciendo el cargo mientras no son sustituidos o reemplazados.

Como es fácil advertir, para el Derecho Penal ser funcionario *de facto* o *de derecho* no trae como consecuencia ninguna diferenciación en el trato punitivo, pues maneja criterios amplios y abiertos de funcionario, cuestión que sirve para diferenciarlo de los constructos al respecto desarrollados en el Derecho Administrativo, que es donde interesa propiamente tal clasificación.

El caso del *usurpador* no ofrece mayores problemas. Se trata de aquella persona particular, militar o también puede ser otro funcionario público que sin título o investidura asume de hecho el cargo o desarrolla actos propios de él sin que exista causa de justificación suficiente para ello. Se puede ser usurpador de función pública por tres vías: a) cuando el funcionario ha cesado o terminado en sus funciones y, sin que exista justificación legal, administrativa o de estado de necesidad, continúa de hecho ejercitando el cargo, ya sea firmando resoluciones, ejecutando actos, disponiendo de fondos públicos, etc.(73); aquí la diferencia con el funcionario *de facto* se halla en que este prosigue actuando como funcionario justificado por circunstancias excepcionales o, en todo caso, con la complacencia comprobable de las entidades públicas en igualdad de circunstancias; b) cuando por vía de hecho un particular allegado o no a las autoridades/funcionarios ejerce o controla el ejercicio de funciones públicas, sin que posea ninguna vinculación con la Administración Pública o la que mantiene no le da derecho a dicho ejercicio; y c) cuando la persona particular accede al cargo violentando las formalidades, en situaciones de conmoción política o social (revoluciones, toma de poblados o ciudades, motines, etc.) o ante la ausencia de autoridad o funcionario.

En tales casos, los efectos derivados de los actos «funcionales» del usurpador carecen de validez jurídica(74); sin embargo, bajo circunstancias de transformaciones políticas por vía violenta, el poder triunfante, como

(73) Véase las ejecutorias supremas del 5 de marzo de 1998, Exp. N° 229-97-Lima; del 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97-Lima; del 9 de noviembre de 1997, Exp. N° 5088-96-Lima. Un caso especial referido a los actos de los dirigentes de rondas campesinas, véase en la ejecutoria de fecha 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96-Áncash (caso con absolución).

(74) Al respecto, es ilustrativa y orientadora la ejecutoria suprema de la Sala Constitucional de fecha 7 de junio de 1995 (Exp. AA N° 1379-94-Lima), que declaró sin efectos jurídicos la resolución de cese contra un docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal, emitida por la Comisión

órgano generador de derecho, puede terminar, por lo común, legitimando los actos de usurpación.

V. EL SERVIDOR PÚBLICO

Es terreno resbaladizo el hacer conceptualizaciones taxativas en relación a términos que resultan iguales o disímiles según el país y el tipo de Estado de que se trate. Como ya se ha indicado, en otras legislaciones la frase *servidor público* engloba por igual a funcionarios y a empleados, y el término *empleado* define también al de funcionario(75). Estas particularidades en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras aún no ha sido superada en el contexto legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel de sistemas jurídicos.

«Servidor público» tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase *«empleado público»* usada anteriormente(76). Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad; en otros casos en que el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario, le rige una base estatutaria unilateral), criterio por cierto bastante relativo; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o paraprofesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos. En definitiva, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

La importancia para el Derecho Penal de la distinción entre funcionario y servidor público radica en el régimen de responsabilidades penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro.

Reorganizadora cuando ya no tenía facultades legales para ello; indica dicha ejecutoria que dicha situación no puede ser convalidada con la aplicación retroactiva de una ley posterior.

(75) Para una lectura crítica del problema que se suscita en relación a los términos funcionario y servidor (o empleado) público, ya desde la perspectiva administrativa, ya desde la penal, véase el trabajo de Edgardo Alberto DONNA: «El concepto dogmático del funcionario público en el Código Penal peruano», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año VII-VIII, Nº 11, Lima, 2002, p. 268. DONNA precisa que el «Derecho positivo argentino no hace diferenciación entre funcionarios y empleados y por el contrario establece que todos los agentes de la Administración tienen la misma calificación jurídica».

(76) Véase al respecto, BACACORZO, Gustavo: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, p. 399; OLIVERA TORO, Jorge: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1967, p. 481.

VI. LA AUTORIDAD

El Código Penal peruano usa a menudo y preferentemente el término «autoridad» para aludir a un sujeto público que resulta afectado en la funcionalidad de sus actos con el comportamiento delictivo (véanse los artículos 365, 370, 372, 375, 378, 379, 391, 407). Solo en el artículo 410 se refiere a la «autoridad» para titularizar al sujeto activo del delito. Fuera del Código Penal, el uso del término es igualmente apreciable en otros cuerpos normativos y en leyes especiales.

Toda autoridad por definición es un funcionario público, solo que dotado de mando y jurisdicción, ya sea a título personal-funcional o institucional, es decir, de un especial poder de decisión que lo sitúa en una relación de supremacía en relación a otros funcionarios y a los subordinados, pudiendo ejercer coerción, dar órdenes y exigir obediencia sobre la base de normas de Derecho Público en un contexto territorial determinado(77). No todo funcionario público se halla premunido de dichos poderes, menos aún el empleado o servidor público. Son autoridad en el Perú: el mandatario o Presidente de la República, los ministros de Estado y aquellos funcionarios con rango de ministro, los magistrados del Poder Judicial en todas sus instancias, los miembros del Tribunal Constitucional, los del Consejo Nacional de la Magistratura, los del Jurado Nacional de Elecciones, los alcaldes y regidores, los jefes y comandantes de las fuerzas militares y policiales, los prefectos, subprefectos, gobernadores y tenientes gobernadores, entre otros.

La autoridad, nos dice QUERALT, además de estar investida de mando, ejerce jurisdicción territorial ya sea individual o colegiadamente(78). Pensemos, por ejemplo, en un subprefecto y en un colegiado de magistrados de una sala o tribunal penal y sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, o en el jefe de una región o subregión.

El término *«agentes de la autoridad»* (policías, guardias civiles, fuerza pública, auxiliares del funcionario(79), etc.) es una denominación no usada por nuestro Código Penal. Se trata de aquellas personas que, ejecutando las órdenes de la autoridad civil o militar frente a la comunidad o la sociedad

(77) Al respecto, PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 10; QUERALT: "El concepto penal de funcionario público", en: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 27, Madrid, 1985, p. 497.

(78) QUERALT: "El concepto penal de funcionario público", cit., p. 498.

(79) La frase no alude al personal administrativo que labora bajo órdenes del funcionario, sino a los agentes considerados jurídico-penalmente en los tipos penales y que en virtud de sus obligaciones cumplen funciones coyunturales de auxilio de naturaleza pública afín o complementaria a la del funcionario.

civil, han sido normativamente asimilados por dicho Código a la calidad de funcionarios o servidores públicos. Se exige de ellos, por ejemplo, en la doctrina y legislación española, que posean habilitación o títulos respaldados legalmente, no simplemente vía reglamento. En tal sentido, no serán agentes de autoridad, mucho menos funcionarios públicos, los policías municipales, los vigilantes particulares, serenos, los paramilitares, choferes de las autoridades, etc.

De lo que en el Derecho Administrativo se denomina *«agentes de la autoridad»*, el Código Penal ha privilegiado a los agentes de la Policía Nacional, quienes pueden desempeñar, según sus ámbitos de competencia, función o servicio público en las labores administrativas.

VII. TRABAJADOR PÚBLICO

«Trabajador público» no es propiamente una terminología técnica en Derecho Público y su uso se presta a confusiones, dado el carácter genérico y vago del término «trabajador»[80].

En el texto del artículo 39 de la Constitución peruana de 1993, la utilización del término trabajador en el enunciado «todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación» tiene un carácter genérico para comprender a todos los que no son funcionarios; vale decir, la Constitución diferencia dos órdenes: los funcionarios por un lado y los trabajadores públicos por otro, denominación esta última en la que ingresarán *«a contrario sensu»* todos los que no son funcionarios públicos, es decir, los servidores o empleados, y otros que prestan servicios u obras de carácter operativo o de mantenimiento (obreros, operarios). Pero, simultáneamente, precisa el segundo párrafo del artículo 40 que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. ¿Qué es en realidad lo que está queriendo decir dicho artículo con la palabra *trabajadores*? ¿Acaso que sí están comprendidos los funcionarios de dichas empresas y sociedades mixtas? Como hemos visto, la Constitución, en el artículo 39, hace una distinción evidente entre *funcionario* y *trabajador*. De ser así, tan solo quedarían excluidos de la función pública los servidores o empleados, quedando vigente el título de funcionario público para los que cumplen roles en las empresas del Estado y en las sociedades de economía mixta. El problema

(80) Contrariamente a lo que aquí se expone, BACACORZO es de la opinión de que la denominación "trabajador público" es la ideal para conglobar tanto a los servidores públicos, a los funcionarios y a los que desempeñan cargos de confianza o políticos (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., Tomo I, p. 396).

que se presenta aquí en realidad es doble: ¿está la Constitución empleando un concepto comprensivo de función pública, que por añadidura congloba la labor subordinada de los servidores públicos, o está utilizando la frase en sentido doctrinario y ligado al desempeño y ejercicio del cargo dotado de poder de decisión?, o en una tercera hipótesis, ¿es el trabajador público una tipología distinta a la de funcionario y servidor público reservada para las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta? Obviamente que si afirmásemos en este último sentido (que exclusiviza el mensaje de la norma solo en los funcionarios), los textos normativos constitucionales citados se quebrarían, generándose un estado de caos exegético de repercusiones prácticas indeseables, como tan igual si sostuviéramos genéricamente, en el esquema constitucional propuesto, que los funcionarios de las empresas del Estado bajo el régimen de sociedad anónima o de empresas mixtas tienen la misma calidad y asumen los mismos deberes y posiciones de garante que los funcionarios públicos, rigurosamente hablando.

Queda así expuesto, a nuestro entender, el uso lingüístico ligero y no meditado efectuado por los legisladores peruanos (constituyentes) de los términos *«funcionario»* y *«trabajador público»* (81).

La locución *«trabajador público»,* que en este tema observa una innecesaria y confusa redacción, puede comprender tanto a todos los que intervienen o participan en asuntos del Estado, desde los funcionarios, pasando por los empleados y asesores, hasta el personal de mantenimiento; en sentido restrictivo puede abarcar solo a estos últimos, es decir, a los operarios y obreros al servicio del Estado. Puede ocurrir también que, como se desprende del artículo 39 de la Constitución Política de 1993, la aludida expresión incluya a los servidores o empleados públicos y al personal de menor rango, mas no a los funcionarios. El Código Penal, felizmente, ha desestimado el uso de una construcción lingüística tan imprecisa y sujeta a ambiguas interpretaciones.

(81) Los estudiosos peruanos que discurren sobre temática constitucional, en cuanto a los conceptos *función pública, funcionario* y *trabajador,* no han contribuido a esclarecer los campos semánticos y las interrelaciones que dichos términos ofrecen, efectuando tan solo superficiales comentarios. Véase, por ejemplo: CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993, Lectura y comentario,* 4ª edición, Lima, Antonella Chirinos Montalbetti Editora, 1997, pp. 78 y 79; BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993, Análisis comparado,* 4ª edición, Lima, RAO, 1998, pp. 297 y 298.

VIII. LOS ASESORES

Son asesores todas aquellas personas calificadas por su técnica, ciencia o profesionalismo que contribuyen a formar decisiones con sus informes, consejos especializados, diseños, proyectos, planes, etc. Un asesor, en estricto, por naturaleza no es funcionario público, al carecer de la titulación e investidura al respecto; su marco de actuación, luego de su contratación, se halla claramente delimitado al no estarle facultado tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición de la que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos. El hecho de que existan asesores que toman decisiones por sobre o por los funcionarios es obviamente una situación irregular y anómala, solo concebible en situaciones de gobiernos autócratas y en remedos de Estados de Derecho. En el Perú se da una situación especial cuando un asesor de alta dirección (Gobierno central, ministerios, instituciones autónomas, etc.) es designado vía resolución suprema y resulta asimilado a la calidad de funcionario, pudiendo ser este asesor un empleado de carrera o un tercero ajeno a la entidad pública.

Naturalmente, nada impide que existan funcionarios públicos asesores o servidores públicos que cumplan función de asesoramiento, o incluso un particular que ocupando un cargo de confianza asesore, pero no puede haber –por lo menos desde una perspectiva administrativa– un asesor que haga las veces de un funcionario; en todo caso, se tratará de un usurpador incurso en actos que pueden ser de relevancia penal.

No obstante, desde el Derecho Penal, el asesor que tiene asignado por delegación de autoridad o funcionario competente el ejercicio de una determinada función pública resulta imputable, en el marco de las competencias asignadas, por la comisión u omisión de delitos de infracción de deber, a título de funcionarios públicos, conforme al concepto amplio y extensivo que se maneja en dicha área punitiva.

IX. FUNCIONARIOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA: INTERPRETACIÓN LITERAL O TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 40 DE LA CONSTITUCIÓN

La actividad empresarial del Estado peruano desplegada y desarrollada profusamente en los diversos sectores productivos y de servicios ha traído al debate –principalmente a partir de 1994– el tema de la situación jurídica de los agentes públicos que al interior de las empresas estatales y mixtas, sujetas a un régimen de Derecho Privado, desarrollan o desarrollaron funciones de planeamiento, dirección y decisión, así como de aquellos

otros que ejecutan o ejecutaron dichos planes de intervención y expansión empresarial estatal. Si bien la presencia del Estado en la gestión económica del país se ha visto sensiblemente disminuida a partir de las oleadas privatizadoras iniciadas en 1992 y continuadas con fuerza hasta 1996, los comportamientos de los cuadros directivos y de los servidores de dichas entidades que involucran o involucraron compromisos de relevancia penal en el manejo de los fondos públicos y, en general, en el desempeño funcional –y, por lo mismo, afectaron diversos intereses de la Administración Pública– ha merecido un abordamiento jurídico-penal ambivalente en el discurso teórico y jurisprudencial peruano.

El tema en cuestión radica en si los funcionarios y servidores de las empresas del Estado o de aquellas donde este tiene un capital mayoritario junto al capital privado (sociedades de economía mixta) tienen el estatus y la calidad de funcionarios y servidores públicos, y ya más concretamente si tales agentes son imputables penalmente por delitos funcionariales o, en todo caso, por determinados delitos.

Los puntos en discusión son diversos y cada uno admite matices de análisis desde distintas perspectivas que involucran tanto la esfera conceptual, constitucional, administrativa y jurídico-penal como también la jurisprudencial, discursivo-dogmática y forense. Pretender abordarlas todas desde este apretado ítem naturalmente resultará excesivo y desbordante para los fines propuestos, donde solo interesa focalizar las respuestas de conformidad a los fines del Derecho Penal, cosa que tampoco se halla, sin embargo, desvinculada de las anteriores consideraciones.

En realidad, el problema se inicia con la dación y puesta en vigencia de la Constitución Política de 1993, en cuyo artículo 40 (segundo párrafo) se consigna el enunciado de que «no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta», lo que en una interpretación inmediata y literal implica un explícito enervamiento del texto original del inciso tercero del artículo 425 del Código Penal[82], que había entrado en vigencia en 1991 y que a la letra decía: «Se consideran funcionarios o servidores públicos: 3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado». Teníamos así para fines de 1993 y comienzos de 1994 un enunciado que por jerarquía constitucional abrogaba el dispositivo normativo ordinario de la ley penal hecha alusión. Surgió así la primera lectura hermenéutica y de cotejo del conflicto suscitado entre el

(82) Como sabemos, posteriormente este inciso 3 fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26713 del 27 de diciembre de 1996.

artículo 425 del Código Penal y el artículo 40 de la Constitución. Esta primera lectura de naturaleza literal, es decir, con base en el sentido gramatical sintáctico del texto constitucional en referencia se puso en movimiento en las esferas judiciales para declarar inaplicable el inciso tercero del artículo 425 del Código Penal, con el argumento de que había sido derogado tácitamente por la Constitución Política, declarándose el principio de jerarquía normativa y de respeto a la Constitución. Consecuente con este pensamiento, numerosas excepciones de acción formuladas contra los procesos penales por delitos funcionales (peculado, concusión, cohecho, etc.) seguidos contra agentes públicos de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta fueron declaradas fundadas, disponiéndose el archivamiento definitivo de las causas y dándose por finiquitadas las acciones penales contra los procesados(83). En el mejor de los casos se readecuaron las tipicidades a delitos comunes (hurtos, apropiaciones ilícitas, estafas, etc.)(84).

Esta *interpretación literal* toma como argumento de fuerza el significado gramatical de las palabras que forman un enunciado normativo, en el caso de la Constitución, o de un tipo legal en el caso del Código Penal, y no ve más de lo que parece claro y expreso, siendo la interpretación sistemática y teleológica omitida o relegada. Aquí reside en el fondo el núcleo fuerte de cuestionamiento a la interpretación gramatical efectuada por la segunda lectura analítico-hermenéutica sobre la problemática en estudio: *la lectura teleológico-sistemática*, que empezó a poner en tela de juicio la posición reduccionista de un amplio y fuerte sector de vocales supremos a quienes se atacó de abrir un inaceptable marco de impunidad para tan especial y elitizada red de funcionarios y servidores públicos de las empresas estatales y mixtas.

La segunda gran perspectiva de análisis(85) varía radicalmente el eje de la atención hermenéutica para considerar que es un contrasentido que la Constitución Política permita algo que en artículos conexos prohíbe, esto es, que se autocolisione: a saber, que se despenalice comportamientos funcionales de quienes manejan fondos del Estado en los entes empresariales del mismo (artículo 40, segundo párrafo) posibilitando la comisión de

(83) Al respecto, véase por todas la ejecutoria suprema de fecha 12 de agosto de 1994, Exp. N° 1688-94-Lima.

(84) Al respecto, véase por todas la ejecutoria suprema de fecha 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 710-95-B, Ica.

(85) Al respecto, véase por todas las ejecutorias supremas del 27 de noviembre de 1997 (Sala Penal C), Exp. N° 4874-96-Lima y del 14 de abril de 1998 (Sala Penal C), Exp. N° 5522-97-Lima. Una situación de pareceres en discordia véase en la ejecutoria del 3 de agosto de 1998 (Sala Penal C), Exp. N° 251-98-Loreto.

numerosos ilícitos penales referidos a tal manejo, y que a la vez se exija a los funcionarios y servidores en general que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este hacer declaraciones juradas de bienes y rentas (artículo 41), estableciéndose sobre los mismos sistemas y políticas de control y fiscalización a través de los organismos públicos competentes (artículo 82), además de indicar taxativamente que el Estado puede subsidiariamente realizar actividad empresarial directa o indirecta (artículo 60).

El segundo argumento de fuerza de la lectura sistemático-teleológica se dirige a justificar racionalmente la dirección de la exclusión de dichos funcionarios y servidores de la función pública, señalando que el mensaje del segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución no está centrado en la idea de cancelar la titularidad pública de los funcionarios y servidores que desempeñan funciones y servicios en los entes empresariales del Estado, sino en fundarla exclusivamente en fines previsionales en el contexto del ámbito administrativo, vale decir, en precisar constitucionalmente cuestiones relacionadas a aspectos derivados de la carrera administrativa (principalmente el evitar que numerosos trabajadores se acojan a los alcances del Decreto Ley N° 20530, que homologa el sistema de pensiones de por vida).

Un tercer y concluyente argumento precisa que la interpretación de las normas jurídicas no debe descansar solo en criterios gramaticales, sino, y sobre todo, en consideraciones teleológicas y concordadas, de modo que el intérprete obtenga el cabal mensaje comunicativo de las normas jurídicas y no solo una lectura de diccionario o del estrecho significante de un párrafo normativo aislado. Lo teleológico se ve así optimizado con el análisis sistemático de otros artículos de la Constitución y con los principios de honradez y eficacia en la administración y gestión económica empresarial del Estado. Un cuarto y concluyente argumento (dogmático y de lógica jurídica) termina por enfatizar que en Derecho Penal el concepto de funcionario y servidor público es de naturaleza amplia, de tal forma que si se castiga a particulares que manejan fondos públicos o destinados a fines públicos, no existe razón alguna para no hacerlo con los agentes de las empresas estatales o de aquellos que manejan fondos estatales en las sociedades de economía mixta.

Como se observará, la lectura teleológica sistemática del segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política, junto a los otros argumentos complementarios ofrecidos, en su vinculación con el artículo 425 del Código Penal, ofrece razones sustentadas en atendibles y razonables argumentaciones que se contraponen a la lectura textual gramatical. Sin

embargo, quedan latentes dos preguntas de interés sustantivo: a) ¿ejercen realmente función pública los funcionarios de las empresas estatales y los de sociedades de economía mixta?; y b) ¿de responder negativamente y bajo estándares exigibles de coherencia, pierde entonces contenido el estatus funcional público de tales agentes tanto para el Derecho Administrativo como para el Derecho Penal?

La primera cuestión está íntimamente vinculada con la noción que se tenga de *función pública*, la que, sin embargo, no admite matices apreciables de diferencias conceptuales en lo administrativo y en lo penal, si es que no se la vincula con la materia penal. Esta acotación cierra la posibilidad de dar respuestas ambivalentes o variadas. Las empresas públicas, tanto las que se acogen al régimen privado como aquellas que siguen manteniendo su personería jurídica pública en el marco de la gestión económica del Estado «para superar determinadas fallas del Estado»(86), intervienen directamente en los sectores productivos, minero-extractivos, de servicios y comerciales con funciones expresas de contenido económico que Álvarez Rodrich, citando a Musgrave y Musgrave, concentra en: a) la función de asignación (provisión de determinados bienes sociales no suministrados usualmente a través del mercado); b) función de distribución (reajustes en la distribución del ingreso en la idea de corregir problemas, como la pobreza); y c) función de estabilización de los flujos macroeconómicos para alcanzar equilibrios en los precios, tasas de empleo y de crecimiento(87). La actividad empresarial pública, a partir de 1993, se justifica solo por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución).

La primera pregunta encuentra así respuesta afirmativa, más aún si estos funcionarios manejan y disponen de patrimonio público o comprometen dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas. La respuesta dada permite entender que tanto un funcionario estatal como uno de empresa pública puede por igual cometer un cohecho o una colusión desleal, un delito de interés indebido en contrataciones públicas, un peculado, una malversación o un enriquecimiento ilícito. Resulta difícil, en cambio, admitir que los funcionarios de las empresas estatales o mixtas

(86) Al respecto, véase de Álvarez Rodrich, Augusto: *Principios de empresas estatales y privatización*, Lima, Biblioteca Universitaria, Universidad del Pacífico, 1992, p. 36 y ss.; ídem Montoya Martín, Encarnación: *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996; Cordelli, Chiara: *The privatized state*, Princeton University Press, 2020; Serrano Acitoris, Antonio: *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, Barcelona, Bosch, 2015; Guimerá Rico, Juan José y Villar Rojas, Francisco: *Las sociedades públicas. Fundamento y límites de la huida del Derecho Privado*, Madrid, INAP, 2020.

(87) Álvarez Rodrich: *Principios*, cit., p. 28.

puedan ser imputados válidamente en determinadas modalidades de abuso de autoridad, por lo menos en lo que concierne a los funcionarios de las empresas estatales o mixtas cuyas funciones se hallen en un contexto de actividad lucrativa directa o exclusivamente repercutible para las estructuras orgánicas burocráticas de la entidad. Como señala VALEIJE, el solo dato del sometimiento a un régimen de Derecho Administrativo hoy ya no es válido y no puede servir de disculpa para no entrar en el fondo del asunto. De lo contrario, bastará con cambiar la configuración de un organismo y el régimen de su actividad para que cambie la naturaleza de la misma y deje de ser objetivamente función pública. Si ello es así, parece evidente que «la huida hacia el Derecho Privado» es un fácil recurso para destutelar penalmente sectores enteros de la actividad estatal(88).

Dejamos aquí el discurrir argumentativo en esta materia, no sin antes indicar que el tema merece un mayor detenimiento tanto conceptual como jurídicamente, más aún si advertimos el caso de las sociedades de economía mixta, de existir estas aún con presencia significativa en el país.

La segunda interrogante se halla en íntima vinculación con la respuesta dada a la primera pregunta. Al margen de lo que prevea al respecto el Derecho Administrativo, desde el ámbito de tutela penal hay ejercicio de actividad pública, con mayor razón si dichos funcionarios, de los entes empresariales del Estado o de aquellos en los que este participa o tiene intereses patrimoniales, administran, gestionan y disponen de fondos estatales o públicos, esto es, de toda la Nación. Por lo demás, es consenso normativo que el concepto penal de funcionario y/o servidor público es en el Perú de contenido extensivo, esto es, de mayor riqueza que el que se maneja en el Derecho Administrativo(89).

(88) VALEIJE: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 470.

(89) Una noción administrativa de funcionario nos la da, por ejemplo, en el Derecho mexicano, ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit, quien señala "Con base a lo anterior, se debe considerar como servidor público a aquella persona física que ha formalizado su relación jurídico-laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente". *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 5.

X. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS U OMISIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS(90)

De modo general y enunciativo, son cuatro las posibles responsabilidades por las que pueden los funcionarios ser llamados a responder en distintos niveles: 1) política; 2) civil; 3) administrativa; y 4) penal. La primera modalidad de responsabilidad sobre todo para los funcionarios de primer nivel o alto funcionariado y para los que ocupan cargos políticos.

1. Responsabilidad política

Modalidad de cuestionamiento que se hace del ejercicio de ciertos cargos públicos o de la conducción moral de determinados altos funcionarios con incidencia en el desarrollo de funciones públicas de poder, que obliga a dichos sujetos a responder políticamente por sus actos u omisiones. Se trata de la responsabilidad de los gobernantes, es decir, de quienes ocupan las altas esferas del poder político y que están obligados a responder por sus actos, no pudiendo escudarse en las garantías de la no autoincriminación o la presunción de inocencia. El fundamento de esta responsabilidad radica en el principio democrático de la soberanía popular y de la buena gobernanza, que sustentan el deber de rendición de cuentas.

La responsabilidad política, a diferencia de la penal, no está protegida por los mismos derechos y garantías que cubren la responsabilidad criminal (presunción de inocencia, *ultima ratio*, fragmentariedad, etc.), lo que la hace más difusa e imprecisa al momento de definir legalmente la naturaleza de las infracciones políticas; incluso puede fundarse en responsabilidad objetiva, donde los valores políticos dominantes en una sociedad exigen la renuncia, la separación o destitución del funcionario. La responsabilidad política no supone el dictado de penas privativas de libertad, sino sanciones de pérdida de confianza, con destituciones, separación del cargo e inhabilitaciones para el ejercicio de los cargos públicos. Sin embargo, pueden concurrir ambas responsabilidades cuando se trata de hechos políticos y penales que coexisten juntos en supuestos complejos de infraccionalidad.

Generalmente es el Congreso o Parlamento el órgano encargado de administrar y decidir el procedimiento de dicha responsabilidad, que tiene como destinatarios a los altos funcionarios consignados en el artículo 99

(90) Acerca de la responsabilidad política de los funcionarios públicos, revísese el interesante trabajo de Víctor Ortecho: *Juicio político y procesos a funcionarios,* cit., pp. 15 a 45. El autor discurre asimismo sobre los niveles de responsabilidad civil y administrativa de los referidos agentes públicos.

de la Constitución Política del Estado. En otros ordenamientos jurídicos pueden ser órganos diferentes al Parlamento los encargados de dichos procedimientos de juicio político.

En el Perú, la responsabilidad política del alto funcionario público se centra en la facultad del Congreso de someter a procesamiento a los altos funcionarios, designados en el artículo 99 de la Constitución, por infracción constitucional, derivando un sistema de sanciones internas (suspensión, inhabilitación hasta por 10 años o destitución)(91). Es característica de esta responsabilidad que la misma se activa sin perjuicio de la responsabilidad penal que el caso amerite. El juicio político es una manifestación de soberanía popular contra los gobernantes, legisladores y otros altos funcionarios que han quebrantado las expectativas de respeto y sujeción constitucional fijadas (en última instancia) por la sociedad y directamente por la normativa constitucional. No es un procesamiento de naturaleza penal, sino fundamentalmente político-administrativa, de ahí su gran diferencia con el sistema clásico del *impeachment* inglés, que daba a la Cámara de los Lores también facultades de sanción punitiva.

El Congreso de la República no puede sustituir al órgano jurisdiccional en el enjuiciamiento ordinario ni en el establecimiento de sanciones penales (incluyéndose aquí las inhabilitaciones), razón por la que, en el caso de investigaciones de contenido múltiple, de considerar la existencia fundada de elementos probatorios de causa penal (resolución acusatoria), solo puede autorizar al Fiscal de la Nación que formule la denuncia correspondiente ante la Corte Suprema en el plazo de 5 días. El sentido del tercer párrafo del artículo 100 de la Constitución que establece esta atribución, no obstante, restringe la función persecutoria del delito poseída por el Ministerio Público al convertirlo en un tramitador o mesa de partes, eliminando la función

(91) El juicio político tiene una larga historia. En el Perú virreinal, al igual que en otros países latinos, a la semejanza española, existió el "juicio de residencia", por el cual se obligaba (facultad a cargo de la Audiencia) a los altos funcionarios (virrey y sus asistentes), también a los corregidores, alcaldes y alguaciles, a permanecer en el lugar donde habían desempeñado el cargo a fin de rendir cuenta de sus actos funcionales y de que los afectados formularan quejas contra ellos. Conforme a dicho modelo de procesamiento a las más altas autoridades virreinales, fueron sancionadas los virreyes Vaca de Castro (suspensión de 1 año de oficio, inhabilitación por 6 años a ejercer cargos y oficios de justicia), Torres Portugal, Conde de Villar (nepotismo, falta de respeto para con la audiencia, mala correspondencia con el Santo Oficio), Francisco de Borja y Aragón y Amat y Juniet. Al respecto, véase VALLE RIESTRA, Javier: *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, Lima, Benítez, Rivas & Montejo Editores Asociados, 1988, pp. 85 a 87. El juicio de residencia, luego de la independencia política del dominio español, fue decretado en 1821 por el general San Martín vía Reglamento. Sobre las vicisitudes del juicio de residencia en el Perú republicano véase del mismo autor, p. 90 y ss. Sobre el juicio de residencia, también véase BALLEN, Rafael: *Derecho Administrativo disciplinario*, Bogotá, Temis, 1998, p. 4.

de filtro y de racionalización de los fundamentos de la denuncia congresal, cuando señala: "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso", circunstancia que necesariamente deberá ser corregida en una reforma de dicho texto. El argumento de la autoridad del Congreso, que haría superflua la labor discriminadora del Ministerio Público, carece de razón jurídica, es más, constituye un factor de irracionalidad en un esquema de filtros o contrapesos inherente a un Estado democrático de Derecho que limite el abuso, la venganza o la ineptitud.

Por medio del proceso por responsabilidad política se protege los intereses públicos por conductas que resultan abiertamente incompatibles y lesivas a la dignidad del cargo ejercido por los más altos funcionarios del Estado, procedimientos que tienen sus propias particularidades, pues a la par de la elevada magistratura del funcionario objeto de sanción política, quien resulta competente y se halla autorizado para la investigación y juzgamiento, es igualmente de alta jerarquía, generalmente, el Congreso de la República.

Nos dice Galli Basualdo que la responsabilidad política se pone en marcha a través de diversos procesos constitucionales por medio de los cuales se formula la revisión, evaluación y (eventual) remoción de ciertos funcionarios públicos del Gobierno nacional, con el objetivo de garantizar que los servidores públicos reúnan y cumplan con las condiciones subjetivas y objetivas de idoneidad (física, psíquica, técnica y ética), de conformidad con lo preceptuado en la Constitución(92).

2. Responsabilidad civil o patrimonial

Actualmente se ha desarrollado profusamente en la legislación comparada y en la doctrina el tema de la responsabilidad del Estado por la actuación defectuosa de los funcionarios y servidores públicos o por funcionamiento anormal de la Administración en todos los niveles de la reparticiones públicas, y también, aunque con cierta timidez, debatible por cierto, del Poder Legislativo, el mismo que se halla sometido al juego político de las sanciones establecidas por el electorado o, en otras legislaciones, a las ratificaciones periódicas. A la ya conocida tesis de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por negligencia o culpa en forma antijurídica (responsabilidad extracontractual) por los funcionarios

(92) Galli Basualdo, Martín: *La responsabilidad política de los funcionarios públicos, jueces, fiscales y legisladores*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 18.

en el ejercicio de sus funciones, se agrega ahora la de la obligación indemnizatoria del Estado por los daños generados en el ejercicio legítimo de funciones, es decir, incluso por acciones lícitas; asunto este último de reciente data (segunda mitad del siglo XX) y que rompe la injusta tesis de la irresponsabilidad del Estado. El tema en su conjunto ha estado jalonada por dos tendencias bien definidas: a) la responsabilidad directa, sin afectación de los intereses patrimoniales de la Administración, según la cual quien responde patrimonialmente por sus errores, deficiencias o negligencias, o por el daño causado es el propio agente público; b) la responsabilidad institucional, según la cual la acción indemnizatoria la debe dirigir el afectado contra la repartición pública a la que pertenece el sujeto público, la que luego efectuará la respectiva acción de regreso, de tratarse de error, culpa o negligencia. Es obvio que ambas tendencias tienen sus consecuencias negativas, la primera orientación se puede volver impracticable en la medida que podría paralizar las actividades públicas, mientras que la segunda, de existir un Estado débil y de autoridades corruptas, podría llevar a la impunidad del funcionario; no obstante, priman los derechos del afectado por la actuación anormal o defectuosa del funcionario público que haya producido «daño o perjuicio efectivos, individualizable y evaluable en términos económicos»[93].

La indemnización para el afectado (particular o persona jurídica) en vía de reparación civil procede incluso en los casos de actuación dolosa ante la comisión de delitos sustanciables en el fuero penal. MERTEHIKIAN, quien efectúa un minucioso análisis a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, sobre la materia llega a decir que el fundamento único de la

(93) Véase al respecto, TOLIVAR ALAS, Leopoldo: *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 175. MARTÍNEZ MARÍN, comentando la Ley española Nº 30 de 1992, sintetiza del siguiente modo los rasgos definidores de la responsabilidad patrimonial: "*primero,* la Administración responde de manera única, objetiva y directa ante los particulares por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y demás personal a su servicio (...). *Segundo,* en el supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, esta se fijará para cada Administración conjugando los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, y solo en el caso de que la cuantificación individualizada no fuera posible establecerla se procederá a la solidaria. *Tercero,* la indemnización no cubre las lesiones que el particular tiene el deber jurídico de soportar, las sufridas como consecuencia de fuerza mayor y, como supuesto especial de esta, los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos (...). Finalmente, se ha establecido la unidad de fuero y con ella se ha acabado con el desorientado peregrinaje de la jurisdicción civil, social y administrativa en la solución de los conflictos de esta materia. Los funcionarios responderán ante la Administración condenada en la suma de la cantidad indemnizada o podrán no responder en nada. Esto es así porque para que la Administración accione de oficio el regreso de la suma indemnizada a su personal este deberá haber actuado con dolo, culpa o negligencia grave" (MARTÍNEZ MARÍN: *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., p. 111).

responsabilidad del Estado es el llamado Estado de Derecho; fundamento que resulta plenamente aplicable a todos los casos de responsabilidad de los que pueda ser pasible el Estado, ya sea contractual o extracontractual, por su actividad lícita o ilícita, ya sea derivada de actos administrativos, legislativos o judiciales, o por sus actos u omisiones. Para llegar a esta conclusión basta afirmar que el Estado no está exento del cumplimiento de la ley. Es decir, no es concebible un Estado de Derecho irresponsable(94).

En el Perú, como bien nos lo recuerda RAMÍREZ SÁNCHEZ, rige a través del artículo 238 de la Ley N° 27444, y en virtud de fallos casatorios, la responsabilidad patrimonial del Estado, pese a que en la vía penal, por lo general, no se haga este tipo de precisiones, peor aún considerar a las reparticiones públicas como terceros civiles responsables(95) por la comisión de delitos funcionales, esto es, cometidos por funcionarios o servidores en ejercicio de función y en abuso de poder en sentido amplio(96). GÁLVEZ VILLEGAS, al referirse a la responsabilidad civil dirigida al agente del delito, indica que a través de la imputación de responsabilidad civil, se impone al responsable la obligación de reparar el daño y simultáneamente se reconoce al titular del bien jurídico afectado el derecho a obtener una debida reparación(97).

3. Responsabilidad administrativa

Está referida a un marco reglado de deberes, como presupuesto, que al ser infringido acarrea todo un sistema de sanciones disciplinarias, luego de la activación del respectivo procedimiento, el mismo que se halla rodeado de un relativo y en otros casos aceptable rango de garantías propias del debido proceso (principios de legalidad, irretroactividad, culpabilidad, *non reformatio in peius, ne bis in idem,* proporcionalidad de las sanciones). El régimen disciplinario (de carácter múltiple o estratificado), en tanto variedad del Derecho Administrativo sancionador y expresión del derecho del

(94) MERTEHIKIAN, Eduardo: *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 56.

(95) En esta orientación, véase de RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique: «El redescubrimiento del tercero civilmente responsable en los delitos de abuso de autoridad, breves reflexiones desde la victimología», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 91, abril, Lima, 2006, pp. 193 y 211.

(96) Hago la precisión que contiene la frase "en sentido amplio", para no circunscribirla tan solo al delito de abuso genérico de autoridad del artículo 376 del Código Penal peruano vigente.

(97) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Idemsa, 2001, p. 254. Con mayor amplitud, del mismo autor, véase *La reparación civil en el proceso penal*, Lima, Idemsa, 1999, p. 84 y ss. En el marco conceptual de la responsabilidad concretada en la reparación civil en la vía penal, véase RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *La reparación como sanción jurídico penal*, Lima, Editorial San Marcos, p. 127 y ss.

Estado a castigar[98] a los funcionarios y servidores públicos, busca garantizar el buen funcionamiento interno de la repartición pública, abarca por igual a los que forman parte del modelo estatutario como a los de empleo (o contratados) y se sustenta en el aseguramiento de una serie de principios de orden constitucional y ético que vinculan e informan la actividad pública (sujeción al ordenamiento jurídico, servicio a la Nación, objetividad, imparcialidad, honradez, lealtad institucional, etc.). Si bien existen diferentes regímenes disciplinarios (del Ministerio Público, del Poder Judicial, del profesorado, de los cuerpos militares, policiales, ediles, etc.), es común que ellos distingan entre faltas graves y leves, así como unánime es la gama de sanciones que van desde el apercibimiento, la suspensión temporal y la destitución, pasando por sanciones intermedias (traslados, por ejemplo).

4. Responsabilidad penal

Los servidores públicos responden, generalmente, a nivel administrativo, en pocas ocasiones en lo civil, y solo en el caso de que concurran los requisitos establecidos en los tipos penales y normas procesales, a nivel penal. El Código Penal fija las condiciones normativo-descriptivas que permitirán procesar penalmente a funcionarios y servidores públicos cuando sus comportamientos reúnan las exigencias objetivas, subjetivas y normativas –de haberlas todas– de los tipos penales. La existencia de estas cuatro clases de responsabilidad (política, civil, administrativa y penal) no supone que las cuatro sean imputables o derivables, ya que pueden marchar separadamente o confluir algunas de ellas, en este último caso entre la responsabilidad administrativa y la penal. Este último asunto nos lleva al debatido y debatible tema de la aplicación de doble sanción por un mismo supuesto de hecho (prohibición del *ne bis in idem*), que ha merecido innumerables objeciones y sobre la cual se ha escrito profusamente en la doctrina del Derecho Administrativo sancionador y Penal administrativo[99].

La legislación peruana y la práctica judicial y administrativa han adoptado una postura displicente con relación a la indicada prohibición del *ne bis in idem*, en el sentido de que no se ha producido un debate ni se

(98) Al respecto, NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 167, quien expone y analiza las vinculaciones de subordinación con relación al Derecho Penal. Concepción distinta en la perspectiva administrativa ver en BALLEN: *Derecho Administrativo disciplinario*, cit., p. 7.

(99) Al respecto, véase en la doctrina peruana la obra de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Idemsa, 2001, p. 76 y ss., obra en la cual el autor expone los pareceres doctrinarios nacionales con relación al problema de la doble sanción en el ámbito de las infracciones contra la Administración Pública.

ha registrado una meditada exposición de motivos acerca de porqué, por ejemplo, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) ha regulado la conjunción de las responsabilidades civil, administrativa y penal; ni la razón por la que el artículo 100 de la Constitución Política establece la sanción de inhabilitación en el ejercicio de la función pública hasta por 10 años cuando existe acusación contra los altos funcionarios consignados en el artículo 99 de la Carta Magna por la comisión de delito cometido en el ejercicio de funciones, si es que aún dicho alto funcionario no ha sido declarado culpable, existiendo a su favor la presunción de inocencia, la misma que es válida en toda sede de imputación. El mismo déficit se aprecia en las resoluciones penales ante la imposición de pena al sujeto público ya sancionado administrativamente, muchas veces con más rigor en esta sede, como precisa GÁLVEZ VILLEGAS[100], por el mismo hecho y por los mismos fundamentos. El Código Procesal Penal (1994) ha regulado en el artículo III del Título Preliminar la preeminencia del proceso penal frente al procedimiento administrativo, a efectos de evitar el *ne bis in idem*, con el siguiente texto: «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».

Las fronteras entre responsabilidad administrativa y penal están delimitadas sobre la base de algunos indicadores de referencia: 1) la relevancia de las infracciones (nivel mínimo o apreciable de ilicitud); 2) la concurrencia o no del dolo; y 3) en función de lo que determinen las normas y reglamentos de cada entidad estatal, donde los órganos de control del Estado hacen la valoración pertinente[101].

Para finalizar este ítem, y a modo de referentes doctrinarios[102], cabe indicar que las relaciones entre el ilícito administrativo y el ilícito penal se reconducen por algunas reglas tan simples como las siguientes: a) cuando el hecho reúna las características de delito, por su gravedad, no cabe

(100) GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 77, n. 133.

(101) Un exhaustivo desarrollo del tema en NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito, límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, Colex, 2001. El autor expone y fundamenta la tesis de la inexistencia de diferencias sustanciales o cualitativas entre la infracción administrativa y la infracción penal, pp. 74 a 81. Ídem, RANDO CASERMEIRO, Pablo: *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45 a 66.

(102) Véase ASÚA BATARRITA: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", cit., p. 43.

apreciar la infracción administrativa; y b) la infracción administrativa se sitúa como figura de aplicación subsidiaria respecto al ilícito penal.

En el presente trabajo solo será estudiada la tipicidad de los actos de funcionarios y servidores públicos que amerita responsabilidad penal, así como de los particulares que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico genérico «Administración Pública».

TÍTULO II

CUESTIONES BÁSICAS DE POLÍTICA Y DOGMÁTICA PENAL

SUMARIO: I. Objetivos y literatura mínima. **II.** La política penal peruana con relación a los delitos contra la Administración Pública. **III.** Aspectos de técnica legislativa: 1. Sistematicidad y ubicación. 2. Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos. 3. Agravantes-atenuantes. **IV.** Dolo y culpa. **V.** Autoría y participación en los delitos cometidos por funcionarios públicos. **VI.** La teoría analítica del delito: 1. Planteamiento del tema. **VII.** Las fases negativas del delito en los delitos contra la Administración Pública (la teoría analítica de afirmación): 1. Importancia. 2. Falta de tipicidad o atipicidad. 3. Causas de justificación de la antijuricidad. 4. Causas de inculpabilidad. **VIII.** Tentativa y consumación en los delitos contra la Administración Pública. **IX.** Concurso de delitos. **X.** Consecuencias jurídicas. **XI.** Prescripción. **XII.** La jurisprudencia peruana.

I. OBJETIVOS Y LITERATURA MÍNIMA

En este título serán abordados algunos temas de importancia que ofrecen ciertos rangos de dificultad y que nos permitirán estar en mejores condiciones teóricas y metodológicas para el análisis y comprensión de las figuras delictivas objeto propiamente de estudio del presente trabajo.

Tomando en cuenta la inmensa bibliografía que existe sobre la parte general del Derecho Penal, se recomienda, para obtener mayor información conceptual sobre dogmática penal de la Parte general y política criminal, la consulta de algunos o varios de los textos que figuran en los siguientes y resumidos listados:

De los autores nacionales: PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Lima, Grijley, 1996; VILLA STEIN, Javier: *Derecho*

Penal. Parte general, Lima, Editorial San Marcos, 1998; BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Lima, Eddili, 2005; HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2006; MEINI, Iván: *Lecciones de Derecho Penal - Parte general, Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014; PARIONA ARANA, Raúl y PÉREZ ALONSO, Esteban (coordinadores): *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.

De autores alemanes se puede leer con mucho provecho a los siguientes penalistas, cuyas obras se hallan traducidas al idioma español: KUHLEN, Lothard: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012; JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Editorial Comares, 2002; JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Madrid, Marcial Pons, 1997; WELZEL, Hans: *Estudios de Derecho Penal* (traductor Gustavo Eduardo Aboso), Montevideo, IB de F, 2002; WELZEL, Hans: *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11ª edición (traductores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970; WESSELS, Johannes: *Derecho Penal. Parte general* (traductor Conrado Finzi), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976; MAURACH, Reinhart; HEINZ GOSSEL, Karl y ZIPF, Heinz: *Derecho Penal parte general* (Tomos I y II), Buenos Aires, Astrea 1994-1995; JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997; ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*), Madrid, Civitas, 1997; ROXIN, Claus: *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008; ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH y KÖHLER: *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, reimpresión 2016; ROXIN, Claus: *Politica criminale e sistema del Diritto Penale*, Napoli Guida editori, 1986; NAUCKE, OTTO, JAKOBS, ROXIN: *La prohibición de regreso en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984; WELZEL, Hans: *Derecho Penal alemán. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970; WELZEL, Hans: *Estudios de Derecho Penal*, Montevideo, IB de F, 2002; STRATEMNWERTH, Günter: *Derecho Penal. Parte general*, I, Madrid, EDERSA, 1982; ZIELINSKI, Diethart: *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (traductor Marcelo Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 1990; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, Tomos I y II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935; MEZGER, Edmundo:

Derecho Penal. Parte general (libro de estudio), México, Cárdenas Editor y Distribuidores, 1985; Graf Zu Dohna, Alexander: *La estructura de la teoría del delito* (traductor Carlos Fontan Balestra), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958; Von Beling, Ernest: *La doctrina del delito-tipo* (traductor Sebastián Soler), Buenos Aires, Depalma, 1944; Von Lizt, Franz. *Tratado de Derecho Penal* (traductor Quintiliano Saldaña), Tomos I y II, Editorial Reus, 1937; Von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989; Naucke, Wolfgang; Hassemer, Winfried y Lüderssen, Klaus: *Principales problemas de la prevención general*, Montevideo, IB de F, 2006; Schroeder, Friedrich-Christian: *Fundamentos y dogmática penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013; Hruschka, Joachim: *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005; Lesch, Heiko Hartmut: *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

En idioma italiano: Pagliaro, Antonio: *Principi di Diritto Penale. Parte generale, quarta edizione*, Milano, Ddott. A Giuffrè Editore, 1993; Romano: *Commentario sistematico del Codice Penale*, I (1995), II (1990), III (1994), Milano, Dott A. Giuffrè Editore, 1995; Contento, Gaetano: *Corso di Diritto Penale* I-II, Roma, Editori Laterza, 1996; Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo: *Diritto Penale. Parte generale*, seconda edizione, Bologna Zanichelli, 1989; Ramacci, Fabrizio: *Corso di Diritto Penale I. Principi costituzionali e interpretazione della legge penale*, Torino, Giappichelli, 1991; Fiore, Carlo: *Diritto Penale. Parte generale I. Introduzione allo studio del Diritto Penale, la legge penale, Il reato,* volumen primo, Torino, UTET, 1993; Mantovani, Ferrando: *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2001; Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio: *Corso di Diritto Penale 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2000; Pagliaro: *Principi di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993; Padovani, Tulio: *Diritto Penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1995; Fornasari, Gábriele: *I principi del Diritto Penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993; Maiwald, Manfred: *L'evoluzione del Diritto Penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, Giappichelli, 1993; Padovani, Tullio: *Diritto Pe102*

nale, XI edizione, Milano, Giufrè Editore, 2017; Palazzo, Francesco: *Corso di Diritto Penale. Parte generale*, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2016; Santise, Mauricio u Zunica, Fabio: *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, terza edizione, Torino, Giappichelli, 2017; Delpino, Luigi y Pezzani, Rocco: *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, XXVII edizione, Napoli, Simone, 2017.

Penalistas en lengua alemana, en una vasta bibliografía, textos recientes: Ackermann, Jürg-Beat y Heine, Günter: *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz. Hand-und Studienbuch,* Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013; Kindhäuser, Urs y Zimmermann, Till: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2020; Lackner, Karl y Kühl, Kristian: *Strafgesetzbuch. Kommentar,* 29. Auflage, München, C.H. Beck, 2018; Schönke, Adolf y Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Auflage, München, C.H. Beck; Schönke, Adolf y Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25. Auflage, München, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, 1997; Joecks, Wolfgang Von y Jäger, Christian: *Studienkommentar StGB*, 12. Auflage, München, C.H. Beck, 2018; Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66. Auflage, München, C.H. Beck; Meir, Bernd-Dieter: *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Auflage, Berlín, Springer, 2019; Pieth, Mark: *Wirtschaftsstrafrecht,* Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016; Brägger, Benjamin, *Das schweizerische Sanktionenrecht. Kurz und bündig in Text un Tafeln*, Bern, Help-Eine Publikation des Schweizerischen Intituts für Strafvollstreckungs und Strafvollzugswissenschaften, 2018; Knierim, Thomas; Oehmichen, Anna; Beck, Sussanne; Geisler, Claudius: *Gesamtes Strafrecht aktuell,* Badem-Badem, Nomos Praxis, 2018; Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006; Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band II, *Besondere Erscheinungsformen der Strattat*, München, Verlag C.H. Beck, 2003; Roxin, Claus: *Täterschaft und Tatherrrschaft*, 10 Auflage, Berlín, De Gruyter, 2019; Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, *Munchen*, Verlag C.H. Beck, 2006. Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II. *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, *Munchen*, Verlag C.H. Beck, 2003.

Juristas en lengua inglesa: Rothe, Dawn y Kauzlarich, David: *Crimes the powerful an introduction*, New York, Routledge, 2016; Monaghan, Nicola: *Criminal Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2012; Bowman, Frank: *High crimes and Misdemeanors*, New York, Cambridge University Press, 2019; Smith, Hogan, Ormerod, *Criminal Law*, Fifteenth edition, Oxford University Press, 2015; Horder, Jeremy: *Principles of Criminal Law*, Eight edition, Oxford, Oxford University Press, 2013; Duff, R. A. y Green, Stuart P.: *Philosophical foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013; Ides, Allan; May, Christopher y Grossi, Simona: *Constitutional Law. Individual Rigths*, Eight edition, New York, Wolters Kluwer, 2019; Zedner, Lucía y Roberts, Julian (edited): *Principles and values in criminal law and criminal justice*, Oxford University Press, 2012; Duff, R. A.; Farmer, Lindsay; Marshall, S. E.; *Renzo*, Massimo

y TADROS, Victor: *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2011; HERRING, Jonathan: *Criminal Law*, Tenth edition, London, Palgrave Law Masters, 2017; TONRY, Michael (edited): *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford University Press, 2011; EMANUEL, Steven L.: *Criminal Law*, Eighth edition, New York, Wolters Kluwer, 2015.

De penalistas españoles, en una amplia literatura: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1979; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Derecho Penal constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, octava edición Montevideo, IBdF, 2008; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Penal. Parte general,* Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *S.: Derecho Penal. Parte general,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1991; CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general, Tomos I y II, tercera edición, tercera reimpresión, Madrid, Tecnos, 1990; CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general,* Madrid, Civitas, 1996; MARAVER GÓMEZ, Mario: *El principio de confianza en Derecho Penal: un estudio sobre la aplicación de la autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Derecho Penal español. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; LANDECHO VELÁSQUEZ, Carlos María: *Derecho Penal español. Parte general*, décima edición, Madrid, Tecnos, 2017; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, 2007; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena*, Montevideo, IB de F, 2007; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y varios: *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y varios: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Praxis, Wolters-Kluwer, 1996; POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1996; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Malus passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2018; CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, Comares, 2002; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador): *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, 2011; GONZÁLEZ CUSSAC, José: *Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad

Santo Tomás, 2007; Cobo del Rosal, Vives Antón, Muñoz Conde, Bacigalupo, Bustos Ramírez, Cerezo Mir, Mir Puig, Quintero Olivares, Gonzalo (director): *Derecho Penal constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Quintero Olivares, Gonzalo: *Adonde va el Derecho Penal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; Blanco Cordero, Isidoro: *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001; Rodríguez Devesa: *Derecho Penal español. Parte general*, novena edición, Madrid, Gráfica Carasa, 1983; Roca de Agapito, Luis: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; Morillas Cueva, Lorenzo: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, Madrid, La Ley, 2016; Zugaldía Espinar, José y Pérez Alonso, Esteban: *Derecho Penal. Parte general,* segunda edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

De autores sudamericanos: Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988; Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000; Bacigalupo, Enrique: *Derecho Penal.* Parte general, segunda edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988; Fernández Carrasquilla, Juan: *Derecho Penal fundamental*, vol. II, *Teoría general del delito y punibilidad*, Bogotá, Temis, 1998; Márquez Piñero, Rafael: *Derecho Penal. Parte general*, México, Editorial Trillas, 1991; Velásquez Velásquez, Fernando: *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995; Bacigalupo, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal español*, Barcelona, Ariel, 1989; Chiara Díaz, Carlos; Gristti, Ricardo y Obligado, Daniel: *Derecho Penal. Parte general,* Buenos Aires, La Ley, 2011; Fontan Balestra, Carlos: *Derecho Penal. Parte general. Introducción y Parte general*, Buenos Aires, Abeldo-Perrot; Creus, Carlos: *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1994; Parma, Carlos y Parma, Marcelo: *Temas de la teoría del delito*, Mendoza, Ulpiano Editores, 2017; Juárez Tavares: *Racionalidad y Derecho Penal*, Lima, Idemsa, 2014; Donna, Eduardo: *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, 2014; Náquira Riveros, Jaime: *Derecho Penal chileno. Parte general*, Tomo I, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.

En lengua portuguesa: Miguez Garcia, M. y Castelo Rio, J. M.: *Código Penal. Parte geral e especial con notas e comentarios*, 2 edição, Coimbra, Almedina, 2015; De Sousa Nucci, Guilherme: *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro, Gen-Editora Forense, 2015; Sampaio, Denis y Faccini Neto, Orlando: *Temas criminais. A ciencia do Direito Penal*

em discussão, Porto Alegre, Livraria Do advogado editora, 2014; FLAVIO GOMES, Luiz (cordenação): *Direito Penal*, V. 1. *Introdução e princípios fundamentais*, São Paolo, Editora Revista Dos Tribunais, 2007; MAYRINK DA COSTA, Álvaro: *Direito Penal. Parte geral*, Volume, Tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995; JESÚS, Damasio: *Direito Penal. Parte Geral*, 18 edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1994; FRAGOSO, Heleno Claudio: Lições *de Direito Penal. A nova Parte Geral*, 14 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993; LEAL-ENRIQUES, Manuel: *Código Penal anotado*, 1 volume. Parte geral, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000; DIAS, Jorge de Figueiredo: *Temas básicos da doutrina penal, Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; DE CASTRO ALVES MEDINA, Rafael (organizador): *Direito Penal Academico. Parte geral*, Rio de Janeiro, De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008; CORREIA, Eduardo: *Direito criminal*, Vol I, Coimbra, Almedina, 1997; FERREIRA, Manuel Cavaleiro: *Direito Penal portugués. Parte geral*, Vol. I, 2 edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1982; HUNGRIA, Nelson: *Comentários ao Código penal*, Vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1958; MIRABETE, Julio Fabbrini: *Manual de Direito Penal, Parte geral*, Vol. I, 11 ed., São Paulo, 1996.

II. LA POLÍTICA PENAL PERUANA CON RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[103]

La respuesta del Estado frente a la diversidad de comportamientos lesivos cometidos por los agentes públicos (funcionarios y servidores) contra los valores e intereses cohesionados en el bien jurídico «Administración Pública» ha estado caracterizada por una especial política de control penal que se ha mantenido relativamente constante desde la dación del primer código punitivo nacional (1863) hasta el presente: escasa criminalización y baja penalidad, con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantum* de penas para determinados delitos, produciéndose así una rara propensión a respetar principios político-criminales de mínima intervención, subsidiaridad y carácter preventivo de la pena, si es que lo comparamos con lo que ha sucedido en el tratamiento político-criminal

(103) La política penal o –peyorativamente denominada– "criminal" es parte de la política general del Estado y constituye una práctica al servicio de la seguridad jurídica, que tiene como objeto la ordenación y orientación legislativa, proporcionando diseños normativos para regular y controlar la problemática social e interindividual de naturaleza conflictiva penal. Existe diversidad de políticas criminales, arbitrarias y meramente represoras o racionales y argumentativas, autoritarias o democráticas, maximalistas o minimalistas. Lo ideal es que la política criminal, a la vez que orienta a la ciencia penal o dogmática penal (es decir, a las conceptualizaciones de alto nivel y rigurosidad), se base en ella para el logro de sus diseños normativos.

dado a una serie de delitos comunes. Este relativo endurecimiento se ha registrado principalmente en los delitos de cohecho con la dación de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que incrementó los extremos mínimos y máximos de la pena privativa de libertad y en otros casos ha agregado circunstancias de mayor injusto a los tipos penales, a la que seguirían otras reformas que agregaron la pena de multa y aumentaron los mínimos de pena, además de brindar una nueva lectura legislativa a la pena de inhabilitación (Leyes N°s 29758, 30111 y Decretos Legislativos N°s 1243 y 1351). Las sucesivas reformas modificaron significativamente el tipo penal de colusión, al redactarlo en función de dos modalidades, crearon un tipo de peculado agravado por la cuantía superior a 10 unidades impositivas tributarias, así como incorporaron en el Código Penal modalidades específicas de cohecho pasivo y corrupción activa en el marco de la función policial.

En efecto, históricamente se observa, por una parte, una marcada tendencia minimalista en los procesos de criminalización de los comportamientos funcionales de los agentes públicos. Así, en el Código Penal de 1863, nueve títulos con 37 artículos daban cuenta propiamente de los «delitos peculiares a los empleados públicos»[104], de los cuales destaca por su excesivo casuismo el artículo 168 con 18 incisos (referido al abuso de autoridad). En el Código de 1924, el nuevo diseño normativo de la política criminal de entonces nos presenta a través de sus 7 títulos y 25 artículos los denominados «delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales»[105]. Uno de los artículos referidos a los abusos específicos de autoridad disminuye sus incisos a diez (artículo 340). En 1991, los delitos atribuidos a funcionarios y servidores contra la Administración Pública, agrupados bajo una técnica legislativa distinta[106], son ahora estructurados en seis secciones con 31 artículos en total[107]. El rubro «abuso de autoridad» es sistematizado, al igual que en el Código de 1924, sobre la base de dos factores de ordenamiento. Por un lado, se establece un tipo genérico y, por otro, se describen otros tipos penales específicos de abuso de autoridad, diferenciándose, en este último extremo, del Código de 1924 en la notable reducción de las modalidades casuísticas.

Como es fácil observar, el Código Penal vigente, con relación al Código de 1924, ha reducido los rubros de delitos imputables a los funcionarios

(104) *Nomen iuris* empleado en el Código de 1863 para agrupar a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública.

(105) Posteriormente, en 1987, la Ley N° 24653 agregaría otros tipos penales, aumentando las penalidades.

(106) Véase *infra* la segunda y tercera partes de esta obra.

(107) Al que se agregarán posteriormente cinco artículos complementarios.

públicos, descriminalizando una serie de conductas contenidas en los Códigos de 1863 y 1924, a la vez que, bajo la presión de los acontecimientos de crisis y extrema corrupción de los agentes de la burocracia y funcionariado público, se ha visto impulsado a partir de 1987 a agregar tipos complementarios y subsidiarios en el rubro *corrupción de funcionarios*, elevando las penas. Pero lo realmente sintomático y demostrativo de la hipótesis sostenida, sobre la orientación y tendencia minimalista, se patentiza en la baja penalización y mínima criminalización de los actos abusivos cometidos por los funcionarios y servidores públicos en perjuicio de los ciudadanos, la colectividad y de la misma Administración Pública. En parte se ha corregido esta orientación con la incorporación en el tipo penal de abuso genérico de autoridad de la agravante cuando la conducta típica se halla en relación a un procedimiento de cobranza coactiva.

Por otro lado, el sistema de penas de los diseños normativos de 1863 y 1924 estuvo marcado por su benignidad, salvo contadas excepciones. Para el Código de 1863, la pena más alta fue la de reclusión de tercer grado[108], que implicaba un máximo de 3 años de encierro en una cárcel pública, y aplicable solamente para el delito de concertación para defraudar al Estado (artículo 200). En el Código de 1924[109], luego de reformas ulteriores, los únicos delitos que son castigados con severidad son el peculado doloso (artículo 346)[110] y el de corrupción activa del juez (artículo 353), con 10 y 15 años, respectivamente. Este notable incremento del *quantum* máximo de pena se produjo a partir de 1968 en circunstancias políticas especiales. El resto de delitos observan, por lo general, márgenes mínimos de penas.

(108) El sistema de penas del Código de 1863 contemplaba las siguientes medidas punitivas (artículo 23):
- *Penas graves*: muerte, penitenciaría, cárcel, reclusión, arresto mayor, expatriación, confinamiento, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, destitución de empleo o cargo, suspensión de empleo o cargo, y multa.
- *Penas leves*: arresto menor, multa.

(109) Las penas en este Código eran las siguientes: internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación. El internamiento era pena absolutamente indeterminada más allá de un *minimun* de 25 años. La penitenciaría se extendía de 1 a 20 años. La relegación era de dos tipos, a tiempo fijo (de 1 a 20 años) o indeterminada. La prisión se extendía de dos (2) días a 20 años (véase los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 del referido cuerpo de normas).

(110) Nos estamos refiriendo a la reforma producida por el Decreto Ley N° 17016 (de 8 de noviembre de 1968), que aumentó la inicial penalidad que contemplaba el texto original.

1863. SISTEMA DE PENAS

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad[111] (artículo 168)	• Suspensión de empleo • Multa • Destitución
2. Prevaricato de juez (artículo 170)	• Suspensión de empleo de 6 meses a 1 año
3. Cohecho impropio (artículo 175)	• Multa
4. Desobediencia (artículo 177)	• Suspensión de 3 a 6 meses
5. Malversación de caudales públicos (artículo 194)	• Suspensión de 2 a 6 meses • Multa
6. Peculado doloso (artículo 196)	• Reclusión de 1 año e inhabilitación
7. Concertación para defraudar al Estado (artículo 200)	• Reclusión de 3 años
8. Exacción ilegal (artículo 204)	• Multa

1924. SISTEMA DE PENAS (reformado por la Ley Nº 17106)

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad (artículo 337)	• Prisión no mayor de 2 años e inhabilitación
2. Concusión (artículo 343)	• Prisión no mayor de 6 años con multa
3. Concertación para defraudar al Estado (artículo 345)	• Prisión de 6 años e inhabilitación
4. Peculado doloso (artículo 346)	• Penitenciaría no mayor de 10 años e inhabilitación absoluta perpetua
5. Malversación de caudales (artículo 348)	• Inhabilitación y multa
6. Cohecho pasivo propio (artículo 349) impropio (artículo 390)	• Prisión no mayor de 2 años con multa e inhabilitación • Prisión no mayor de 6 meses o multa
7. Corrupción de juez (artículo 351)	• Prisión hasta de 15 años con multa e inhabilitación
8. Prevaricato (artículo 354)	• Multa e inhabilitación absoluta perpetua
9. Negativa a administrar justicia (artículo 358)	• Multa e inhabilitación

(111) De las diversas modalidades de abuso de autoridad en el Código de 1863, solo era penada con cárcel de segundo grado (hasta 2 años) el caso del alcaide que seducía a la sentenciada o detenida, y con inhabilitación para el caso del juez que seducía a la mujer que litigaba.

1991. RÉGIMEN DE PENAS (TEXTO ORIGINAL)[112]

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad (artículo 376)	• Pena privativa de libertad no mayor de 2 años
2. Concusión (artículo 383)	• De 1 a 4 años
3. Exacción ilegal (artículo 382)	• De 2 a 8 años
4. Concertación para defraudar al Estado (artículo 384)	• De 3 a 15 años
5. Peculado doloso (artículo 346)	• De 2 a 8 años
6. Malversación (artículo 388)	• Hasta 4 años
7. Cohecho pasivo propio (artículo 393)	• De 3 a 6 años
impropio (artículo 394)	• De 2 a 4 años
8. Corrupción de juez, fiscal y otros (artículo 395)	• De 4 a 10 años
9. Prevaricato (artículo 418)	• De 3 a 5 años
10. Denegación y retardo de justicia (artículo 422)	• De 1 a 4 años

CONCLUSIÓN

Si comparamos a través del tiempo los procesos de criminalización y de penalización producidos con relación a los delitos comunes y a los especiales por infracción del deber (contra la Administración Pública), podemos sacar algunas conclusiones de importancia. ***Primero***, no hay duda de que ha existido de 1863 hasta ahora un relativo incremento en la dureza de la respuesta del Estado frente a los ilícitos penales cometidos por sus propios agentes, sobre todo en lo concerniente a los delitos de corrupción. ***Segundo***, la política estatal mantiene su extremada benignidad frente a los delitos de abuso de autoridad, cometidos desde el poder que da el cargo o función, contra los ciudadanos y la sociedad civil. ***Tercero***, se han mantenido estables con tendencia a disminuir los procesos de criminalización de comportamientos lesivos al bien jurídico "Administración Pública", tomando como referencia las variables 1863-1924-1991 (años de entrada en vigencia de los Códigos); es decir, no se han incrementado nuevas conductas delictivas de trascendencia imputables a los funcionarios y servidores públicos, con excepción del enriquecimiento ilícito en 1987. ***Cuarto***, a nivel de delitos comunes es donde los diseños político-criminales han observado una extrema

(112) El Código de 1991 eliminó el sistema múltiple de penas privativas de libertad contenidas en el anterior Código, creando una sola: la pena privativa de libertad.

severidad que contrasta notoriamente con las respuestas tenuemente retributivas para con los delitos especiales de infracción de deber funcionarial. Así, por poner solo algunos ejemplos, los casos de robo agravado en la redacción original del Código fueron sancionados hasta con un máximo de 8 años; merced al Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998, se aumentó la penalidad a cadena perpetua. En cambio, el peculado doloso en la redacción original tenía un máximo de 8 años de pena; actualmente ha sido elevado a 10 años. Situaciones parecidas de uso desproporcionado de las penas se observa en los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y otros, que fijan sanciones desprovistas de toda finalidad resocializadora y humanista, lo que igualmente sucede con la atemorizante prevención general negativa o intimidatoria impuesta hace algunos años por la política penal estatal a la delincuencia común y de menores.

En resumen, la política de control penal a través de las penas conminadas a los agentes públicos en el rubro «Delitos contra la Administración Pública», vista con anterioridad a la reforma efectuada de los delitos de corrupción (artículos 393 al 401) por la Ley N° 28355 de octubre de 2004, a diferencia de lo que ocurre con los delitos comunes, estuvo marcada por su serenidad, proporcionalidad (a veces cuestionable) y humanidad, lo que posibilitaba incluso, según lo establecido en el artículo 68 del Código Penal, excluir de pena al agente si el delito está previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con las otras penas (limitación de derechos y multa) de ser la responsabilidad penal mínima (quedando exceptuadas las figuras de cohecho). Naturalmente que las razones son obvias, la política criminal del Estado exhibe su naturaleza de clase; explicada, en parte, por la existencia de otros medios de control que fijan sanciones (procesos administrativo-civiles y políticos).

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

1. Sistematicidad y ubicación

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos pueden afectar diversos bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, razón por la cual son mencionados en diferentes títulos y capítulos del Código (véase, por ejemplo, los artículos 141, 153-A, 155, 297 [inciso 1], 312, 352, etc.), así como, y específicamente, en el capítulo concerniente a delitos cometidos por funcionarios públicos (artículos 376 al 401) y en las secciones II y III del capítulo sobre delitos contra la administración de justicia.

La técnica legislativa empleada para comprender los delitos susceptibles de ser cometidos por los agentes públicos observa así dos variantes:

A. Por un lado, se encierra sistemáticamente en dos capítulos del Código Penal todas las infracciones delictivas imputables a funcionarios y servidores, y que afectan el bien jurídico «Administración Pública y administración de justicia». Estos son: el Capítulo II del Título XVIII, con 4 secciones y 36 artículos (artículos 376 a 401-B); y el Capítulo III del Título XVIII, con 2 secciones y 7 artículos (artículos 418 a 424).

B. Por otro lado, se establece un sistema difuso de relevancia penal de los comportamientos de funcionarios y servidores en numerosas figuras delictivas a lo largo del Código Penal, empleándose para dar cuenta de este sector de la delincuencia funcionarial tanto delitos especiales propios (celebración ilegal de matrimonio y allanamiento de domicilio que afectan los bienes jurídicos de la familia y libertad domiciliaria, respectivamente) como delitos comunes, a través de la técnica legislativa de los delitos especiales impropios (intervención telefónica y tráfico ilícito de drogas cometidos por funcionario público); lesionando en ambos casos bienes jurídicos distintos al de la Administración Pública. En este segundo ámbito no se trata de delitos especiales propios, sino de delitos comunes en los que por diversidad de circunstancias intervienen dichos agentes, por lo mismo, no es el bien jurídico «Administración Pública» el afectado, sino otros de diferente naturaleza.

El Código Penal de 1991, usando una peculiar técnica legislativa a la usanza italiana, ha desdoblado el bien jurídico *«Administración Pública»* en otro más específico, la «administración de justicia», ubicando en su interior figuras delictivas atribuibles a particulares y agentes públicos al igual que en el rubro «delitos contra la Administración Pública». Se debe señalar que tal división no implica que las infracciones contra la administración de justicia dejen de ser delitos contra la Administración Pública, pues esta es la matriz genérica. Han sido razones estrictamente técnicas las que explican tal presentación sistemático-normativa, argumentadas en función de destacar la especificidad y relevancia de los delitos contra la administración de justicia. Igualmente, el haber incluido comportamientos atribuibles a particulares y a funcionarios-servidores públicos dentro de los respectivos rubros genéricos es una opción técnico-legislativa que no necesariamente se observa en otras legislaciones de Derecho Penal comparado[113].

(113) Así, véase los Códigos penales argentino, francés (de 1993), español (de 1973 y el vigente de 1995), alemán, cubano, entre otros.

2. Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos

Se hace uso de **tipos abiertos**, es decir, de naturaleza amplia, genérica o, en otras palabras, de contenido impreciso (asunto que es cuestionable desde la dogmática penal) en los artículos 376 (abuso de autoridad), 377 (omisión de deberes) y 401 (enriquecimiento ilícito). Por lo demás, el resto de artículos mantiene un nivel aceptable de generalidad que posibilita no descender al casuismo o nómina innecesaria de supuestos de hecho relevantes pormenorizados. Se utiliza también tipos penales cerrados, es decir, concretos y completos por sí mismos, en los artículos 379, 380, 381 y 391.

Existen ***tipos penales simples***, esto es, de un solo comportamiento típico expresado mediante el empleo de un verbo rector[114] en los artículos 379 (requerir la asistencia para oponerse), 380 (abandono de cargo), 381 (hace nombramiento), 385 (patrocina intereses de particulares), 389 (malversación de fondos), 390 (demora pago ordinario) y 391 (rehúsa entregar dinero). Existen ***tipos penales compuestos***, es decir, que contienen dos o más comportamientos relevantes, en los artículos 377 y 378 (omite, rehúsa o retarda), 382 (obliga o induce) y 383 (exige o hace pagar o entregar). El tipo penal 384 es de una complejidad especial por la gran cantidad de elementos normativos que lo componen[115] (modalidades de adquisición o contratación pública, obras o servicios, concesiones, operaciones, Estado, entidad u organismo del Estado), no obstante que solo contiene un único comportamiento delictivo: «concierta con los interesados». Otros tipos compuestos son los artículos 387 («se apropia o utiliza»), 388 («usa o permite que otro use»), 393 («acepte, reciba, solicita, condiciona (...) para realizar» o «a consecuencia de»), 399 («en forma directa o indirecta o por acto simulado») y 400 («recibe, hace dar o prometer»).

Como es fácil colegir en los tipos compuestos, el uso de diversos verbos rectores convierte a la figura penal en una en la que son agrupados varias modalidades delictivas dentro de un mismo tipo.

El Código Penal utiliza además *tipos complementarios* que precisan el alcance de los tipos básicos, ya sea ampliando la tipicidad por autoría (artículos 386 y 392), agravando la pena en función de la calidad del agente

(114) A lo largo del análisis de los delitos emplearemos a menudo la frase "verbo rector", con la que se resume el núcleo del comportamiento delictivo.

(115) Se llama elementos normativos a aquellos componentes de un tipo penal que encuentran su explicación en otros órdenes o campos del Derecho, ya en el civil, comercial, laboral, tributario, etc.

(artículo 395), o también para cerrar un tipo abierto (artículo 401-A) o fijar consecuencias accesorias (artículo 401-B). *Tipo básico* es, así, el que descriptivamente establece comportamientos relevantes criminalizados y deriva sanciones penales. *Tipo complementario* es aquel que amplía, precisa o agrega características de diversa naturaleza a lo dispuesto en el tipo básico.

El legislador penal ha utilizado *tipos penales de lesión*, entendidos estos como aquellos que requieren un resultado o daño concreto (artículos 365, 369, 370, 372, 380, 384 [segundo párrafo], 387, 389 y 401), como también *tipos de actividad y peligro* (artículos 362, 363, 364, 366, 375, 381, 385 y 388) y de *desobediencia* (artículos 368, 371, 377, 378, 390 y 391). Como se observa, existe en conjunto un buen número de tipos de actividad y desobediencia (u omisión), llamados también formales, y caracterizados por reputarse consumados sin que se requiera un resultado material. En tales casos, la propia actividad consuma el delito (amenazar a un funcionario, ostentar insignias, etc.). En los ejemplos dados no interesa que la amenaza haya producido su efecto o que la ostentación produzca un determinado resultado. También se hace uso de *tipos penales mixtos*, que combinan en su redacción comportamientos de resultado y de actividad (artículos 367, 383, 393, 394, 395, 397 y 398). Finalmente, existen tipos de contenido finalístico, los cuales tienen como base construcciones de resultado o actividad (artículos 366, 379, 393, 394, 398 y 400).

Sobre la naturaleza del comportamiento típicamente relevante, los delitos contra la Administración Pública son mayoritariamente ***de comisión activa*** en los artículos 361, 362, 363, 364, 365, 366, 370, 372, 373, 376, 379, 381, 383, 384, 385, 387, 389, 393, 394, 395, 397, 398, 400 y 401; son de *naturaleza omisiva* los artículos 368, 371, 377, 378, 390 y 391.

En lo relacionado al momento de la consumación, son ***delitos instantáneos***, esto es, se perfeccionan típicamente en un único y exclusivo primer momento, aquellos que se agotan en el acto mismo de la consumación, no siendo ya posible una ampliación en el tiempo del acto consumador; en cambio, son ***delitos permanentes*** aquellos que al inicial momento consumador le adviene un periodo de prolongación del accionar ilícito. Son de carácter instantáneo la mayoría de los delitos contra la Administración Pública. Todos los delitos contra la Administración Pública pueden ser cometidos bajo la modalidad del ***delito continuado***, es decir, mediante acciones u omisiones plurales en el tiempo que se suceden intermitentemente y que inciden en la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, constituyendo cada acción u omisión un hecho consumado.

3. Agravantes-atenuantes

El Código Penal de 1991 se caracteriza en este tema por no haber establecido en su Parte general un sistema de agravantes y atenuantes a aplicar para los tipos especiales, como sí lo hacen otros Códigos extranjeros[116]. La reforma producida en el artículo 46 del Código Penal no ha logrado articular dicho sistema, dada la naturaleza periférica de las circunstancias incorporadas. Se ha optado, en cambio, por un sistema de circunstancias delito por delito contenidos en la estructura de numerosos tipos penales, a través de párrafos o mediante el concurso de tipos penales complementarios que enumeran las circunstancias, generalmente agravantes. Por lo general, dichas manifestaciones modales se definen por los factores: modo, ocasión, lugar, destino, efectos, tiempo y calidad del sujeto activo o pasivo.

En el rubro que nos ocupa, las circunstancias típicas atenuantes, es decir, las variables que disminuyen el grado de ilicitud del hecho y, por lo tanto, ameritan aplicación de pena atenuada, solo son considerados mediante un dispositivo: el artículo 396, que disminuye la pena con base en la jerarquía inferior del servidor público.

Se ha legislado, en cambio, un número relativamente numeroso de circunstancias agravantes en el tipo penal, es decir, que incrementan el grado de ilicitud del injusto, incidiendo directamente en una mayor culpabilidad o juicio de reproche hecho por el Estado, con la consiguiente aplicación de penas más elevadas y severas. Así, tenemos circunstancia agravante por el modo de comisión en el delito de usurpación de autoridad del artículo 361, segundo párrafo (resistir o enfrentarse a la autoridad). Los artículos 367 (violencia y resistencia a la autoridad) y 368 (desobediencia y resistencia) nos traen también una serie de agravantes en función del modo de comisión (concurso de personas y a mano armada), la calidad de los sujetos activos (funcionario o servidor público), por los efectos producidos (lesión grave y muerte previsibles), entre varias; desobediencia de realizarse análisis de sangre o de otros fluidos, o de una medida de protección en violencia familiar. Igualmente existen circunstancias agravantes en el párrafo segundo del artículo 378 (rehusamiento policial de auxilio solicitado). El artículo 387 (peculado), en su segundo y tercer párrafo, contiene circunstancias agravantes para el delito doloso como para el culposo, respectivamente, en función del destino de los bienes. Lo mismo pasa con el artículo 389 (malversación de fondos), que incluye dentro de su estructura típica dos circunstancias agravantes en razón a los efectos y al destino. En

(116) Por ejemplo, los Códigos Penales colombiano (1980), español (1973 y 1995), italiano (1930), etc.

el marco de los delitos de corrupción, se ha incorporado circunstancias agravantes por la calidad del autor en los delitos de tráfico de influencias (artículo 400) y enriquecimiento ilícito (artículo 401).

IV. DOLO Y CULPA

Los delitos contra la Administración Pública que pueden ser cometidos por particulares y por funcionarios públicos están construidos sobre la base del dolo, con la solitaria excepción del peculado, que admite modalidad culposa básica y agravada. Esta concepción principista[117] trae como consecuencia que no puedan ser procesados ni, obviamente, castigados penalmente los hechos culposos[118], los ocurridos por caso fortuito, fuerza mayor ni los que se ocasionen por desgracias atribuibles al destino. El dolo es un elemento de naturaleza subjetiva esencial al delito, porque sin él, el castigo se justificaría en función tan solo de resultados, sin importar si hubo conocimiento de los elementos que formaban parte del tipo penal y si existió una voluntad de realización (querer el hecho), lo cual supondría retroceder siglos de avance en el carácter liberal del Derecho Penal. Es decir, se impondría el reino de la «responsabilidad objetiva», proscrita de nuestro ordenamiento jurídico-penal (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal), por lo menos teóricamente.

El dolo implica la concurrencia de dos componentes:

A. Elemento cognitivo o intelectual. Lo que significa que el agente o autor conoce el significado de lo que está realizando u omitiendo. Sus acciones u omisiones se corresponden con lo que exige el tipo penal delictivo, razón por la cual quien obra con dolo posee representación mental de todos los componentes descriptivos o normativos del delito que ejecuta o consuma con su comportamiento. El componente cognoscitivo o intelectual del dolo no requiere de un conocimiento técnico ni especializado sobre el contenido de los elementos típicos concretos, bastando tan solo un nivel promedio o estándar de aprehensión cognoscitiva (lo que en el lenguaje jurídico se denomina *conocimiento del lego o profano*); pero sí, en cambio, deberá ser un conocimiento actual o actualizable, no solo potencial o genérico.

(117) Artículo 12 del Código Penal: *"Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley"*.

(118) Con las excepciones del tercer párrafo del artículo 387 (peculado culposo) y del artículo 372 (violación culposa de medios de prueba).

El conocimiento que debe tener el sujeto activo de lo que está haciendo o del peligro que representa su comportamiento para el bien jurídico constituye un factor de primer orden, sobre todo en delitos cometidos por funcionarios (sujetos vinculados y obligados especiales poseedores de conocimientos por encima de los ordinarios) para configurar la tipicidad subjetiva del injusto y, por lo mismo, del delito, que en algunos casos ha llevado a la doctrina a postular la prescindencia del elemento volitivo al momento del análisis y evaluación de la tipicidad subjetiva del delito, conduciendo a la práctica judicial a decisiones que prescinden de la voluntad para dar por acreditado el hecho típico, práctica obviamente desacertada al estar fundada en una exclusión que el Código Penal no contempla ni autoriza.

B. Voluntad de actuar, es decir, existencia de la facultad interna para autodeterminarse en sentido contrario a la norma (componente volitivo)[119].

C. Dirección del comportamiento hacia el logro del objetivo asumido o buscado específicamente, pese a conocer y saber que se está vulnerando la norma y afectando el bien jurídico. Este tercer componente de contenido teleológico es el aporte de la escuela alemana finalista de Hans WELZEL, que no goza de unanimidad en la doctrina penal; sin embargo, se deja notar en determinados delitos especiales que exigen una voluntad decididamente orientada a fines concretos, exigidos por el tipo penal especial.

Los tipos penales en estudio, por lo general, requieren como componente subjetivo mínimo la presencia del ***dolo eventual***, es decir, aquel comportamiento asumido como propio por el sujeto activo de delito, pero

(119) Actualmente, en sectores de la dogmática penal de base alemana y también española, se advierte una acusada tendencia para sustraer el componente volitivo de la estructura del dolo, y según la cual el conocimiento es suficiente para informar del elemento subjetivo del delito. Se sustenta esta posición, entre otras razones, en las dificultades para acreditar procesalmente la voluntad de delinquir (el querer, la actitud interna dirigida a) y en las complicaciones de interpretación de los tipos especiales conforme a dicho componente. Una concepción del dolo en tanto conocimiento por parte del agente del peligro que representa su acción u omisión para el bien jurídico es suficiente para configurar la tipicidad subjetiva del delito. Así, según Enrique BACIGALUPO, obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto de su acción. Dicho de otra manera, obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El dolo, por lo tanto, solo depende del conocimiento del autor, de la peligrosidad concreta de la realización del tipo (*Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, p. 320). Al respecto, véase también RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999 (especialmente sus conclusiones en la p. 519 y ss.).

sin que se busque como objetivo específico el logro del resultado típico. Aquí el sujeto se representa el hecho y lo asume, aunque su voluntad no se halle intencionalmente comprometida. Define con exactitud el dolo eventual la frase «sea así o de esta manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo». Existen tipos penales especiales que exigen para configurarse la presencia del *dolo directo* en los actos del agente, es decir, cuando este dispone sus actos para alcanzar el propósito u objetivo buscado. En el ***dolo directo***, la voluntad está encaminada directamente a lograr el fin (por ejemplo, los artículos 365, 366, 372, 376-A, 379, 382, 383, 384, 395, 397, 399 y 400). Los indicadores que nos permiten diferenciar cuándo el tipo exige dolo directo se hallan en la propia redacción de la figura penal (naturaleza de acción directa de los verbos rectores: obligar, impedir; indicadores de propósito: para realizar u omitir; uso de reforzantes o elementos subjetivos: «a sabiendas»).

Los tipos penales que están construidos en razón al dolo directo obtienen un mayor rigor represivo por parte del Estado que los construidos con base en dolo eventual. La importancia del estudio y constatación de estas dos formas de dolo radica en el hecho de que permitirán apreciar el mayor o menor grado de voluntad delictiva.

En cuanto a la ***culpa***, el Código castiga por excepción tan solo dos conductas culposas: en los artículos 372 (destrucción o inutilización de objetos, registros o documentos) y 387, tercer párrafo (peculado culposo). Se ha querido así privilegiar la protección a los medios de prueba y al patrimonio público. Castigar penalmente por culpa supone un mayor celo en la política de control penal del Estado y, por lo mismo, una mayor criminalización de hechos que sin dolo serían penalmente irrelevantes.

Las modalidades prácticas de culpa[120] contempladas son generalmente la culpa consciente (con previsión cognoscitiva) y la culpa inconsciente (sin representación cognitiva del peligro del comportamiento, pero siéndole exigible al agente dicha representación). Se utiliza igualmente los baremos de la culpa por negligencia o imprudencia para los supuestos delictivos de los artículos 372 y 387.

(120) En la ciencia penal se habla de *distintas clases de culpa*: **a)** por el modo en que son cometidos: *negligencia* o descuido, *imprudencia* o temeridad, *impericia* o falta de idoneidad; **b)** por el grado de intensidad subjetiva: *consciente*, cuando el agente prevé la realización del hecho, pero actúa en la confianza de que no se producirá; *inconsciente*, cuando no existe previsión del hecho (es esta la modalidad frecuente de actos culposos administrativos); **c)** por su lesividad, graves y leves; **d)** por el rol que infringen: delitos imprudentes comunes y delitos imprudentes por quebrantamiento de un deber especial.

La culpa posee gran relevancia en el ámbito administrativo, donde son numerosas y variadas las transgresiones de dicha calidad cometidas por funcionarios y servidores públicos. En la esfera penal pocos son los comportamientos culposos que han merecido el interés político-criminal, ello se explica por el hecho de que la intervención penal es un mecanismo de control extremo y subsidiario, entendiéndose que los hechos culposos deben solucionarse en vías extrapenales, salvo las excepciones contempladas a nivel del Código Penal.

Todo delito culposo requiere de la infracción del deber de cuidado que la naturaleza del bien jurídico, el deber de garante o las circunstancias concretas exigen; en un segundo término, no por ello menos importante, la producción –en la gran mayoría de casos– de un resultado lesivo. Así, en el caso del artículo 372, se requiere de la destrucción o inutilización de los objetos, registros o documentos; la no verificación de este resultado material invalida, es decir, hace atípica, la imputación a título culposo. Nuestra legislación penal no castiga, en el ámbito de los delitos funcionariales del título XVIII del Código Penal, la acción culposa de simple actividad ni la tentativa material de delito culposo, construcción conceptual esta última que es jurídicamente irrelevante.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS[121]

Las pautas de lo que se entiende por autoría y participación se encuentran establecidas en los artículos 23 al 27 del Código Penal, los mismos que recogen principalmente el paradigma de la legislación penal alemana (artículos 25 a 31 del *Strafgesetzbuch*-StGB): sistema de valoración legal diferenciada de los aportes en la ejecución-realización del hecho delictivo, que divide a quienes intervienen en el delito en autores y partícipes; un sistema diferenciado de autores (autor directo, mediato y coautoría); un esquema igualmente diferenciado de partícipes instigadores y partícipes cómplices. Siguiendo la legislación española, la clasificación de la complicidad se ha establecido en cooperadores primarios o necesarios y cooperadores secundarios, donde los primeros están equiparados en pena a los autores. Como característica nuestra, la no responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son todas notas distintivas de nuestro modelo normativo, el mismo que mantiene diferencias con las acogidas en los Códigos Penales italiano y francés, y el sistema penal inglés/norteamericano. Con el Código Penal español vigente de 1995 existen diferencias sobre todo en

(121) Véase más adelante «Los delitos de infracción de deber», *infra*, p. 214 y ss.

materia de autoría, al cual concede (el Código español) alcances amplios para incluir en ella a los inductores directos y a los cooperadores necesarios; siendo cómplices únicamente los que aportan contribuciones de cooperación secundaria o coadyuvante.

Es autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho criminal. Esta definición legal pone claramente de manifiesto que la noción de autor, para la legislación penal peruana, requiere control o dominio –teoría del dominio del hecho– subjetivo y objetivo del hecho («realizar por sí»), que da inicio a la conducta típica y la conduce a la consumación o queda en tentativa de delito con la lesión o peligro de lesión del bien jurídico penalmente tutelado. No será autor si el sujeto carece de dicho dominio, dado que su aporte no define el curso causal de los acontecimientos lesivos, o (en el marco de interpretación de la teoría de la imputación objetiva) su comportamiento no incrementa o acelera riesgos jurídicamente desaprobados para producir el resultado típico imputable. La autoría se convierte en coautoría cuando son varios los que codominan el hecho delictivo y actúan en distribución funcional de roles; es decir, no se trata de una suma de autores, sino de sujetos que actúan conjuntamente vinculados por un dolo que los integra subjetivamente y permite la imputación recíproca del acontecimiento. Si solo se trata de varios sujetos a quienes no les une estas características, estaremos simplemente ante una autoría múltiple.

La autoría puede ser directa o inmediata y mediata o indirecta. En este segundo caso, cuando el agente no realiza por sí mismo el hecho, sino que se vale de terceras personas (denominadas «instrumentos») para que ejecuten el delito. Estas terceras personas son así manipuladas o instrumentalizadas por el autor mediato (llamado también "hombre de atrás"), quien logra de dicho modo su propósito criminal. En la mayoría de supuestos de autoría mediata, el instrumento obra sin dolo o sin culpabilidad. Solo en determinados casos de autoría mediata límite, el instrumento responde penalmente (uno de ellos es concretado a través de aparatos organizados de poder criminal). El Código Penal peruano no admite la coautoría ni la participación culposa.

La participación en el delito, categoría jurídico-dogmática del Derecho Penal distinta de la autoría, pero complementaria a ella, puede presentarse mediante dos modalidades: **a)** en forma de instigación (determinación o inducción); y **b)** como complicidad. La primera modalidad se halla regulada en el artículo 24 del Código Penal y es la que vincula a un sujeto determinador o inductor (quien sin actuar en fase ejecutiva actúa mediante un influjo sicológico de convencimiento) con un sujeto inducido (el autor o ejecutor material), donde el primero crea en la conciencia del segundo

la voluntad de delinquir, de modo que el sujeto inducido comete directamente el delito, respondiendo ambos penalmente, conforme a la regulación punitiva ya citada, es decir, como autor y determinador. En cambio, la participación mediante complicidad, regulada en el artículo 25 del Código Penal, se define por la presencia de aportes materiales de favorecimiento material al delito del autor.

La complicidad supone actos propios de naturaleza accesoria (del cómplice) y de colaboración en un ilícito penal ajeno de naturaleza principal (llevada a cabo por el autor o coautores e imputable a título de autoría/coautoría) en fase preparatoria, en la ejecución y/o en la consumación del delito. No existe jurídicamente complicidad en fase de agotamiento. El cómplice no domina el hecho, contribuye a formarlo con aportes secundarios, que resultan prescindibles, es decir que de faltar no hacen fracasar la realización del plan criminal. Los actos que ayudan material o intelectualmente a la realización del ilícito penal del autor y que son imputables a título de complicidad en el contexto general del delito no dominan ni controlan la realización-consumación del mismo; su alcance es, pues, restringido, ya que dichos actos por sí mismos no realizan ni definen el delito. Los actos de complicidad por definición se refieren a la cooperación secundaria, que es penada con rangos inferiores de sanción que la autoría-coautoría.

De modo excepcional, la legislación nacional, siguiendo aquí a la legislación penal española, contempla la complicidad o cooperación primaria cuando el agente aporta contribuciones que son decisivas para facilitar la ejecución del delito, castigando a dicho cooperador con la pena del autor; supuesto legal contradictorio que rompe el esquema conceptual de la complicidad y que ha sido objeto de variadas interpretaciones para dotarle de razonabilidad jurídica(122).

En el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública, es claro que autor (en sus dos variedades) o coautor solo puede ser el funcionario o servidor público quien, en primer lugar, infringe deberes funcionariales o de servicio público que les son propios; y, en segundo término, debe poseer un dominio final que haga reconocible el delito como suyo. En los casos, bastante frecuentes, donde el supuesto delictivo se presente de modo tal que quien domina materialmente los actos que configuran el delito son los particulares o *extraneus*, la teoría del dominio de hecho se refuerza con la tesis de la infracción de deber que solo puede radicar en dichos sujetos especiales. No es posible

(122) Al respecto, el lector puede revisar de Rojas Vargas, Fidel: «La complicidad necesaria o primaria», en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 289 y ss.

que el particular o *extraneus* que domina parte o la casi totalidad del hecho sea autor o coautor; tampoco es del todo correcta, a mi entender, la tesis mantenida por ROXIN como por JAKOBS en el sentido de que es irrelevante o innecesario el dominio del hecho para dar cuenta de la autoría por los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública, bastando únicamente la infracción de deber[123].

Por otro lado, la autoría en el marco de los delitos funcionariales tiene una presentación legal bastante singular. En efecto, existen delitos cometidos por funcionarios y servidores que admiten autoría amplia y otros restrictiva. Es decir, ilícitos penales de infracción de deber en los cuales la **vinculación funcional es flexible**, mientras que en otros ilícitos de igual naturaleza **dicha vinculación es intensa y restringida** para determinado funcionario. Así, cualquier funcionario puede cometer un comportamiento de concusión regulado en el artículo 382 del Código Penal, que contempla el hecho del funcionario o servidor público que abusando de su cargo obliga a la entrega o promesa de entrega de un bien o beneficio patrimonial. En cambio, el delito de colusión defraudatoria solo está reservada en su autoría o coautoría a quien por razón de su cargo tenga en el marco de sus atribuciones la facultad de intervenir con carácter decisorio en las negociaciones públicas; en este segundo supuesto legal, la sola calidad de funcionario no fundamenta la autoría, es insuficiente para derivar dicho título de imputación penal.

Son válidas las imputaciones –no obstante, algunas posiciones teóricas discrepantes al respecto– a título de partícipes (determinador o cómplice) en delito funcionarial contra sujetos particulares e incluso contra otros funcionarios o servidores públicos, en casos especiales de autoría funcional restrictiva (peculado y colusión desleal), con base en la tesis de la accesoriedad de la participación, que reconoce el Código Penal peruano. Dicha accesoriedad fundamenta únicamente la participación, nunca la autoría.

En los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y/o servidores es claro que solo estos pueden ser autores. Es también aceptable que los funcionarios y servidores públicos no vinculados pueden contribuir como cómplices en los delitos cometidos contra la Administración Pública por funcionarios y servidores vinculados, como que igualmente sean cómplices en la realización de delitos comunes cuya autoría corresponde a particulares. Donde se han presentado problemas de enfoque, ante la acuciosidad de un sector doctrinario, es en el tema de si los

(123) Ver *infra*, p. 214 y ss.; y p. 223 y ss. «Los delitos de infracción de deber» y también el ítem «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos».

aportes de los particulares, que necesariamente son de complicidad –dado el carácter especial e indelegable en particulares de la autoría en delitos especiales propios–, integran realmente la estructura delictiva de los delitos especiales, de forma tal que tengan que responder también por peculado, enriquecimiento ilícito o corrupción (por citar algunos ejemplos) a título de complicidad, o es que esta –la complicidad– tiene autonomía delictiva poseedora de un injusto propio, de modo que los partícipes deban responder por tipicidades distintas de las imputadas a los agentes públicos y que vayan acorde con sus contribuciones. Por ejemplo, el cómplice particular que colabora dolosamente con el funcionario en la utilización ilegal de los bienes bajo administración o custodia sería imputado y procesado a título de autor de hurto de uso y no de peculado; temática y problemática que será analizada más adelante(124).

VI. LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO

1. Planteamiento del tema

Actualmente, en la doctrina penal alemana, española, portuguesa e italiana (en parte en esta última) y, en general, en el análisis jurídico forense-judicial se ha impuesto una especial y determinada forma de estudio de los comportamientos delictivos a nivel normativo: la denominada «teoría analítica del delito», caracterizada por estudiar separadamente los planos de análisis que componen todo delito, ubicándolos en niveles o fases cognoscitivas que obedecen y siguen un orden lógico-sistemático. La teoría analítica comprende así *una teoría de afirmación*, que servirá para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad de su autor; y *una teoría de negación*, que nos permitirá descartar la existencia del delito(125).

El origen de tal paradigma teórico se remonta a la propuesta de tratadistas alemanes de principios de siglo (Franz VON LISZT, Ernst VON BELING y otros), perfeccionado ulteriormente por penalistas de la talla de Hans WELZEL y Claus ROXIN. A América Latina nos llegó el modelo por obra de divulgación de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en momentos en que primaba el análisis criminológico del positivismo italiano.

(124) Véase al respecto «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos», *infra*, p. 232 y ss.

(125) Teoría analítica de dos escenarios que indesligablemente se presenta en todo supuesto delictivo imputado que ingresa al discurso y argumentación fiscal-judicial y que constituye la riqueza propia de los casos penales. Teoría que se irá afirmando o negando con el aporte de la materia probatoria y la fuerza de la influencia jurídico-dogmática, puesta en juego por las partes.

La teoría analítica del delito es, así, en gran parte de Europa y en toda América Latina el paradigma científico dominante para abordar el tema del delito y sus consecuencias, copando los espacios doctrinarios y jurisdiccionales. En el Perú ganó definitivamente legitimidad jurídico-teórica con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, elaborado bajo el influjo de tal modelo de análisis de origen alemán.

Según la *teoría analítica de afirmación,* un comportamiento humano para ser delito tiene que reunir los siguientes niveles o características:

A. ***Ser típico (tipicidad penal):*** un hecho es típico para el Derecho Penal cuando en el hecho denunciado o acusado concurren (se dan) todos los elementos que exige el tipo penal especial invocado por la Fiscalía. Es decir: que existan los sujetos activo y pasivo; que se produzca un comportamiento que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido; que se dé (necesariamente en algunos delitos) una relación de causalidad entre comportamiento y lesión o un incremento penalmente relevante del riesgo de lesión; que el comportamiento del agente sea doloso o culposo; y, si el tipo penal lo requiere, que concurran determinados elementos normativos y subjetivos especiales.

Un hecho será típico cuando él se corresponde o ajusta con lo exigido descriptiva, normativa y subjetivamente por el tipo penal especial. En este plano asume importancia crucial la actividad probatoria llevada a cabo por las partes, al igual que el rigor del análisis de tipicidad.

B. ***Ser antijurídico (antijuricidad):*** el hecho típico debe ser contrario al sistema jurídico, es decir, no debe existir alguna causal o autorización legal para actuar del modo como lo ha hecho el autor o coautor. Es lo opuesto al ordenamiento jurídico. La antijuricidad es el segundo elemento exigible para que haya delito. Al ser el hecho *típico* y *antijurídico*, se ha formado ya el ilícito o injusto penal descrito en los artículos de la Parte especial del Código Penal.

El hecho típico no adquiere la calidad de antijurídico si alguna causa de las previstas en el artículo 20 del Código Penal (incisos 3, 4, 8 y 9) se presenta en el hecho global. Así, si el agente actuó en legítima defensa o causa de justificación al poner en peligro o lesionar el bien jurídico.

C. ***Ser culpable (culpabilidad):*** dado el injusto penal, es decir, afirmadas o verificadas la tipicidad y antijuricidad al no existir causales de atipicidad o de justificación de la antijuricidad (fases negativas del delito) que desvanezcan la ilicitud del hecho, el análisis puesto en juego por la teoría analítica del delito pasa a evaluar la presencia de las condiciones de culpabilidad: a) el autor del injusto es una persona física mentalmente sana, es decir, imputable para el Derecho Penal; b) tuvo al momento de cometer el hecho conciencia de que ello estaba prohibido (conciencia de la prohibición o de la antijuridicidad); y, finalmente, c) le era exigible y posible comportarse de modo distinto, es decir, conforme a Derecho (exigibilidad).

Como resultado de este procedimiento analítico, el sujeto activo del delito se vuelve merecedor de un juicio de valor normativo hecho por el Estado de carácter negativo conocido como *juicio de reproche*, por haberse comportado vulnerando la norma penal y lesionado o puesto en peligro el bien jurídico-penalmente protegido, habiendo podido comportarse conforme a Derecho. Entonces, el sujeto activo del delito se torna culpable de tal o cual ilícito penal.

El Código Penal peruano no habla propiamente de culpabilidad, sino de responsabilidad penal, influido por las teorías dogmáticas previas que imperaban a la vigencia del Código Penal de 1991.

Una vez que el análisis jurídico de un hecho reputado ilícito ha llegado al nivel de culpabilidad, se ha comprobado ya la responsabilidad penal a título de delito, haciéndose el sujeto merecedor de pena. No queda más, entonces, que verificar las condiciones de necesidad de pena y pasar al proceso de determinación judicial de consecuencias jurídicas, de no existir causales de exención de penalidad.

Tal es el proceso de análisis al que está obligado todo juez o colegiado penal para afirmar legalmente la existencia de delito –en sus planos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad–, así como la responsabilidad penal del acusado antes de emitir su fallo.

Ahora bien, una vez afirmada la culpabilidad, se habrá llegado a la demostración de la existencia del delito y la responsabilidad de su autor o autores. La teoría del delito aplicada a cada caso concreto deja así expeditos a los órganos jurisdiccionales (juzgados

y tribunales de justicia penal) los fundamentos necesarios y suficientes para la imposición de pena a nombre del Estado.

Sin embargo, y esto es muy importante en un Estado de Derecho, cada nivel o fase (tipicidad-antijuricidad-culpabilidad) tiene causas que lo enervan y hasta lo eliminan. Esto es lo que se conoce como fases o aspectos negativos del delito.

Un modelo distinto de establecer los fundamentos que permiten derivar pena lo establece la teoría de la imputación objetiva, según la cual lo determinante es verificar si el agente incrementó o no el riesgo de lesión a la norma penal especial o creó dicho riesgo y si los mismos se han concretado en el resultado, lo que afirmará la imputación objetiva de la realización del delito y, por lo mismo, de la culpabilidad del autor y partícipes o, en caso contrario, desvanecerá la imputación. Este modelo de análisis hace uso de argumentos complementarios que refuerzan los criterios de peligro a través del principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso, tesis esta última utilizada para discriminar en casos extremos, principalmente, la relevancia penal de los aportes de los cómplices.

VII. LAS FASES NEGATIVAS DEL DELITO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LA TEORÍA ANALÍTICA DE AFIRMACIÓN)

Así como, paso a paso, fase a fase, mediante la *teoría analítica de afirmación* se va demostrando que, por ejemplo, un hecho físico (una muerte, una sustracción de bien económico, una concertación de precios, etc.) va adquiriendo jurídicamente naturaleza delictiva y tornando responsable personalmente a su autor (o autores), así también, de ese modo, la *teoría analítica negativa* permite ir descartando la existencia del delito.

En efecto, a nivel de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad existe una serie de causales o factores que atacan y eliminan la relevancia penal del hecho. Así, si a nivel de tipicidad se comprueba que falta alguno de los elementos exigidos por el tipo penal[126], ya no se podrá avanzar en los siguien-

(126) Los tipos penales son las construcciones normativas que contienen comportamientos prohibidos o exigidos por el Derecho Penal, los mismos que amenazan con la imposición de penas. Se crean de esta manera, por decisión político-criminal, los delitos y faltas a nivel de redacción típica. En nuestro Código Penal se hallan ubicados a partir del artículo 106 hasta el 452, así como igualmente están esparcidos en leyes especiales (ley antiterrorista, Ley Penal Tributaria, ley penal aduanera, ley de lavado de activos, ley de delitos informáticos, etc.).

tes niveles, pues el hecho será irrelevante para el Derecho Penal. Igualmente, cuando siendo típico el hecho denunciado, es decir, ajustado a lo exigido en el tipo penal, si el mismo fue cometido bajo el amparo o permiso de las causales que estipula el artículo 20 (incisos 3, 4, 8, 9 y 10), dicho suceso dejará de ser antijurídico para tornarse permitido por el Derecho. Se estará así atacando la naturaleza delictiva del hecho típico, imposibilitando pasar a la siguiente fase, es decir, la culpabilidad. Finalmente, cuando el hecho típico y antijurídico (el injusto penal) es cometido por un enfermo mental, o en circunstancias de error de prohibición invencible o de inexigibilidad de conducta conforme a Derecho, estaremos por igual desvaneciendo la naturaleza delictiva del hecho antijurídico, no pudiendo hablarse ya de culpabilidad ni de responsabilidad delictiva.

1. Importancia

Es cierto que muy poco se ha hecho por desarrollar teóricamente las fases negativas del delito, no obstante que estas en la práctica se suceden con innegable frecuencia. Y ello resulta explicable por cuanto el Derecho Penal ha sido visto comúnmente como un mecanismo político represivo y porque ha primado (y aún prima) en los jueces penales una cultura orientada a castigar, más que a analizar con espíritu dialéctico y sereno circunstancias y matices. Ha sido necesario el vigoroso despliegue de la teoría de los derechos humanos y la difusión de los conceptos humanista-racionales de la dogmática penal para contrapesar el *ius puniendi* estatal a modo de tornar razonables los paradigmas y modelos político-criminales asumidos por el Estado.

Un Estado que se proclame de Derecho no puede mirar tan solo una parte de la realidad y la problemática penal (la afirmación del delito y la responsabilidad), ni tampoco guardar silencio y mostrar inactividad desde el poder cuando se conoce que el delito no podrá ser afirmado, al carecer de consistencia en uno u otro nivel. Todavía peor es denunciar o acusar por simples ritualismos o temores reverenciales, convirtiéndose de este modo los operadores del Derecho en agentes de manipulación perversa del Derecho Penal.

La afirmación de la democracia plantea –a nivel jurídico-penal– una actitud digna y responsable tanto a nivel de formación teórica como de análisis meditado de las causas por parte de fiscales y jueces. En tal sentido, la teoría de las fases negativas del delito resulta idónea y adecuada para afirmar la racionalidad del Derecho Penal y lograr resoluciones justas y más humanas. Se puede resumir –no siendo posible extenderse sobre ello

en este texto– en los siguientes puntos la importancia de la teoría de las fases negativas del delito o teoría analítica de negación:

a. Humaniza la política penal del Estado.

b. Racionaliza la aplicación del Derecho Penal a los casos conflictivos.

c. Democratiza el ejercicio del Derecho Penal al contrapesar la afirmación del delito.

d. Evita los innecesarios excesos y maximalismos represivos de los magistrados penales.

e. Permite legitimar cognoscitiva y funcionalmente el Derecho Penal.

Las fases negativas del delito, en correspondencia a las fases de afirmación, son las siguientes: atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y de exculpación. En el análisis de los delitos especiales desarrollaremos este esquema en su doble aspecto, tanto positivo como negativo.

2. Falta de tipicidad o atipicidad

Son factores o causas que afectan la relevancia penal del hecho los siguientes:

a. ***La ausencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, aunque concurran otros***. Es el caso, por ejemplo, de un sujeto activo –es decir, a quien se le atribuye el hecho– que en un delito especial no es funcionario o servidor público o aún no ejerce funciones públicas; o cuando el comportamiento (conducta) denunciado no es el contemplado por la figura penal (en el caso del artículo 395); también lo es la ausencia del elemento subjetivo «a sabiendas» (artículo 395). El hecho imputado es atípico, igualmente, en el caso del artículo 380, cuando no existe daño en el servicio; o, en el caso del desacato (descriminalizado por Ley N° 27975, del 29/05/2003), cuando la injuria se produce al margen del ejercicio funcional del funcionario afectado (artículo 374 derogado).

b. ***Existencia de culpa***. En los delitos dolosos, cuando el hecho ha sido cometido culposamente (culpa consciente o inconsciente), por negligencia, imprudencia o impericia, será irrelevante penalmente (con excepción del peculado culposo y del comportamiento establecido en el artículo 372, segundo párrafo); a lo sumo, de determinarlo así la vía administrativa, merecerá sanción disciplinaria.

c. ***Falta de dolo por error de tipo***. El error de tipo invencible (insuperable) y vencible (superable) excluye la tipicidad del hecho imputado delictivo (artículo 14). Se presenta este error cuando el sujeto activo desconoce que actúa lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado, o lo hace poseyendo una incorrecta o falsa apreciación de algún elemento del tipo penal. El error vencible permite afirmar tipicidad por delito, siempre y cuando exista un equivalente culposo para el delito doloso; al no existir dicho equivalente –lo que sucede con la inmensa mayoría de los delitos funcionariales–, tiene el mismo efecto que el error de tipo invencible. Ejemplo, la persona con título que ejerce profesión desconociendo que le falta uno de los requisitos legales requeridos.

d. ***Ausencia de acción***. La acción o «conducta» es el elemento principal del tipo penal, de forma que, si no se ha realizado, es decir, si el hecho es producto de fuerza mayor o caso fortuito, implicará que no ha existido acción voluntaria y cognoscitivamente asumida. Es un ejemplo ideal el caso de inconcurrencia al cargo por desastres naturales, secuestros, etc.

Los efectos jurídicos de la atipicidad hacen inexistente el delito. Carece ya de sentido proseguir en el análisis de las demás fases. El fiscal debe archivar definitivamente el proceso o, en su defecto, el juez declarar un *no ha lugar*. En caso de existir dudas en el juez y el proceso penal sigue, el defensor debe formular una excepción de naturaleza de acción. Una vez absueltas estas dudas, deberá ordenarse el sobreseimiento del caso o, en definitiva, declararse la total inocencia del imputado por la inexistencia del delito.

3. Causas de justificación de la antijuricidad

La ley ha contemplado taxativamente las siguientes causas o permisos legales para actuar y que hacen ajustada a Derecho o permitida la acción típica. Por lo tanto, no existirá delito en las siguientes situaciones aplicadas a los delitos contra la Administración Pública:

a. ***Legítima defensa***. Por lo general, esta causa de justificación es de muy rara concurrencia en los delitos contra la Administración Pública y aplicable solo a los particulares que delinquen contra la Administración Pública. La razón es obvia, por lo general, se trata de bienes jurídicos personales los que se protegen con la legítima defensa.

El artículo 365 (coacción o atentado contra autoridad) permite la posibilidad de hacer justificada la legítima defensa de los particulares, siempre y cuando concurran los requisitos exigidos en el inciso 3 del artículo 20.

b. ***Estado de necesidad justificante*** (inciso 4 del artículo 20). Es esta una de las causales más frecuentes que permite hacer del comportamiento que se adecua a un tipo penal un hecho justificado para el Derecho. Es decir, el ordenamiento jurídico (el Derecho en cuanto sistema jurídico, no tan solo el Derecho Penal) le concede al agente la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de menor valor que el que defiende, siempre que se halle en una situación de *estado de necesidad.* Dicho estado es una situación especial excepcional caracterizado por la existencia real y actual de un peligro que amenaza bienes valiosos para el Derecho en la persona del afectado (vida, integridad corporal, libertad u otros), peligro que deberá adquirir tal magnitud que no pueda ser removido o superado de otro modo. De ahí entonces el permiso legal que el sistema jurídico otorga a quien se halle en tal situación para actuar lesionando bienes jurídicos de menor valía. Se trata así de un estado de ponderación de bienes que toma como referentes prioritarios a los señalados en el inciso 4 del artículo 20 del Código Penal peruano. Debe entenderse que las extralimitaciones producidas en la defensa del bien jurídico no quedan amparadas por el Derecho, respondiendo el agente por el exceso.

Son numerosos los casos de hechos típicos cometidos por funcionarios y/o servidores justificados por el Derecho: uso de vehículos oficiales para salvar vidas, destinar fondos desviándolos de su cometido oficial para evitar (o paliar) desgracias naturales inminentes, abandono del cargo ante peligro de muerte (con excepciones para los militares obligados), etc.

En cuanto a los agentes públicos, la causal de estado de necesidad justificante mantiene su vigencia, no obstante algunas posiciones doctrinarias que en sentido contrario aducen que a los funcionarios públicos no les asiste tal permiso para obrar antijurídicamente.

En el caso de los particulares que provocan situaciones de inminente peligro, generalmente es opinión doctrinaria mayoritaria que no podrán invocar estado de necesidad justificante. Sin embargo, la realidad de los casos concretos mostrará los alcances de tal opinión.

Cabe perfectamente encontrar causas de justificación por estado de necesidad en los hechos típicos de particulares que lesionan o ponen en peligro la Administración Pública (ostentar insignias o distintivos para establecer el orden, sustraer objetos requisados por la autoridad para salvarlos de la destrucción, etc.).

c. ***Obrar por disposición de la ley*** (inciso 8 del artículo 20). Obra por disposición legal quien se limita a ejecutar o aplicar lo ordenado en los dispositivos legales o reglamentarios, no obstante que con ello esté lesionando bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, es decir, incurriendo en tipicidad penal. El funcionario o servidor (y también el particular) que actúa amparado por esta causal no comete un ilícito penal. Se supone que la ley cautela valores de interés general y de observancia obligatoria. Si el funcionario actúa por imperio de la ley, es obvio que sus actos, si son de cumplimiento obligatorio, no le podrán ser imputados en grado de ilicitud penal.

d. ***En cumplimiento de un deber*** (inciso 8 del artículo 20). Quien actúa (funcionario, servidor o particular) en cumplimiento de un deber jurídico o profesional dentro de los límites que fija el ordenamiento jurídico nacional, en caso de lesionar bienes jurídicos tutelados, no comete un ilícito penal, pues su hecho estará justificado por el Derecho. Naturalmente que esta causal no ampara el abuso o la arbitrariedad de los agentes públicos o particulares que ejecutan actos en cumplimiento del deber. Así, el testigo que es llamado a deponer y sus expresiones lesionan el honor o la reputación de un tercero. Pensemos también en el policía o el funcionario que debe revelar ante el juez detalles comprometedores para su institución, que le son requeridos en virtud de su deber de garante para con la sociedad; se produce entonces una colisión de deberes (de callar o de declarar, en tal ejemplo), de la que sale priorizado el cumplimiento del deber. De no existir colisión de deberes, no podrá hablarse de esta causal para justificar hechos típicos.

   El deber se entiende como el «tener que» o la obligación existente para *hacer* o *no hacer* algo, y esta obligación puede provenir de regulaciones jurídicas, de las atribuciones propias e inherentes a la función, profesión o empleo, o puede nacer igualmente de deberes sociales de solidaridad. Aquí, el secreto profesional es uno de los límites a la colisión de deberes.

e. ***En ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*** (inciso 8 del artículo 20). Al igual que en los casos anteriores, deberá existir o producirse con el ejercicio del derecho, oficio o cargo una lesión a un bien jurídico distinto del que está implícito en el acto del ejercicio, resultando así este último priorizado legal o jurídicamente. Es decir, tiene que haber un hecho típico ocasionado con dicho ejercicio y cuya antijuricidad resulta autorizada o justificada por el Derecho.

El ejercicio legítimo de un derecho que no implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico obviamente que es irrelevante, pues se tratará de una acción social y jurídicamente ajustada a Derecho. Por lo mismo, para configurar esta causal de justificación se requiere que se produzca sobre bienes o derechos ajenos o litigiosos. Solo dentro de este contexto es concebible este acto justificado del particular o agente público. V. gr.: el caso del funcionario que en ejercicio de su derecho requiere el auxilio de la fuerza policial para ejecutar sentencias o mandatos judiciales que contienen lesiones a bienes jurídicos de terceros, el derecho a la defensa que vulnera la intimidad o la reputación, o el derecho de retención del que goza quien detenta la cosa si es que no se cumplen determinados presupuestos. También el uso reglamentario de las armas de fuego por la policía, etc. En todos estos ejemplos pueden producirse hechos típicos y antijurídicos, pero que resultan justificados por el Derecho, no así los excesos o actos cometidos al margen de la justificación jurídica.

El término «cargo» se entiende en sentido restrictivo para comprender a lo público (cargos públicos, empleos públicos o a ciertos cargos o empleos particulares reconocidos oficialmente).

El término «oficio», a diferencia de «cargo», es de significado abierto, para designar con él a toda actividad laboral habitual no oficial ni profesional.

Concluyendo en este punto, las lesiones, coerciones, restricciones o agravios producidos a bienes jurídicos de terceros en el contexto del ejercicio legítimo del cargo o empleo resultarán permitidos o justificados por el Derecho.

f. ***La obediencia debida*** (inciso 9 del artículo 20) es el obrar por orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones.

Rige la obediencia debida en los diversos niveles de la administración estatal en sentido amplio. La obediencia jerárquica en el ámbito militar tiene una naturaleza disciplinaria, es decir, institucional[127]. Resulta también aplicable en el ámbito laboral y empresarial.

Cabe la resistencia e incumplimiento frente a órdenes claramente antijurídicas o delictivas, no existiendo en tales casos un deber de obediencia, al igual que ante órdenes nulas o de imposible cumplimiento.

- Esta causal presupone relación de subordinación y dependencia entre los agentes públicos, siendo más estricta en el orden militar/policial que en el civil. Dicha causal se refiere a órdenes antijurídicas o con apariencia de legalidad que «deben» ser obedecidas, pues si la orden es jurídica, es decir, lícita, y en ese contexto se lesiona bienes jurídicos, regirá para quien la cumple la causal del cumplimiento del deber.

  El desobedecer la orden obligatoria implicaría incurrir en la tipicidad del artículo 368 del Código Penal. De todos modos, se produce un evidente conflicto entre quien sabe que se trata de órdenes antijurídicas (es decir, no conforme al ordenamiento jurídico nacional) que debe obedecer y su conciencia que se resiste a dar cumplimiento a las mismas; conflicto que puede atenuarse si la orden posee una tesitura de aparente legalidad. En suma, el cumplimento de órdenes antijurídicas, si bien se constituye en una causal de no antijuridicidad para el que las ejecuta, no exime de responsabilidad penal al funcionario o autoridad que dolosamente las dictó, considerándosele un autor mediato.

  La obediencia debida es una categorización discutible, tanto en su naturaleza jurídico-conceptual como en su ubicación analítica en la teoría negativa del delito, pues para algunos sectores debe ser estudiada en sede de causal de no culpabilidad; para otros, en sede de no tipicidad. El actual Código Penal español de 1995 la ha excluido de su regulación normativa de la Parte general; no obstante, algunos penalistas la consideran analizable en la causal del cumplimiento de un deber.

(127) Pese a lo cual, en el Derecho Penal militar comparado resulta inaceptable alegar obediencia jerárquica de órdenes antijurídicas, si es que ellas implican ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito (artículo 21 del Código Penal Militar español de 1985 vigente).

- Existen pautas establecidas a nivel de jurisprudencia y doctrina para racionalizar y hacer válida jurídicamente la obediencia debida como causal de justificación del hecho ilícito, de forma tal que no se convierta en obediencia ciega, de por sí inaceptable y sin poder de justificación.
- El deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene límites; quien actúa dentro de esos límites lo hace justificadamente, quien los rebasa no podrá invocar esta causal.
- La Constitución y la ley se encuentran por encima del mandato de autoridad o del contenido del reglamento.
- La orden deberá ser actuada en el contexto de las relaciones regulares entre el superior que ordena y el subordinado que cumple (efecto vinculante).
- La orden deberá hallarse formalizada, esto es, cumplir requisitos formales y ser expresa, con conocimiento del subordinado.
- El subordinado que cumple debe ser competente en razón a la función o empleo.
- Existe un deber ético discrecional de examinar la orden y de resistirla incluso si es evidente su antijuricidad o implica la comisión de delito.

g. ***El consentimiento*** (inciso 10 del artículo 20). Esta causal supone actuar con la autorización o el asentimiento válido del titular (persona natural o jurídica) de un bien jurídico de libre disposición. Consentir es aceptar de modo expreso o presunto que se afecte a un bien jurídico propio. Para que esto tenga efectos de justificación, el titular del bien debe estar en capacidad de consentir. Por lo mismo, no todos los bienes jurídicos que tutela el Derecho Penal son disponibles, es decir, a libre determinación o decisión del titular, como para permitir sean lesionados. Bienes como la integridad física (piénsese en las ligaduras de trompas o en la vasectomía, trasplante de órganos, lesiones deportivas, etc.), la libertad (en algunas de sus manifestaciones: enclaustramientos sacerdotales, encierros militares y policiales, prácticas sexuales entre mayores), la propiedad (los hurtos consentidos), el honor (injurias, difamaciones toleradas) y otros permiten al titular de los mismos la libre disposición con menor o mayor permisividad según sea la orientación político-criminal del Estado y la idea de persona y de

dignidad personal que el colectivo social posea. Existen, en cambio, otros bienes jurídicos que no son disponibles: la vida, la seguridad nacional, el medio ambiente, la asistencia familiar de los menores, etc. Por lo general, se reputan ***bienes disponibles*** los de naturaleza personal o personalísima; y ***no disponibles***, los bienes jurídicos colectivos, institucionales y estatales.

A nivel de la doctrina se han establecido algunos requisitos para darle eficacia al consentimiento, que son complementarios a los formulados legalmente: **a)** capacidad del sujeto pasivo o titular del bien para comprender la significación de su consentimiento; **b)** conocimiento informado de las consecuencias de su acto de consentir; **c)** el consentimiento debe ser anterior o simultáneo a la acción; **d)** no presencia de error, violencia o amenaza en su configuración, es decir, libertad para consentir; **e)** el sujeto activo deberá conocer el consentimiento dado o prestado por el afectado; **f)** que el ordenamiento jurídico reconozca a una persona dicha facultad para disponer determinados bienes jurídicos propios, considerándose que el consentimiento puede darse en forma verbal, por escrito o a través de actos concluyentes.

El bien jurídico «Administración Pública» –el mismo que comprende una serie de intereses y valores– es un bien no disponible, es decir, no es de libre decisión o determinación por el agente público, no es intercambiable ni por acuerdo o consentimiento del funcionario. Las relativas ocasiones en las que el Estado admite ser lesionado, principalmente en aspectos patrimoniales, no se conducen por la causal del *consentimiento*, sino del *estado de necesidad* que, como hemos visto, es otro de los permisos o autorizaciones que justifican la conducta antijurídica del agente.

El consentimiento es visto también como causa de atipicidad, es decir, otros sectores doctrinarios, lo ubican como causa de atipicidad y de no antijuridicidad.

4. Causas de inculpabilidad

De darse alguna de estas causales, el injusto penal no accederá al nivel de injusto culpable, no pudiendo el Estado (el juez) formular el juicio de reproche o culpabilidad. Por lo tanto, no existirá delito, no obstante que el hecho sea típico y antijurídico, cuando se presente:

a. Un estado de inimputabilidad. Este estado puede darse por minoría de edad (menor de 18 años), por anomalía síquica (psicosis,

esquizofrenia, paranoias, demencias seniles, etc.), por grave alteración de la conciencia (emoción violenta excusante, *delirium tremens*, estados paroxísticos invencibles) o por alteraciones en la percepción (alucinaciones visuales o auditivas desvinculadas de cuadros clínicos psicóticos o paranoicos). Se trata de situaciones anormales que tornan inculpable el comportamiento del agente, porque este, al momento de los hechos, actúo sin facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto.

b. ***El error de prohibición***. Se produce esta variedad de error cuando los actos del sujeto activo se producen en el conocimiento de que son lícitos sin serlo. El autor no conoce la prohibición del acto que realiza mediante su acción u omisión, es decir, que se halla prohibido por la ley penal. La fuente generadora de tal error puede surgir del hecho de que el sujeto desconozca la norma prohibitiva o que, conociéndola, la considere sin vigencia; también provenir de una interpretación equivocada de la norma o de la errónea apreciación sobre la existencia de una causal justificante de la antijuricidad del hecho que autoriza la acción. De comprobarse la existencia de este error (que tiene que ser insuperable por medios normales) no habrá responsabilidad penal. Así, el funcionario que sigue en el ejercicio del cargo con desconocimiento de que ha sido cesado o destituido actúa en error de prohibición.

c. ***La inexigibilidad del comportamiento conforme a Derecho***. Las regulaciones del Derecho Penal sobre los comportamientos humanos se basan en criterios de posibilidad física y de exigibilidad normativa. En efecto, el Derecho Penal está construido para seres normales que actúan con un mínimo de racionalidad que les permita ajustar sus conductas a lo regulado jurídicamente. En tal sentido, no se les podrá requerir que actúen heroicamente o hagan lo imposible para ajustar a Derecho sus actos, por cuanto los niveles de exigencia son generales y mínimos, capaces de ser cumplidos por cualquier persona en circunstancias objetivas y subjetivas promedio. Claro que, en el caso de funcionarios públicos y otros sujetos que cumplen un deber de garante, el sacrificio que se les pide es mayor.

La culpabilidad como juicio de reproche formulado por el Estado al sujeto activo se fundamenta en el hecho de que el comportamiento ajustado o conforme a Derecho (es decir, acatando lo dispuesto en la norma jurídica) y que se le exige a todo ciudadano sea posible en el contexto en que se produce y que obviamente dicho ciudadano

esté en capacidad de motivarse conforme a Derecho (que no sea un inimputable o que no se halle bajo coacción imposible de vencer). Si el agente tuvo posibilidad de actuar conforme a Derecho y pese a ello no lo hizo optando por infringir la norma penal, entonces –y solo entonces– será válido el reproche penal de culpabilidad.

No será exigible un comportamiento conforme a Derecho en situaciones extremas de ***miedo insuperable*** de un mal igual o mayor (artículo 20, inciso 7). Este miedo insuperable se entiende en función de las circunstancias concretas y condiciones particulares del agente. Pensemos en el caso del funcionario que hace abandono del cargo ante el temor de que el arma que le apunta termine con su vida o el caso del poblador que bajo amenaza de muerte da alojamiento a terroristas, etc. En ambos casos, el sujeto activo ha realizado un hecho antijurídico que no es culpable.

Igualmente, no será exigible un comportamiento conforme a Derecho cuando el sujeto actúe en estado de necesidad exculpante (llamado también disculpante).

d. El estado de necesidad exculpante. A diferencia del estado de necesidad justificante, que elimina la antijuricidad del hecho ilícito, aquí nos encontramos ante una causal que elimina la culpabilidad, pues el hecho es ya antijurídico.

Lo característico de esta causal de exculpación –que es un caso especial de inexigibilidad que se halla contemplado normativamente en el artículo 20, inciso 5– es que el hecho ilícito penal (típico y antijurídico) debe circunscribirse a lesionar determinados bienes de igual valía que los que se protege (en el estado de necesidad justificante –artículo 20, inciso 4– el bien jurídico que se afecta es de menor valor). El Código ha mencionado taxativamente tres bienes jurídicos cuya protección-vulneración permitirán hablar de esta causal: la vida, la integridad corporal y la libertad. Otra diferencia con el estado de necesidad justificante es que este permite actuar para proteger bienes jurídicos diversos de otras personas, no solo los propios o de muy allegados, como en el caso del estado de necesidad exculpante.

En definitiva, como ya el lector habrá advertido, esta causal no podrá ser invocada para eximir de culpabilidad en los delitos cometidos contra la Administración Pública, pues este bien jurídico no ingresa a la esfera de inclusión normativa hecha por el Código Penal en el citado inciso 4 del artículo 20.

VIII. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los tipos penales contenidos en los artículos 361 al 400 han sido construidos con base en el modelo de delito consumado. En otras palabras, los delitos representados a nivel típico se reputan consumados para efectos de la sanción correspondiente(128), ya sea que dicha consumación implique un resultado material o una simple actividad o inactividad. En tal sentido, las penas conminadas en cada artículo se aplican al delito consumado, no a sus fases imperfectas de tentativa. Esta última tiene su propio régimen punitivo señalado en el artículo 16 del Código Penal.

La tentativa comprende en lo fundamental tres modalidades: a) la inacabada; b) la acabada o delito frustrado; y c) el desistimiento, según que los actos practicados para consumar o perfeccionar el delito no hayan terminado; hayan concluido, pero no produzcan por causas diversas consumación del delito; o, no habiendo terminado, produzcan voluntariamente en el sujeto activo un apartamiento de la prosecución de sus actos de ilicitud penal, siempre y cuando en este último caso no se haya lesionado o puesto en peligro otros bienes jurídicos protegidos. La importancia de esta clasificación para el caso de la tentativa inacabada radica en la circunstancia de que la pena a aplicar será rebajada o exceptuada en el caso del desistimiento voluntario(129).

Es un tema arduo, por la construcción mayoritaria de los delitos en estudio sobre la base de tipos formales, el encontrar niveles de tentativa en cada uno de ellos. En todo caso, rige la regla general de que es posible la tentativa en todas las figuras penales que ofrezcan una progresión de actos tempo-espaciales en los actos ejecutivos del delito.

IX. CONCURSO DE DELITOS

Puede producirse mediante el comportamiento del sujeto activo la afectación de dos o más tipos penales. Así, el que ostentando públicamente distintivos de un cargo o función falsificados obligue a una autoridad, funcionario o servidor público a practicar un determinado acto funcional.

(128) Que un delito se encuentre consumado quiere decir que en el supuesto de hecho denunciado se han reunido todos los componentes (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) requeridos por el tipo penal. De faltar uno de ellos, existirá atipicidad. La consumación solo se produce a nivel típico.

(129) Al respecto, puede revisarse, ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, Grijley, 1997, pp. 306 y ss., 410 y ss.

Estaremos aquí ante la figura de un ***concurso ideal de delitos***, es decir, aquella situación jurídica especial en la que un mismo comportamiento imputable al mismo sujeto en unidad de tiempo y espacio vulnera varios tipos penales, produciéndose entonces un concurso de leyes que le serán aplicables al infractor (para el caso tomado como ejemplo, los artículos 362, 365 y 427, segundo párrafo).

Una segunda posibilidad es que el sujeto cometa distintamente en momentos separados diferentes delitos. Así, en el mismo caso, el que usurpa función pública (artículo 361), destruye registros destinados a servir de prueba (artículo 372), desobedezca o resista la orden de autoridad (artículo 368) o cause desorden en la sala de sesiones municipales (artículo 375). Estamos aquí ante lo que se denomina ***concurso real de delitos***, es decir, diferentes comportamientos que afectan diversos tipos penales. Puede ocurrir también que un funcionario público cometa peculado (artículo 387), daños (artículo 205) y estafa (artículo 196), situación en la que igualmente habrá concurso real de delitos. La pena a aplicar en el caso del concurso ideal será la del delito más grave, pudiéndose incrementar esta pena hasta en una cuarta parte; en el caso de concurso real se efectuará una acumulación aritmética de penas hasta un máximo legal posible de 35 años.

X. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El sistema de sanciones penales para los particulares que delinquen afectando el bien jurídico «Administración Pública» utiliza: **a)** *penas conjuntas*: privativa de libertad e inhabilitación (artículos 361, 364, 369 y 371 segundo párrafo); **b)** *penas alternativas*: privación de libertad o prestación de servicios comunitarios (artículos 362, 366, 370, 371, 372 segundo párrafo y 375); o **c)** *pena única* (artículos 363, 365, 367, 368 primer párrafo y 373). El nivel b) de penas es el aplicable a los hechos delictuosos de menor gravedad.

En lo concerniente a los delitos especiales, es decir, los cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración Pública, se hace uso de cuatro clases específicas de pena: **a)** privativa de libertad para todas las figuras penales, con excepción de la figura del artículo 381, que es castigado con pena de multa; **b)** multa (artículos 377, 381, 382, 384, 387, 388, 389, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401); **c)** prestación de servicios comunitarios de modo alternativo con la privativa de libertad (artículo 385) o de manera conjunta (artículo 387 cuarto párrafo); e **d)** inhabilitación de conformidad a los modos del artículo 36 y las escalas establecidas en el artículo 38 del Código Penal.

La aplicación de la pena difiere en los delitos especiales con relación a los cometidos por particulares, por cuanto los primeros son castigados de modo imperativo con la inhabilitación del artículo 39 del Código Penal, además de la sanción principal. De tal modo que las clases de pena a), b) y c) llevarán inhabilitación. Acertadamente, la reforma practicada al Código Penal por la Ley N° 28355 ha derogado las inhabilitaciones a título de «muerte civil» que se aplicaban al abogado (profesional particular que ejerce un servicio de necesidad pública) incurso en los delitos de cohecho activo y que se hallaban contempladas en el artículo 398 (que comprendía, entre otros efectos, la anulación de su inscripción en el libro de títulos de la Corte Superior de Justicia respectiva del Colegio de Abogados y la cancelación de su título de abogado).

Las *inhabilitaciones* –variedad de pena– aplicables a funcionarios y servidores públicos[130], se hallan actualmente reguladas de conformidad al artículo 426 en relación directa con los artículos 36 y 38 del Código Penal. Sistema legal de la pena de inhabilitación que ha modificado anteriores esquemas regulatorios. En efecto, señala el artículo 426 que los delitos previstos en los capítulos II y III del Título XVIII 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 con el artículo 38, con lo que no solo llena los espacios punitivos de algunos delitos de infracción de deberes funcionariales que específicamente no contemplan la pena de inhabilitación (por ejemplo, los artículos 376 a 381, que regulan los delitos de abuso de autoridad, o el artículo 385 de patrocinio indebido, los artículos 390, 391 y 392 del Código Penal), sino que ha producido una situación legal que varía radicalmente el modelo anterior, tornando inaplicable en la práctica los contenidos del artículo 38, que regula la pena accesoria de inhabilitación.

La reforma, si bien se entronca directamente con el artículo 36 –que es la norma matriz que fija un elenco de diversas interdicciones– tiene la particularidad de que ahora se referencia en el artículo 38 del Código Penal, relacionado a la pena genérica de inhabilitación principal, y no así con el artículo 39 de inhabilitación accesoria, lo cual rompe un diseño tradicionalmente reputado coherente con los delitos de infracción de deber, en tanto se establecía que la duración de dicha pena era la misma que la que correspondía a la pena principal de privación de libertad, impuesta al funcionario o servidor público. En efecto, en la Parte general del Código Penal, ahora

(130) Véase ROJAS VARGAS, Fidel: "Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 45, junio, Lima, 2002.

tanto el artículo 38 (inhabilitación principal) y el 39 (inhabilitación accesoria) se hallan regulando la pena de inhabilitación para los delitos funcionariales e incluso para determinados delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares (tráfico de influencias, artículo 400, y cohechos activos, artículos 397-398). Para complicar aún más la normativa sobre la pena de inhabilitación, la Ley 31178 (28/04/2021), ha ingresado la perpetuidad de dicha pena para las hipótesis agravadas de Colusión, Peculado doloso por apropiación/utilización y Malversación de fondos.

Por su parte, el artículo 36 ha visto incrementadas sus modalidades a un listado de 13 interdicciones, las que contienen, entre varias otras, la incapacidad para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en referencia a un listado de 17 ítems delictivos (terrorismo y apología del terrorismo; delitos de violación sexual, proxenetismo, pornografía infantil; trata de personas; tráfico ilícito de drogas; etc.), privación del derecho a residir en determinados lugares, entre otros. Manteniéndose las tradicionales inhabilitaciones de privación de la función, cargo o comisión; de grados militares o policiales, títulos honoríficos; incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo o empleo de carácter público.

Son ***consecuencias accesorias*** del delito, focalizadas principalmente en los delitos de corrupción, el decomiso y la pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal, lo que se especifica más con lo dispuesto por el artículo 401-B, que señala para el enriquecimiento ilícito que los bienes decomisados e incautados serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia para uso oficial del Poder Judicial o del Ministerio Público. En caso de dictarse sentencia condenatoria, dichos bienes serán adjudicados al Estado, y los que no sirvan para tal fin serán vendidos en subasta pública; de ser absolutorio el fallo, los bienes serán devueltos.

XI. PRESCRIPCIÓN

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

Lo señalado en el párrafo anterior rige para la pena privativa de libertad. Las otras clases de pena (la multa, la inhabilitación y la prestación de servicios a la comunidad) prescriben a los 2 años (artículo 80, quinto párrafo). Por lo común, en este tema se presentan algunos problemas de interpretación que deberán ser resueltos vía análisis-integración de las normas penales y los principios del Derecho orientadores del sistema penal peruano.

Existen dos circunstancias especiales que alteran sensiblemente los plazos de prescripción de la acción penal: **a) la prescripción atenuada,** si el autor tiene menos de 21 años o es mayor de 65 años, el plazo se reduce a la mitad (artículo 81); y **b) prescripción agravada,** 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 80, sexto y cuarto párrafo). Tal duplicación se entiende que opera en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado (peculado, colusión defraudatoria agravada) e imputables a los funcionarios o servidores públicos; es decir, delitos que protegen en tanto bien jurídico específico los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y en cuya comisión u omisión han intervenido dichos sujetos públicos. Quedan fuera de dicho contexto otros delitos que, afectando el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por él, no suponen autoría-coautoría sustentada en la infracción de deberes especiales (delitos tributarios, aduaneros, hurtos o estafas contra el Estado, etc.). Igualmente, la norma de agravación no alcanza a los restantes delitos de infracción de deber que, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico "Administración Pública", no comprometen intereses patrimoniales en tanto objeto jurídico específico de tutela.

La tendencia que se registra en el discurso de la lucha anticorrupción y que se aprecia en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es a un endurecimiento de los plazos de la prescripción, en el sentido de regular términos amplios. Al respecto, el artículo 29 de dicha carta internacional señala que: «Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su Derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia».

XII. LA JURISPRUDENCIA PERUANA

El vocablo *jurisprudencia* mantiene en la actualidad diversos usos lingüísticos que considero necesario exponer antes de efectuar un ligero

comentario sobre la jurisprudencia peruana. Así, una de sus primeras acepciones es la de *ciencia del Derecho*, significación de origen romanista que, no obstante haber caído en desuso ante su evidente falta de rigor, se sigue utilizando en el Derecho europeo, principalmente inglés. El término *jurisprudencia* también es empleado inadecuadamente como sinónimo de *ejecutorias supremas* y/o de las resoluciones sustanciales de los tribunales. Finalmente, es considerada como línea de orientación doctrinaria, con distinta fuerza, realizada por los jueces de un país determinado.

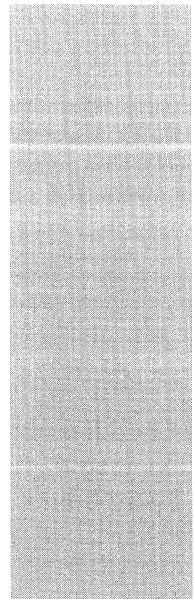
Es la última de las acepciones señaladas la que ha ganado consenso en los círculos doctrinarios y en la comunidad científico-jurídica. De tal forma que la jurisprudencia estudiada en sus dos contenidos semánticos contemporáneos básicos, como expresión creadora de Derecho surgido de la praxis jurídica y como construcciones teóricas uniformes y sistemáticas que guían, ya de modo obligatorio (vinculante) o sugerido (observante), la labor práctica de los jueces es el paradigma dominante en el Derecho anglosajón y norteamericano, y que se va imponiendo en el Derecho romanista-germano europeo continental (Alemania, Italia, Francia, Suiza, España, etc.), del cual somos tributarios los países latinos en materia de Derecho positivo y doctrinario.

Es usual, a veces, identificar el concepto ***"ejecutoria"*** con el de ***"jurisprudencia"***, lo cual es incorrecto, pues si bien ambos términos tienen relaciones evidentes, no se confunden entre sí. *Ejecutoria* es la decisión en materia jurídico-práctica que da el órgano jurisdiccional (en nuestro país, la Corte Suprema de la República) o la que dan los tribunales o salas jurisdiccionales (salas penales, civiles, constitucionales, laborales, etc.) cuando resuelven en última instancia. Así, se puede decir correctamente: «la Ejecutoria Suprema civil de fecha (...)» o «la Ejecutoria Superior penal de fecha (...)». La ejecutoria tiene así un contenido material, concreto, objetivable. La jurisprudencia, en cambio, en cuanto línea doctrinaria de orientación, es elaboración intelectual judicial que se halla en un conjunto de ejecutorias o sentencias de casación que han sentado homogéneamente la posición doctrinaria del órgano jurisdiccional (o judicial) sobre un tema o aspecto de la realidad jurídica. Las ejecutorias son las piezas jurídicas que van a contener decisiones judiciales, pero también (aunque ello no va a ser siempre así) orientaciones jurisprudenciales, las mismas que pueden variar o ser mejoradas ulteriormente. En suma, *ejecutoria* es el documento que decide en última instancia, en tanto que la *jurisprudencia* es el contenido orientador y doctrinario que puede estar presente en un grupo homogéneo de ejecutorias y sentencias de casación.

La jurisprudencia de la Salas Penales de la Corte Suprema se ha visto ostensiblemente enriquecida en estas últimas décadas, tanto a través de ya numerosos acuerdos plenarios como mediante sentencias plenarias y de casación que han abordado una amplia gama de temas y cuestiones problemáticas de la justicia penal en sus apartados sustantivos y procesales, fundamentalmente. Proceso de enriquecimiento que se ha fortalecido además con las referencias y citas de la jurisprudencia penal española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros centros comparados de doctrina. No obstante, son numerosos aún los tópicos y problemas por abordar y en otros casos por ahondar en el análisis a fin de dotar a la jurisprudencia penal y procesal nacional de altas cuotas de rigor académico y práctico, y poder situarla en el mercado optimizado de la argumentación jurídica.

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS



TÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

SUMARIO: I. Notas breves de historia. **II.** Funcionario público: características. **III.** Concepto administrativo de funcionario público: 1. Definiciones legales y jurisprudenciales. 2. Requisitos. **IV.** Concepto penal de funcionario público. **V.** Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público en la Convención Interamericana contra la Corrupción. **VI.** Concepto estricto, amplio, residual y particularizado de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. **VII.** El funcionario de hecho: la debatible tendencia orientada hacia una noción material de funcionario público. **VIII.** Los sujetos públicos y los deberes de garante. **IX.** Deberes éticos y administrativos de los funcionarios y servidores públicos. **X.** El artículo 425 del Código Penal peruano de 1991: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. **XI.** Delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) o de organización, y delitos especiales y/o de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). **XII.** *Excursus* sobre los delitos de infracción de deber. **XIII.** El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

I. NOTAS BREVES DE HISTORIA

La historia del funcionariado público ha significado una constante y progresiva tendencia por afirmar su personalidad jurídica, estatus y privilegios. Historia que se configura modernamente a fines del siglo XVIII y

consolida en los países de la Europa occidental durante todo el siglo XIX[131], lo que implicó pasar de una Administración Pública al servicio del rey o de los príncipes feudales (siglos XV al XVIII) a otra a servicio del Estado (y, más contemporánea y democráticamente, al servicio de la Nación o Naciones). Largo proceso de transformación fundado en un despliegue de acontecimientos económicos y políticos, que dieron sustento al cambio de estructuras sociales y superestructuras jurídicas (dentro de estas las administrativas), y en los que la *Revolución* Francesa jugó un papel de primer orden al introducir el principio de la sumisión de las Administraciones y, por lo mismo, de la actividad de los funcionarios públicos a la ley, a diferencia de lo que sucedió con anterioridad, en que la sumisión era debida al monarca o a los señores feudales, con lo que se inicia propiamente la historia moderna del funcionariado, en la que, como bien precisa BAENA DEL ALCÁZAR, la obediencia a la idea del Estado y no a una persona física concreta sitúa en una posición de independencia relativa a los funcionarios[132].

El surgimiento de los Estados liberales[133], proceso que empieza a perfilarse luego de las revoluciones inglesa (de 1648 y 1688), norteamericana (1776) y francesa (1789-1799), y se consolida en el siglo XIX, con la progresiva creación de los Estados de Derecho y la universalización en el mundo occidental del principio de legalidad, lo que significó la concreción de los postulados liberales que exigieron desconcentración del poder y su sometimiento a pesos y contrapesos, controles y filtros, en suma, la sujeción del

(131) El caso de Inglaterra, dada su característica insular y la evolución de sus prácticas políticas parlamentarias, es singular. Contrastando con los avances producidos en la Europa continental, Inglaterra no tuvo un funcionariado integrado y centralizado bajo control estatal. Con palabras de Fernando VALLESPIN: «Fuera de la armada, que servía de escudo protector frente a enemigos externos, Inglaterra carecía de un ejército permanente y de una Administración centralizada con funcionarios profesionalizados y remunerados. Para la realización de funciones públicas claves, como la recaudación de impuestos aprobados por el Parlamento, supervisar y hacer ejecutar numerosas leyes y estatutos, alistar a la milicia, etc., el Rey dependía de los condados rurales, de un conjunto de servicios no remunerados de los nobles y de las figuras más relevantes de la *gentry* o nobleza menor, y en las ciudades de determinados ciudadanos de prestigio (VALLESPIN, Fernando, «El Estado liberal», en DEL ÁGUILA, Rafael (Dir.): *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997, p. 54). La modernización de las estructuras burocráticas de Inglaterra recién se producirá a mediados del siglo XIX, al respecto: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, segunda edición, Madrid, Tecnos, 1997, p. 33.

(132) BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de Ciencia de la Administración*, cit., p. 100. Véase también BOQUERA OLIVER, José María: *Derecho Administrativo*, novena edición, Madrid, Civitas, 1992, p. 31 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit.

(133) Max WEBER llega a decir que «solo Europa ha conocido el Estado estamentario (...). También el Occidente es el único que ha conocido el Estado como organización política, con una Constitución racionalmente establecida, con un Derecho racionalmente estatuido y una administración por funcionarios especializados guiada por reglas racionales positivas: las leyes; fuera de occidente todo esto se ha conocido de modo rudimentario» (WEBER, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Sarpe, 1984, p. 26.

poder a la ley. Expresión de racionalidad legal capitalista formulada, entre otros, por John Locke, el barón de Montesquieu, John Stuart Mill, Jeremy Bentham, Rousseau y otros[134], y que implicara división de poderes, separación entre Estado e Iglesia, partidos políticos, sistemas representativos de elección de los gobernantes, gestación de los derechos humanos, defensa de la propiedad y la libertad, surgimiento del Derecho codificado, etc., y que se constituyó en el escenario más propicio para la creación y consolidación de los cuerpos profesionales y tecnificados de funcionarios que reemplazaron las adocenadas redes de cortesanos y palaciegos de la administración aristocrática feudal. Fue así imponiéndose progresivamente el sistema del mérito a través del concurso o la convocatoria, como factores de incorporación. El funcionariado desde entonces, en tanto burocracia racional constitucional y legalmente configurada, jugaría un papel determinante en la Administración Pública, al ser la parte activa que concretará con mayor o menor éxito los fines del Estado para con los ciudadanos.

La consolidación de la burguesía como clase social dominante en el siglo XIX y hegemónica en el siglo XX, en tanto portavoz del sistema económico-político capitalista y gestor del Estado moderno, determinó el surgimiento de una nueva tipología de funcionarios, distinta a la de los consejeros medievales y agentes territoriales, que ocuparon las funciones de gestión de la hacienda, justicia, la representación diplomática y las distintas secretarías (hoy ministerios) que se formaron con el surgimiento de los Estados. La abundante labor legisladora de principios de siglo XIX, que sentó las bases de los Estados modernos, contribuyó notablemente a darle un perfil jurídico propio al funcionariado y a dotarle de cierta estabilidad, y, lo que es más importante, eliminó la práctica común de la «venta de oficios», por la cual en los siglos precedentes (periodo preliberal) fueron sometidos a precio los cargos públicos, práctica bastante acentuada en la magistratura de los Tribunales de Justicia y los puestos de confianza política; e incluso, dependiendo de la cuantía del pago, a la calidad heredable del cargo. Las formas de acceso a la Administración Pública del monarca absoluto, por nobleza de origen, conveniencias político-militares o por compra del puesto fueron desplazadas en una buena proporción por criterios de mérito profesional o técnico, tendencia muy a tono con las exigencias del capitalismo para cubrir los espacios de la Administración Pública bajo estándares distintos a los del régimen feudal ya decadente, sin que ello

(134) Al respecto, es útil para comprender este proceso la lectura de las siguientes obras: *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (LOCKE), *El espíritu de las leyes* (MONTESQUIEU), *Sobre la libertad* (John Stuart MILL), *Fragmento sobre el gobierno* (BENTHAM).

implique necesariamente que el favoritismo haya de desaparecer con los nuevos requerimientos planteados por el orden económico social capitalista.

La evolución de la Administración Pública francesa, paradigma europeo en esta materia (que seguirán España y otros países), bajo el influjo de las ideas y conceptos del iluminismo burgués (principios de libertad, legalidad e igualdad), luego de la revolución de 1789 y el declive de los servicios públicos asumidos por la Iglesia, demarcaría el giro racionalizador que permitirá (avanzado ya el siglo XIX) constituir, en términos generales, cohesionados cuerpos de funcionarios públicos profesionalizados que se extienden a todas las reparticiones públicas, que hacen carrera y que perciben sus emolumentos del Estado, no ya de los interesados, alejados de los avatares de los cambios de regímenes partidarios, provistos de estatutos que fijan reglas previsibles de actuación, que ven incrementados su número y poder; factores todos que los convierten en importantes cuerpos burocráticos que se van separando de la ciudadanía y a la vez del control directo del poder político. Funcionarios públicos diferenciados en niveles con mayor o menor poder y capacidad de decisión, con mayores o menores prerrogativas, que forman la maquinaria administrativa del Estado en sentido amplio, en la que la movilidad horizontal y vertical posibilita ascender en la escala piramidal (carrera administrativa) con base en una serie de condiciones, en las que el mérito y el profesionalismo se codean y a veces se imponen ante la influencia y la condición económico-social, deficiencia de incorporación esta última bien marcada en América Latina.

La historia del funcionario público, como es lógico admitir, marcha paralela a la de la función pública, la que es entendida –a partir del pensamiento ilustrado– en tanto atribuciones separadas y a cargo de órganos públicos distintos, que aseguran de dicho modo una división de poderes en contraposición a la concentración de los mismos, propia de los sistemas absolutistas feudales. La función pública se diversifica y crece cada vez más con el desarrollo del Estado y la democratización de la política; es regulada con mayor precisión a efectos de evitar el predominio de la discrecionalidad; posteriormente y de forma progresiva las leyes que regulan la actividad administrativa empiezan a establecer principios y garantías que vinculan la actividad funcional como aseguran los servicios públicos y los derechos del ciudadano en su relación con la maquinaria burocrática; se garantiza la continuidad de las funciones y la prestación de los servicio públicos; para, finalmente, ser constitucionalizada consignándose expresamente las características de la vinculación del funcionario con la Administración Pública, sus deberes y obligaciones, así como los alcances de la función pública. Reflejo de esta última nota característica del estado actual de la función pública y del funcionariado se aprecia en las Constituciones

italiana de 1947 y española de 1978[135], en parte también la Ley Fundamental alemana de 1948 y también ulteriormente en las Constituciones de Colombia, Perú y otros países.

La creación y consolidación de sólidos y profesionalizados cuerpos de funcionarios (destacándose en esta línea Alemania y Francia)[136] ha generado en los países de Europa –también en los de América Latina y otras

(135) Constitución de España de 1978
Artículo 103.1: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
Artículo 103.3: La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.
Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
18 a. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

(136) La Administración Pública francesa durante el gobierno de Napoleón Bonaparte incorpora el denominado «régimen de carrera de sistema cerrado», por el cual el funcionario público ingresa a un determinado sector de la Administración con base en un procedimiento de selección fundado en el mérito y en el que podrá hacer movilidad vertical hasta acceder a determinados y mayores puestos dependiendo de una serie de factores, pero no podrá pasar a otro cuerpo organizativo o Sector Público distinto, salvo que participe en un nuevo proceso selectivo. El mérito de la administración francesa centralizada y jerarquizada radica, como bien indica SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho de la función pública*, cit., p. 28), en instituciones estables, permanentes y duraderas, situadas al margen de las luchas políticas (...), se acierta en crear un ejército de funcionarios identificados con el Estado. El funcionario se considera no como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio. En consecuencia, el funcionario debe reunir la capacidad y el mérito necesarios para desempeñar eficazmente sus responsabilidades, debe ejercer sus funciones con carácter vitalicio, debe tener un estatuto especial que garantice su autoridad, su independencia y el prestigio del Estado al que encarna. Este exige del funcionario lealtad, dedicación y disciplina (...) Le ofrece a cambio una profesión honrosa, una retribución adecuada, la formación cualificada que precise, unas expectativas ciertas de carrera por antigüedad y por mérito y la garantía de la inamovilidad.
En el caso de la Administración Pública alemana, destacan la disciplina y el sentido del deber que histórica y tradicionalmente han definido las notas características del funcionario alemán, en la perspectiva de la teoría de las «relaciones especiales de sujeción», por la cual el funcionario, en virtud de su ingreso al servicio, faculta al Estado para imponerle vinculaciones jerárquicas y disciplinarias necesarias para mantener la eficacia de la maquinaria administrativa e incluso supone un marco de libertad restringida en razón a lo cual una parte de sus derechos fundamentales quedan subordinados a las necesidades del servicio; teoría que se ha visto relativizada con la entrada en vigencia de la Constitución alemana de 1949. Actualmente, la Ley Fundamental alemana en su artículo 33.2 señala que: «Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su aptitud, su cualificación y su capacidad profesional». Sobre las características del funcionariado alemán véase ampliamente GUY PETERS, B.: *La política de la burocracia*, cit.

latitudes, solo que en estas regiones con apreciables anomalías y tergiversaciones– el fenómeno de la **burocracia estatal**, en tanto estructuras jerárquicas piramidales, legalizadas e impersonales que acumulan estratificadamente poder y que se hallan destinadas a servir a la ciudadanos en el marco de aplicación de los fines del Estado(137).

La **burocracia**, que sustituyó a los antitécnicos, difusos e ideologizados cuerpos de funcionarios preliberales del denominado antiguo régimen ha constituido una necesidad para el sistema capitalista (también existió burocracia en sistemas no capitalistas, solo que con otras características históricas) para organizar y hacer funcionar optimizadamente cuerpos grandes de Administración Pública o privada, implicando una serie de ventajas en relación con otras formas de organización de la Administración (colegiada, cortesana, honorífica, etc., o de otras más contemporáneas que enfatizan la participación ciudadana o la renovación constante de los cuadros administrativos), ya que, con palabras de Max WEBER, la precisión, rapidez, certeza, estricta subordinación, reducción de fricciones y de costes materiales y personales alcanzan su punto óptimo en la organización estrictamente burocrática (...). La burocratización ofrece sobre todo la posibilidad óptima de poner en práctica el principio de especializar las funciones administrativas de acuerdo con consideraciones puramente objetivas (...). La resolución objetiva de los asuntos supone primordialmente una resolución de acuerdo con normas calculables y *sin consideración por las personas*(138). La burocratización que ha cubierto, en su inmensa mayoría, los sectores públicos de las sociedades modernas se presenta así como un proceso que, una vez implantado, genera una nueva realidad cultural que intermedia entre el ciudadano y el Estado, y que puede ser objeto de anomalías y perversiones que degeneran las finalidades que legitimaron socialmente su existencia a un punto tal que comúnmente se llegue a identificar burocracia estatal con sinónimo de lentitud, ineficiencia y actitud abusiva del funcionario público.

(137) Max WEBER analizó en varios de sus trabajos el tema de la «burocracia», la que por igual se presenta en el Sector Público como en las corporaciones privadas. Ver de dicho autor *Ensayos de sociología contemporánea*, México, Origen Planeta, 1986, p. 167 y ss.

(138) WEBER: *Ensayos de sociología contemporánea*, cit., p. 191. Cuando se halla plenamente desarrollada, la burocracia también se rige, en un sentido específico, por el principio de *sine ira ac studio*. Su naturaleza específica, bien acogida por el capitalismo, se desarrolla con mayor perfección cuanto más se «deshumanice» la burocracia, cuanto más completamente logre eliminar de los asuntos oficiales el amor, el odio y todos los elementos personales, irracionales y emocionales que eluden todo cálculo (...). Cuanto más se complica y especializa la cultura moderna, tanto mayor es la necesidad de un experto personalmente indiferente y rigurosamente objetivo, para su aparato sustentador externo, en vez del maestro de estructuras sociales más antiguas, el cual se dejaba influir por la simpatía personal y el favor, la gracia y la gratitud (p. 194).

Burocracias estatales profesionalizadas integradas por funcionarios y servidores públicos que abonan a su favor características tales como la división racional del trabajo, jerarquización, legalidad, impersonalidad (que supone trato justo, objetivo e imparcial), calificaciones técnicas para el progreso interno y demarcación clara entre la esfera pública y oficial, y la esfera privada del funcionario[139]. En su lado negativo, usualmente presentan disfuncionalidades[140] o **anomalías de funcionamiento** –apreciables en todas sus graves consecuencias en la mayor parte de países latinoamericanos y en otras regiones de escaso desarrollo industrial–, referidas a la *rutinarización*, la que, en tanto generalización de decisiones frente a conductas estandarizadas sujetas a los reglamentos, les impide ver lo singular o excepcional de cada caso, lo que lleva a que se apliquen políticas o decisiones –eficaces en determinados contextos– que se tornan ineficaces o dañinos en otros; a las notorias *limitaciones e incapacidad para responder al cambio* de forma inmediata, al hallarse configuradas conforme a reglas y reglamentos estáticos que deben esperar la respectiva modificación o reajuste legal; a la *gestión y promoción interna de la unidad organizativa* (en la que se hallan incorporados) a la que dedican más tiempo y energías que a las funciones y servicios públicos, con la consiguiente protección y defensa de sus cargos y puestos (*esprit de corps*), con lógico detrimento de sus finalidades sociales; al *crecimiento desbordante e infuncional*, anomalía muy común en épocas poselectorales, en las que los órganos de la Administración Pública se ramifican y captan a veces innecesariamente más empleados o simulan cargas mayores de trabajo, o son obligados a absorber a la clientela de los políticos que acceden al poder, lo que trae consigo una serie de problemas colaterales de favoritismo, nepotismo y

(139) Resumen de las características del modelo de burocracia estudiado por WEBER, ver GELLES, Richard y LEVINE, Ann: *Introducción a la sociología*, quinta edición, México, McGraw Hill, 1996, p. 197.

(140) En esto se sigue a GELLES y LEVINE: *Introducción a la sociología*, cit., pp. 206 y 207. Robert C. FRIED, en el trabajo «Administración Pública comparada: la búsqueda de teorías», en LYNN, Naomi B. y WILDAVSKY, Aarón: *Administración Pública. El estado actual de la disciplina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 417, nos ofrece un interesante y didáctico cuadro de «Contraste de las **burocracias ricas y pobres**», en el que las primeras se caracterizan por ser racionales, disciplinadas jerárquicamente, costosamente adiestradas y especializadas, con división racional del trabajo, eficientes, productivas, a tiempo completo, escasa burocracia, reclutamiento y ascenso por méritos, reglas legalistas y racionales, ricas en equipo y avanzadas en tecnología, orientadas hacia la planeación, honestas, bien pagadas, orientadas a la realimentación, formar parte de un Sector Público grande. En cambio, las segundas (las burocracias pobres) son irracionales, no racionales, mal disciplinadas/fanáticamente disciplinadas, menos calificadas y especializadas, irracional división del trabajo, ineficientes, improductivas, a tiempo parcial, excesiva burocracia, reclutamiento clientelista; toma de decisiones formalista, arbitraria, caracterizada por el papeleo; pobres en equipo y tecnología, desorganizadas, corruptas, mal pagadas, sin realimentación, parte de un Sector Público pequeño.

trabajo superfluo; finalmente, la tendencia a la *despersonalización despótica*, por la cual la objetividad e imparcialidad con la que deben seguirse y decidirse las aplicaciones funcionales, los servicios públicos y la solución de casos se hallan absolutamente desprovistos de criterios de equidad y justicia. Anomalías que se tornan irremediables cuando la incapacidad de criterio del funcionario, la cosificación rutinaria, la personalidad alterada o la venalidad del mismo, o, en otro plano, su autoritarismo y carácter despótico, son ingredientes que tiñen negativamente su ámbito de atribuciones.

En la actualidad, dependiendo de la naturaleza del Estado (liberal de Derecho, social-democrático, autoritario formalmente de Derecho, totalitario-policíaco), el estatus jurídico del funcionario, vale decir la naturaleza y formas de vinculación con la Administración Pública, sus deberes y derechos, atribuciones, prerrogativas y limitaciones se configurarán de modo distinto con dependencia del régimen jurídico constitucional de que se trate. Las sociedades europeas de Estado social (Holanda, Dinamarca, Inglaterra, Alemania, Francia, Suecia, Suiza, en parte España) se hallan, por lo general, dotadas de un sólido, profesional y especializado funcionariado, situación que contrasta con la región latinoamericana. En el caso peruano, el funcionariado adolece de serias diferencias tanto a nivel de estabilidad, autonomía funcional y delimitación de competencias como de investiduras y profesionalización(141). No obstante, en lo formal, la constitucionalización de la función pública y del funcionario tiene en los artículos 39 y 40 de la Constitución Política el respectivo refrendo del más alto valor normativo(142).

(141) Al respecto, para una evaluación histórico-comparativa del funcionariado, *vid.* MAYNTZ, Renata: *Sociología de la Administración Pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 147 y ss.

(142) Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía, y en ese orden, los representantes al Congreso, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes de acuerdo a ley.
Artículo 40. La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.
No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

II. FUNCIONARIO PÚBLICO: CARACTERÍSTICAS

Tanto en el ámbito administrativo como en el jurídico penal, y también, por cierto, en la normativa constitucional, el concepto, alcances y límites, las clases y características de la locución «funcionario público» es diverso y debatible, además de problemático; diversidad y calidad opinable que tiene su raíz en las dificultades que se aprecian en el marco legal de cada país para dar con un concepto o definición que cierre el contenido y que a su vez cubra incorporaciones producidas por las necesidades internas de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, en un contexto en el que lo público ofrece a la mirada del analista y del ciudadano común un incesante resquebrajamiento en materia de funciones, varias de las cuales han sido asignadas al ámbito particular o privado, pero en contraparte muestra un fortalecimiento subjetivo, sobre todo en las valoraciones jurídicas efectuadas en lo penal en función de sus fines, al incorporar o equiparar bajo ciertos requisitos a sujetos particulares. Los ordenamientos jurídicos nacionales son en este punto una prueba del particularismo que reina en materia de definición en cuanto al funcionario público y a su discriminación o similitud de uso y significación en relación con los servidores o empleados públicos.

Esquema diverso (en ocasiones desordenado[143]) y constatable de particularismos que se observa en el ordenamiento interno de muchos países,

(143) La Constitución Política del Perú vigente desde 1993 emplea los términos «funcionario», «servidor», trabajador público, sin efectuar precisiones o fijar las pautas que permitan concederle a cada término una significación propia. El artículo 386 del **Código Penal portugués** utiliza una técnica legislativa enunciativa y sumamente amplia de a quiénes considera funcionario para efectos de la ley penal, que comprende, entre varios: el funcionario civil, el agente administrativo, los árbitros, jurados y peritos; quien de manera provisional o temporal, mediante remuneración o a título gratuito voluntaria u obligatoriamente desempeña o participa en el desempeño de una actividad comprendida en la función pública, administrativa o jurisdiccional, o desempeña funciones en organismos de utilidad pública; son equiparados a funcionarios los gestores, titulares de órganos de fiscalización y trabajadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitales públicos o con participación mayoritaria de capital público y de empresas concesionarias de servicios públicos. Son equiparados a funcionario para efectos penales: a) los magistrados, funcionarios, agentes de organismos de Derecho Internacional público; b) los funcionarios nacionales de otro Estado, cuando la infracción ha sido cometida total o parcialmente en territorio portugués; c) los magistrados y funcionarios de organismos internacionales, desde que Portugal declare aceptar la competencia de dichos tribunales; d) todos los que ejercen funciones en el ámbito de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos; e) los jurados y árbitros nacionales de otros Estados, cuando la infracción ha sido cometida total o parcialmente en territorio portugués. El **artículo 11 (definiciones) del Código Penal alemán** considera: "2. Titular de la función pública, quien de acuerdo al Derecho alemán, a) sea funcionario o juez, b) se encuentre en una relación de Derecho público, o c) sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración Pública; 3. Juez: Quien, de acuerdo al Derecho alemán, lo sea por profesión o por título honorífico; 4. Los especialmente obligados por razón del servicio público: Quien, sin

en el cual incluso coexisten formulaciones propias para los ámbitos administrativo, civil, penal y político de conformidad a las finalidades de cada área jurídica. Situación de fragmentación que ha tratado de ser superada por la normativa jurídica internacional que últimamente se ha ocupado con especial énfasis de la lucha contra los delitos funcionales, en especial la corrupción y el manejo de fondos públicos, al formularse conceptos conglobantes y vinculantes, no obstante que en este esfuerzo se aprecie que las cartas internacionales terminan cediendo a las excepciones particulares o dejan en manos de los Estados miembros la decisión de regulaciones específicas. Así, a modo de ejemplos, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, marzo de 1996) hace empleo de una nomenclatura de alcances abiertos bajo la frase «funcionario público», a efectos de unificación de conceptos y términos: «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. En cambio, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha Contra los Actos de Corrupción (26 de mayo de 1997) diferencia entre funcionario comunitario y funcionario nacional, así como permite distinciones entre funcionario y empleado público, o por lo menos en este último extremo deja a los Estados miembros adoptarlas de acuerdo a su normativa interna, pero se ve obligado a aceptar particularismos al efectuar asimilaciones teniendo en cuenta las especiales configuraciones de cada país[144]. Por su lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción zanjada en México (noviembre del 2003), en un mayor intento

---

ser titular de la función pública, a) en su papel de autoridad o puesto especial reciba los encargos de la Administración Pública, o b) como un grupo o comisión especial, establecimientos o empresas que ejecutan tareas de la Administración Pública para una autoridad o para un puesto especial, se ocupe o esté obligado formalmente por una ley al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones". El **artículo 77 del Código Penal argentino** anota: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', se designa a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

(144) Artículo 1. Definiciones:
A los efectos del presente convenio se entenderá por:
a) «Funcionario»: todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro;
b) «Funcionario comunitario»:
- Toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las comunidades europeas.
- Toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ella funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos en la medida que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades

de conceptualización, ha admitido tanto la tesis conglobante como la particularista, al formular en el primer caso una noción estricta y amplia de funcionario público, como singular, en el segundo caso, de acuerdo a las definiciones del Derecho interno del Estado parte[145]. Convención que ha incluido igualmente figuras más comprensivas de funcionario mediante las nociones de "funcionario público extranjero" y "funcionario de una organización internacional", conceptos normativos más a tono con los delitos de corrupción transnacionalizada.

En suma, se ha afirmado en varios países y Códigos Penales (Italia, España, Alemania, Portugal, Chile, Perú, por tomar una muestra destacable) toda una tendencia hacia la flexibilización del concepto funcionario público en detrimento de los aspectos formales del mismo, enfatizando sus componentes materiales de participación o ejercicio de actos de función o servicio, con una mínima base de vinculación formal, ya no por la vía de los títulos válidos, sino por contrataciones, delegaciones, encargaturas, participaciones, etc., lo que ha posibilitado sostener que el Derecho Penal trabaja con un concepto autónomo de funcionario público que, tomando partida en el Derecho Administrativo; sin embargo, no se circunscribe a él, dada la finalidad de la materia penal. En tal orientación, por ejemplo, NAVARRO CARDOSO anota que la principal razón por la que se maneja en sede penal un concepto distinto al propio de la sede administrativa es porque entre ambas hay esa sustancial diferencia funcional: el Derecho Administrativo

Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable;

c) «Funcionario nacional»: el «funcionario» o el «empleado público» tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho Penal de dicho Estado miembro.
No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, este solo deberá aplicar la definición de «funcionario nacional» en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional (Convenio del 26 de mayo de 1997, Relativo a la Lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea).

(145) Artículo 2. Definiciones: 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.

en este ámbito persigue ordenar todo lo relacionado con el acceso y permanencia en la función pública, mientras que el Derecho Penal se limita a tutelar el interés público que puede ser lesionado o puesto en peligro por conductas de quienes participan en el ejercicio de aquella(146).

La **jurisprudencia penal española** ha considerado sobre la noción funcionario que: El concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual *se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata, por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo (STS N° 186/2012, del 14 de marzo). En lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión ni aun la temporalidad o permanencia (STS del 4 de diciembre de 2001); y es que el factor que colorea la definición de funcionario es la participación en funciones públicas. De ella se deriva que a los efectos penales tan funcionario público es el titular o de carrera como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho Administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitiva ni por tanto de permanencia (STS N° 252/2005, del 22 de mayo).

Destaca en el contexto legislativo penal el artículo 386 del **Código Penal portugués,** que efectúa una amplia enumeración de funcionarios y de circunstancias que ingresan en el concepto penal de funcionario público, así como a quienes considera funcionarios equiparados(147).

(146) Navarro Cardoso, Fernando: *El cohecho en consideración al cargo o función*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 42.

(147) "El funcionario civil, el agente administrativo, los árbitros, jurados y peritos; quien de modo provisional o temporal, mediante remuneración o a título gratuito, voluntaria u obligatoriamente, desempeña o participa de una actividad comprendida en la función pública administrativa o jurisdiccional o en organismos de utilidad pública; los funcionarios equiparados como gestores, titulares de órganos de fiscalización, trabajadores de empresas públicas, nacionalizadas, con capital público o con participación mayoritaria de capital público y también de empresas concesionarias de servicios públicos". Para la legislación penal portuguesa, son funcionarios equiparados para los efectos de los delitos de tráfico de influencias y de corrupción: los magistrados, funcionarios, agentes de organizaciones de Derecho Internacional Público, independiente de su nacionalidad o

El concepto *«funcionario»*, pese a tener una significación amplia, designa –con palabras de MESSNER– a toda persona que de manera profesional desempeña una función en la que se defienden o representan intereses colectivos, ya sean de orden público o privado[148]. Obviamente, que esta noción es insuficiente para dar cuenta del significado de dicho término jurídico, el modo profesional de desempeño no siempre es una condición de existencia del funcionario, por lo menos en su origen o acceso a la Administración. MARTÍNEZ MARÍN, tomando como punto de partida la legislación administrativa española (Estatuto del Personal de las Cortes Generales del 23 de junio de 1983), ofrece la siguiente definición para el sistema de carrera o cerrado de función pública: «Funcionario es aquella persona vinculada a la Administración con una relación jurídica estatutaria de servicio profesional, permanente y retribuida presupuestariamente, posibilitada de hacer una carrera administrativa y regulada por el Derecho Administrativo»[149]. Como es evidente, con esta noción se cubre solo un sector, importante y vasto, por cierto, del funcionariado sin que la misma llegue a agotar o comprender su totalidad. En realidad, se ha señalado que ofrecer un concepto sobre funcionario público que convoque consenso es un asunto destinado al fracaso[150], dada la diversa concepción reinante en los ordenamientos jurídicos nacionales (pesimismo que, sin embargo, parece que empieza a superarse con las definiciones ofrecidas por los organismos internacionales, que buscan una noción lo suficientemente comprensiva que satisfaga tanto en lo legal, la doctrina, la legislación y el discurso analítico). El problema mayor reside en el hecho de que estamos ante un elemento normativo que solo encuentra real y legalizada configuración en función de lo que se establezca con menor o mayor aproximación en las normas legales de cada ordenamiento, lo que complica la tarea de conceptualización unificadora. Sin embargo, lo que sí se puede hacer es establecer una serie de notas saltantes que caracterizan a dicho elemento normativo y que le pueden permitir al intérprete (juez, fiscal, abogado, profesor de Derecho, legislador, etc.) obtener un manejo previsible y cognitivo de dicha locución. En tal empeño, caracterizan al funcionario público[151]:

---

residencia; los funcionarios nacionales de otros Estados, cuando la infracción hay sido cometida total o parcialmente en el país (...)

(148) MESSNER, Johannes: *El funcionario en la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 1962, p. 10.

(149) MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., p. 41.

(150) Véase, por ejemplo, las citas que efectúa al respecto MARTÍNEZ MARÍN: *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., p. 40, y que confirmarían la imposibilidad de coincidencia para obtener una definición de validez y alcance universal.

(151) Max WEBER anota las siguientes notas distintivas del funcionario en las sociedades modernas: (i) ser libre desde el punto de vista personal y solo estar sometido a la obediencia en sus obligaciones impersonales oficiales; (ii) estar organizado en una estructura de cargos claramente definida;

a) Su vinculación con el Estado o en particular con alguna de las diversas reparticiones de la Administración Pública, ya sea por incorporación (noción estricta) o participación (noción amplia) en funciones públicas. Vinculación, que es la nota distintiva que designa el ingreso del funcionario a la carrera pública o define su temporalidad previsible (caso de los funcionarios de confianza y políticos), que estará dada por el nombramiento, la elección o la designación legal (en la noción estricta) y no por la contratación entre partes.

b) La vinculación legal del funcionario con la Administración Pública es una característica válida que define la relación de Derecho Público y que a la vez la diferencia del servidor o empleado público (conforme al uso dual y al sistema de la legislación peruana), cuestión que tiene sus implicancias, como refiere SÁNCHEZ MORÓN, en el hecho de que el funcionario de carrera no podrá ver modificada su situación jurídica si no es solo por ley, es decir, sus deberes o derechos no pueden modificarse por convenios o contratos, sino de manera general para todos los que componen la categoría; más aún, el poder público puede modificar unilateralmente las normas que regulan dicho régimen jurídico sin que el funcionario pueda alegar ningún derecho adquirido(152).

c) El desempeño efectivo de funciones públicas en alguno de los cuerpos organizativos de la Administración y en cualquiera de los niveles o jerarquías preestablecidas (alto funcionariado, establecido en la Constitución Política –para el caso peruano–, funcionariado medio y bajo, en las leyes orgánicas sectoriales). La existencia potencial o accesitaria de funcionarios no define propiamente un estatus jurídico de dicho sujeto público.

d) El servicio a los ciudadanos y a los intereses generales de la Nación. La Administración Pública existe como zona de vinculación entre el Estado y los ciudadanos y personas a los que sirve para optimizar sus circunstancias brindando funciones y servicios de interés general.

(iii) clara delimitación de competencias oficiales; (iv) selección sobre la base de una cualificación técnica; (v) remuneración con sueldos fijados en dinero, escalonados según la jerarquía y derecho a pensión; (vi) carrera administrativa, promoción según la antigüedad en el cargo o el rendimiento; (vii) está sometido a una disciplina estricta y sistemática y a un control de su comportamiento en el cargo (*Sociología del poder*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 82-83). Véase además *supra*, p. 73 y ss.

(152) SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la función pública*, cit., p. 29.

e) El sometimiento a la ley y al Derecho, como puntos de partida del ejercicio funcional y a la vez limitantes del abuso y la arbitrariedad. El funcionario no es un ser autárquico ni anárquico, se debe a la Nación y actúa coordinadamente o con sujeción en el despliegue de sus atribuciones. Está limitado por un régimen complejo de normas jurídicas a la par que goza de un gran número de derechos y privilegios.

f) La objetividad, transparencia e imparcialidad son criterios objetivos que guían sus actividades y marcos decisorios, cada uno de los cuales tiene un ámbito específico de irradiación según cuál sea el momento y la actividad que desempeña, y que se van a conjugar para configurar la noción de profesionalismo al servicio del interés común e institucional.

g) La permanencia (para los funcionarios de carrera) en el puesto público y en el ejercicio funcional de acuerdo a lo regulado en las leyes y normas reglamentarias. La continuidad en el ejercicio (que incluye a los sistemas de temporalidad en el cargo) constituye igualmente un aspecto de importancia que define al funcionario público, siendo ello una conquista y garantía que posibilita la consolidación de los cuerpos burocráticos y aleja la hipótesis de los cambios o sustituciones conforme los cambios políticos. La permanencia en el ejercicio funcional o, en sentido más laxo, en la Administración Pública es una característica que cobra sentido en sistemas consolidados y cerrados de funcionariado.

h) La remuneración del funcionario por el trabajo efectuado, a cargo de las correspondientes partidas presupuestales. Régimen general que en una acepción estricta no comprendería a los funcionarios *ad honoren* y a los que obtienen ingresos económicos provenientes de los usuarios, pero que, sin embargo, en una concepción jurídico-penal se ve relativizada en razón a la potestad de dicho funcionario de ejercer funciones que pueden comprometen bienes jurídicos valiosos.

i) Un marco detallado de derechos, prerrogativas y obligaciones, que en los dos primeros casos la ley garantiza y en el tercero conmina a su cumplimiento tanto con sanciones administrativas/disciplinarias, penales o políticas.

   El marco de derechos y prerrogativas del funcionario es amplio y variado: al desempeño efectivo de funciones y/o servicios, a la inamovilidad (funcionarios de carrera), a realizar carrera (vertical

y horizontal) al interior del sector administrativo, sueldo digno, formación continua, respeto a su intimidad, vacaciones, seguridad social, jubilación, no discriminación, estatus expectante socialmente, ventajas fiscales, procesales, políticas (para el caso de los altos funcionarios).

Sus obligaciones y deberes lo vinculan con las nociones de eficacia, mérito y cumplimiento de objetivos y metas institucionales.

Características que permiten ir articulando una idea más aproximada a la acepción jurídica de funcionario público, que mejorará en atención a lo establecido en cada ordenamiento jurídico nacional y a lo dispuesto por las convenciones internacionales, las mismas que en materia de lucha anticorrupción han logrado importantes consensos, solo que en este caso, como resulta evidente, se trata de definiciones gestadas en el marco de los alcances de la lucha mundial contra la corrupción que no podrán extrapolarse en forma general a todos los campos de relevancia jurídica, por ejemplo, para aplicarlos a los delitos de abuso de autoridad que han sido construidos o redactados con prescindencia del elemento patrimonial, tal como sucede en el caso del Código Penal peruano.

Cabe señalar que los Códigos y leyes penales especiales hacen referencia exclusiva a los funcionarios y servidores públicos como sujetos activos de los delitos funcionariales, no así a los funcionarios privados. Tal configuración obedece a la infracción de deberes especiales que comportan dichos delitos y que nacen de la vinculación (en su doble sentido de incorporación o participación) con la Administración Pública y al hecho de que solo los funcionarios y servidores públicos son los agentes que pueden ejecutar y consumar dichos ilícitos. No obstante, la tendencia actual, conforme a lo consensuado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se orienta a repensar el papel de los sujetos particulares (funcionarios o no) que aportan contribuciones decisivas a la generación de corrupción, en el entendido de que no puede haber corrupción vista unilateralmente, esto es, solo de los funcionarios (corrupción pública), sino que ella comporta una consideración integral de sujetos y de sectores. En tal sentido, el Preámbulo de dicha Convención es bastante ilustrativo cuando establece: «Convencidos también que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción», conforme a lo cual en su normativa obliga a los Estados miembros a adoptar medidas legales, de transparencia y de cooperación para prevenir la corrupción en el Sector Privado.

El adjetivo *«público»* que siempre acompaña a la palabra «funcionario», en los tipos penales que dan cuenta de los delitos de infracción de deber,

pone de manifiesto la naturaleza y calidad especial del sujeto vinculado con la Administración Pública que interesa por ahora al Derecho Penal, en la medida en que aún no se produzca una adecuada regulación de la corrupción privada que exige la Convención de las Naciones Unidas. Tal focalización demarca los límites de la tutela del bien jurídico *«Administración Pública»,* entendiéndose por ello que las administraciones privadas no ingresan en dicho ámbito de protección con base en las tipologías de los delitos comprendidos en el Título XVIII del Código Penal.

En el Código Penal peruano vigente no existe mención expresa a la denominación *«funcionario privado»* ni un capítulo dedicado a la corrupción privada o de particulares, con la excepción de los tipos penales de corrupción pasiva y activa de funcionarios, empleados y asesores de entidades societarias, sociedades civiles y sociedades irregulares (artículos 241-A, 241-B del Código Penal, incorporados por el Decreto Legislativo N° 1385, del 04/09/2018) y la regulación del delito de corrupción electoral (artículo 356 del Código Penal), hipótesis legales por las que los particulares resultan imputables como sujetos activos de delitos de corrupción. El artículo 198 del Código Penal, asimismo, desde la vigencia de este, hace objeto de imputación penal bajo los nombres de gerente, administrador, director, representante legal o simplemente funcionario, al sujeto activo del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, al igual que en los delitos contra el orden económico y financiero[153], tipos penales en los que de forma imprecisa –en algunas de sus modalidades– se pueden encontrar algunas modalidades de corrupción privada.

El Capítulo II «Delitos cometidos por Funcionarios Públicos» insertado en el Título XVIII del Código Penal comprende tanto a funcionarios como servidores. En tal sentido, las tendencias actuales de política penal de los Estados tienden, en las legislaciones que manejan un sistema diferenciador, a ampliar cada vez más las criminalizaciones consideradas exclusivas de los funcionarios a los servidores públicos. Cabe acotar que la mención al funcionario público ha sido hecha, en el Código Penal, también para –en cierto modo– proteger a los sujetos públicos de determinados actos de ilicitud cometidos por particulares e incluso por otros niveles de funcionarios, lo que explica la presencia del Capítulo I "Delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública".

De modo anómalo, el Capítulo II en alusión consigna los delitos de cohecho activo y tráfico de influencias que han sido construidos con base

(153) Véase los artículos 198, 242, 244, 245, 250 y otros del Código Penal de 1991.

en autores particulares, y sobre cuyas implicancias nos referiremos más adelante en los respectivos ítems.

III. CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

1. Definiciones legales y jurisprudenciales

El ordenamiento administrativo nacional cuenta con las siguientes definiciones, que se encuentran en los siguientes dispositivos legales, entre otros:

Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N° 005-90-PCM), artículo 4: «Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía».

Ley del Sistema Nacional de Control (Ley N° 26162, publicada el 30/12/1992, derogada por Ley N° 27785). Disposiciones finales, definiciones básicas: «Servidor o Funcionario Público son para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con alguna de las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, y que en virtud de ello ejerce funciones en las entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley»[154].

(154) El artículo 3 de la Ley N° 26162, del 30/12/1992, precisa lo siguiente: «Se sujetan al Sistema y se les designan en adelante en esta Ley con el nombre genérico de entidades: a) El Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales; b) Las unidades administrativas del Poder Legislativo y del Poder Judicial; c) Los organismos autónomos creados por la Constitución Política y las instituciones y personas de Derecho Público; d) Las empresas integrantes de la actividad empresarial del Estado con excepción de las empresas de economía mixta y accionariado del Estado; e) Las entidades privadas por los recursos públicos que perciban».
La Ley N° 27785, del 23/07/2002, que derogara la Ley N° 26162, en su artículo 3, amplía los alcances del Sistema Nacional de Control, considerando: a) el gobierno central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y sus respectivas instituciones; b) los gobiernos regionales y locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria; c) las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público; d) los organismos autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de Derecho Público; e) los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización; f) las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación; g) las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren.

De la lectura de estas definiciones descriptivas se tiene que la primera, establecida en el Reglamento que desarrolla la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, obedece a una concepción estricta, mientras que la segunda, no obstante provenir de un sector estatal, abre el campo de significaciones para configurar sentidos amplios de funcionario que se salen de la esfera administrativa; apertura de sentido que fuera utilizada por el Código Penal para incorporarlo en el inciso tercero del artículo 425, luego de la abrogación de la fórmula original de dicho inciso, que en su versión original trajera el Código punitivo de 1991[155], que produjo la entrada en vigor del artículo 40 de la Constitución de 1993.

A nivel jurisdiccional, se han desarrollado algunas construcciones conceptuales. Así, la Corte Suprema de la República indica que «es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que este tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación»[156]. Construcción conceptual singular por su grado de eclecticismo y por la tendencia que registra a efectuar referencias estrictas no del todo lo suficientemente comprensivas para integrar un concepto amplio de funcionario público. Constituye un notable avance de esta noción la alusión que hace respecto a la relación de carácter jurídico del funcionario con la Administración Pública, lo que aleja la idea de que existan vinculaciones no jurídicas o, en caso extremo, antijurídicas. La mención a la jerarquía, característica inherente a los cuerpos piramidales del funcionado moderno, parece hecha más en relación a los funcionarios políticos o de confianza que acceden desde fuera y que efectivamente tienen en dicha caracterización su perfil que les distingue del resto del funcionariado de carrera. Llama la atención la vía disciplinaria como factor de construcción del funcionario público. La interpretación oscila en este punto en relación a sujetos que disciplinariamente sean considerados funcionarios públicos o acaso a quienes desempeñan funciones en entes de tal naturaleza. El término «integración» parece no prudente en su utilización para dar cuenta tanto de los vinculados estatutariamente (por ley) como para los contratados, salvo que el criterio jurisprudencial glosado prescinda de este segundo rango de funcionarios, lo cual sería contradictorio con la apertura que la misma norma realiza. Termina este elenco singular e impreciso de definición el hecho de que se haya separado o desdoblado las funciones de los considerados funcionarios y como una de

(155) Véase *infra*, p. 208.

(156) Ejecutoria suprema de fecha 8 de abril de 1998, Exp. N° 1556-96, Lima.

ellas, separada de las anteriores, se considere la del servicio público a la Nación, en abierta distinción con lo señalado en la Constitución Política, que hace de dicha característica la condición *sine qua non* de todo funcionario o servidor público.

Otras definiciones logradas, en vía judicial, las tenemos en las siguientes. El 43er Juzgado Penal de Lima, en sentencia del 29 de mayo de 1998, señala: «Funcionario Público es toda persona que, en virtud de designación o investidura otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público»(157). O la que hace la Sala de Apelaciones de Reos Libres de la Corte Superior de Lima, en la ejecutoria de fecha 19 de junio de 2000, donde se indica que la principal característica y cualidad del funcionario público es la de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público; es decir, que dicha condición se caracteriza por el poder de decisión y la capacidad de representación que le es inherente, toda vez que sus funciones las realiza por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados, expresando ante estos la voluntad del Estado(158).

Naturalmente que la influencia de la concepción mixta de función pública(159) se deja notar en las definiciones judiciales, las que, debido a su carácter restrictivo, son aún insuficientes para configurar una noción penal de funcionario público.

La jurisprudencia peruana ha asumido de forma rotunda la concepción amplia de funcionario, de modo que: "Si bien el encausado refiere no tener la calidad de funcionario público, conforme al artículo 40 de la Constitución (que establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta) dicho precepto tiene alcances en el ámbito del Derecho Administrativo y previsional, rigiendo para fines laborales derivados de la carrera administrativa, no excluyendo de responsabilidad penal a quienes teniendo

(157) Sentencia de fecha 29 de mayo de 1998, Exp. N° 429-96, jueza Susana Cuentas Jara. Precisa la resolución del juzgado, interpretando el artículo 39 de la Constitución del Estado, que la diferencia existente entre funcionario y trabajador público radica en el poder de decisión y la capacidad de representación que le es inherente al primero, toda vez que sus funciones las realiza por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados, expresando ante estos la voluntad de aquel.

(158) Ejecutoria superior del 19 de junio del año 2000, Exp. N° 4490-99.

(159) Concepción mixta de naturaleza administrativa, véase *supra*, p. 61.

un vínculo laboral con una persona jurídica que maneja fondos públicos cometan un delito en perjuicio de los intereses económicos de ella"[160].

Igualmente, en materia de responsabilidad penal y administrativa, la Corte Suprema ha considerado que: "La Administración Pública puede ejercer su potestad sancionadora con independencia de la sanción penal por los mismos hechos cuando se presenta una situación de quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente público. En tal sentido, es posible una doble sanción sin infringir el *non bis in idem*, pues al infractor como ciudadano le corresponde una pena por haber perpetrado un delito, y como persona sometida a una relación especial con la Administración Pública, una sanción administrativa (ambas sanciones son perfectamente compatibles y no excluyentes)"[161].

2. Requisitos

Existe consenso en la doctrina del Derecho Público y Administrativo para considerar funcionario público a quien reúna los siguientes requisitos y notas características fundamentales:

a) ***Origen del título.*** Que su ingreso a la función pública se haya producido por: *(a)* elección popular; *(b)* nombramiento o delegación hecha por autoridad competente; y c) disposición legal. Dichas formas son alternativas.

La ***elección popular***, como fuente válida generadora del título de determinados funcionarios de naturaleza política (congresistas, presidente y vicepresidente de la República, alcaldes, regidores, gobernantes de región y jueces de jerarquía inferior), se configura en un marco múltiple de legitimación constitucional, legal, procedimental y formal. Vale decir, cuando se trata de procesos electorales contemplados legalmente y llevados a cabo de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico, en un contexto de inexistencia de nulidades o invalidamientos generales o parciales en cuanto

(160) Ejecutoria suprema del 18 de diciembre de marzo de 2010, R. N. N° 3023-2009-Cusco, Sala Penal Transitoria.

(161) Ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012, R. N. N° 2659-2011-Arequipa, Sala Penal Transitoria: "Cuando se entabla un proceso disciplinario y uno penal contra un funcionario por los mismos hechos, no se puede afirmar que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto la finalidad de cada uno es distinta, al igual que el interés jurídico que se protege. En ellos se evalúa la conducta del implicado frente a normas de contenido y alcance propio: en el primero se juzga el comportamiento de los agentes frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración Pública; mientras que, en el segundo, las normas buscan preservar bienes sociales más amplios".

a tal o cual persona electa. El título que da origen a estos funcionarios políticos (excepción hecha de los últimos) se halla aquí en realidad validado en mérito constitucional y en los valores políticos fundantes del juego democrático de un Estado de Derecho.

En determinados casos legalmente fijados (elección de los cuerpos colegiados del Jurado Nacional de Elecciones, Junta Nacional de Justicia –antes Consejo Nacional de la Magistratura–, autoridades universitarias, etc.), y cuando la Constitución lo establezca de modo excepcional, la elección indirecta o por representación adquiere calidad válida de fuente generadora del título de funcionario. Este modo de generación de título, a diferencia de la elección popular, usualmente no está circunscrito a los funcionarios políticos, sino a los de carácter técnico de alto nivel.

El ***nombramiento***, en cambio, vincula el título del funcionario a la potestad reglada que tiene el funcionario jerárquico superior (de modo individual o colegiado) de designar funcionarios (así, el Presidente de la República en relación a sus ministros; estos en relación a los viceministros; el Congreso de la República en cuanto el Defensor del Pueblo, a los miembros del Tribunal Constitucional y a parte de los miembros del directorio del Banco Central de Reserva; la Junta Nacional de Justicia en relación a jueces y fiscales; los cuerpos militares colegiados en cuanto a los mandos castrenses; etc.). El nombramiento puede ser concedido en tanto nombramiento propiamente como también en cuanto a la designación simple: lo primero se halla vinculado a los funcionarios de Derecho, mientras que lo segundo cubre el amplio abanico de funcionarios provisionales, interinos o en vía de suplencia.

Los nombramientos de funcionarios de nivel intermedio o de base siguen igual pirámide jerárquica: el superior o colegiado designa o nombra.

El nombramiento o designación legal es la fuente más numerosa y extendida que informa la existencia del funcionariado de carrera que conforma los cuerpos burocráticos de las Administraciones Públicas, militar, policial, también de los puestos de confianza, etc. Resoluciones supremas, ministeriales, directorales administrativas y otras dan cuenta de esta titularidad formal.

Existe ***disposición legal*** como fuente productora de la existencia del funcionario público cuando es la ley en sus diversas expresiones

(normas constitucionales, leyes orgánicas y ordinarias[162]) la que prevé o establece el título funcional; lo que sucede en determinadas y específicas circunstancias. Por ejemplo, cuando muere o cesa por incapacidad moral el mandatario, la Constitución Política contempla que asume la presidencia el primer vicepresidente o, en su defecto, el segundo vicepresidente o, en caso extremo, el presidente del Congreso (artículo 115); o cuando se producen circunstancias de enfermedad o imponderables que incapaciten al funcionario ejercer sus funciones.

Una cuarta fuente complementaria y accesoria para generar título de funcionario es la ***delegación***. Se da esta cuando por un acto de voluntad del funcionario se transfiere temporalmente dicha calidad a otra persona (generalmente otro funcionario); o cuando un funcionario, por decidirlo así el superior jerárquico, asume otro cargo complementario encomendado (artículo 107 de la Constitución).

b) ***El requisito de la investidura o formalización del título.*** El cual significa que luego de la elección, nombramiento o fijación legal se active un proceso de investidura, como modo formal de incorporación efectiva a la estructura y funcionalidad de los aparatos administrativo-burocráticos del Estado (en sentido amplio), que conlleve como consecuencia la aceptación y/o asunción del cargo u oficio[163], usualmente previa entrega de credenciales, título y juramento[164], generándose a partir de entonces el ejercicio legal de funciones y un marco pautado de deberes y roles especiales, a la vez que derechos, prerrogativas y responsabilidades.

c) ***La existencia de función pública.*** Que exista continuidad en el ejercicio de la función, la misma que necesariamente tiene que ser de naturaleza pública. Este requisito no hace alusión al tiempo de duración en el cargo, sino a que la función estatal sea continua,

(162) Debatible es en la doctrina, para el tema en alusión, la tesis de contenido amplio que considera ley a las normas de inferior jerarquía: reglamentos, resoluciones ministeriales, decretos, etc., en tanto título válido generador de la condición inicial de funcionario público por fijación legal.

(163) Joan QUERALT ("El concepto penal de funcionario público", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 27, Madrid, 1985, p. 485) refiere en este punto que la habilitación debe constar en un título. El artículo 119 (3) del Código Penal español de 1973 establecía una triple fuente generadora de título: 1) por disposición inmediata de la ley; 2) por elección; 3) por nombramiento de autoridad competente. Para QUERALT se trata de que el sujeto investido esté en condiciones de poder incorporarse al puesto correspondiente, según lo establezca los estatutos o reglamentos respectivos (*loc. cit.*).

(164) El artículo 63 de la Constitución peruana de 1979 exigía el juramento: "Nadie puede ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución si no jura cumplirlas".

permanente, es decir, que no se trate de un funcionario sin función o con función esporádica (salvo casos excepcionales regulados en ley). La existencia del funcionario supone la de la función u oficio bajo la cual este tenga que adscribirse y actuar.

La excepción está representada aquí por las funciones que solo se activan cada cierto tiempo por mandato constitucional y legal, tal es el caso de las funciones electorales que convocan la participación de los jurados electorales departamentales por un determinado periodo de actividad, luego del cual se desactivan.

Los tres primeros requisitos anteriores son imprescindibles y sustantivos al concepto y naturaleza jurídica del funcionario público desde la óptica administrativa y son los que definen su estatus legal. El Derecho Penal es en este punto mucho más flexible y permeable, ya que incorpora **otros sectores** de sujetos que, con títulos paralelos o desempeños temporales, pero siempre en ejercicio de función, participan en la función pública de una u otra forma, como se apreciará con mayor cobertura en el análisis de algunas figuras delictivas (peculado, concusión, y otros).

d) ***Actividad remunerada.*** La remuneración justa, digna y matizada a cargo del Estado es otra de las importantes y vitales condiciones del sistema de la Administración Pública. Históricamente, este requisito ha permitido la cohesión de los cuerpos burocráticos de funcionarios que en materia remunerativa dependen del Estado y no de los particulares o interesados, permitiéndose a través de ello la objetividad y dignificación del estatus funcionarial. La excepción está dada por la existencia de los funcionarios honorarios.

La existencia de tarifas o derechos que los ciudadanos tienen que abonar por la prestación de determinados servicios públicos no contraría el régimen de remuneración estatal de los funcionarios; pero sí pone de manifiesto que son los ciudadanos, en sentido global, la Nación, quienes se encargan de cubrir las exigencias presupuestarias de dichos sujetos públicos.

e) ***Representatividad estatal.*** Es característica del funcionario el hecho de que sus actos constituyan o expresen la voluntad estatal (en sentido amplio). El funcionario en sus actos despliega y ejecuta labor estatal, encarna la voluntad pública y la representa ante la ciudadanía y, de ser el caso, ante el exterior, de ahí la importancia de que su conducta funcional en las diversas y distintas áreas de las reparticiones públicas esté dotada de las características de

profesionalismo, honestidad y objetividad requeridas en tales sujetos públicos para el cumplimiento de los fines estatales.

f) ***Poder de decisión.*** El funcionario público debe tener, por definición, poder de decisión en el marco de su competencia y de acuerdo a su jerarquía y nivel. Este poder es interno o puede ser interno/externo, según se lo vea en función del ámbito propio de su cargo u oficio, o según trascienda a la esfera civil. No todo funcionario tiene el mismo poder de decisión: existen unos con gran poder (mandatarios y autoridades) y otros con facultades decisorias más restringidas y menores.

En la doctrina española, considerando los enunciados normativos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/64, del 7 de febrero) se sostiene que: "Los tres requisitos para ser considerado funcionario a efectos administrativos podrían ser los siguientes. En primer lugar, la incorporación a la Administración Pública. En segundo lugar, que los servicios que el sujeto presta a la Administración sean retribuidos y profesionales. Por último, que sea el Derecho Administrativo el que regule la relación entre el sujeto y la Administración Pública, teniendo también en cuenta que los sujetos contratados por la Administración en régimen de Derecho Laboral no son funcionarios públicos sino trabajadores a su servicio"(165).

IV. CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En el marco de las características que configuran el concepto administrativo de funcionario público, el Derecho Penal (en su papel recreador de conceptos desde los fines de tutela penal) flexibiliza el requisito de la investidura, de modo tal que asimila a la noción de funcionario público a los agentes contratados y a los que se hallan participando de funciones públicas en forma eventual, así como a quienes han perdido su condición de funcionarios de derecho (funcionario *de facto*), inobservando racionalmente el resto de características para equiparar a los particulares vinculados por formas específicas (temporales y/u ocasionales) en decisiones o manejo de fondos públicos o de compromiso social (concepto penal de funcionario público). De este modo, el concepto penal de funcionario público posee una mayor amplitud que la noción administrativa. Sin embargo, lo que no ha podido concretizar la acepción penal –en la legislación nacional– en su afán extensivo de tutela es adelantar la noción de funcionario

(165) DELGADO GIL, Andrés: *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, cit. p. 106.

público a fases previas a la de asunción del cargo, empleo o atribución, de modo que pueda a través de sus formulaciones imputarse delito funcional al ministro designado, congresista electo, al juez nombrado o, en general, a todo funcionario que aún no ha sido investido del cargo ni ha asumido el mismo (concepto anticipado de funcionario)[166]. La razón que explica tal imposibilidad radica en razones de orden normativo contenidas en los diversos tipos penales de infracción del deber, en los cuales se exige la violación de obligaciones o marcos reglados de atribuciones fundadas en el ejercicio del cargo[167]. Es decir, la noción jurídico-penal de funcionario público prescinde de las dos primeras características principales del concepto administrativo: el título de origen (elección, nombramiento o designación legal) y la investidura para configurar su propia definición para los estrictos efectos penales.

Efectivamente, el Derecho Penal tiene una conceptualización normativa amplia, abierta y propia de funcionario público, utilizable a los fines de tutela establecidas por la norma penal. Ello explica que lo que para el Derecho Penal es ya *funcionario* no lo sea en diversos casos para el Derecho Administrativo. Tenemos así lo que Roca Agapito[168] denomina, en una frase de consenso dogmático, un concepto funcional de funcionario público que le es inherente al Derecho Penal, y según el cual la incorporación formal a la Administración Pública no es la única y exclusiva razón que legitima la imputación de delitos funcionales, sino también, y por encima de las consideraciones administrativas, **la simple participación en el ejercicio de funciones públicas**. En este punto, y como bien precisa Joan Queralt, la participación en las funciones públicas es, desde luego, el núcleo en torno al cual gira el concepto penal de funcionario público, siendo el «título» el límite que impedirá su dilatación sin sentido[169].

En el ámbito punitivo, los Códigos Penales adoptan, por lo general, dos orientaciones básicas:

(166) Mayores desarrollos conceptuales véase en Rojas Vargas, Fidel: "A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 27, diciembre, Lima, 2000, p. 41 y ss.

(167) Véase en p. 145 y ss., la noción anticipada de funcionario público que propone la Convención Interamericana contra la Corrupción (Asamblea de Caracas de 1996) y que sí permite adelantar la tipicidad y punición para los simplemente funcionarios electos, designados e incluso tan solo seleccionados.

(168) Roca Agapito: *El delito de malversación de caudales públicos*, cit., p. 90.

(169) Queralt: "El concepto penal de funcionario público", cit., p. 506.

a) Fijan parámetros normativos para definir y/o comprender a los funcionarios públicos y/o mantienen pautas dispersas para efectos de la integración de un concepto penal vía interpretación sistemática.

b) Contienen expresas definiciones[170].

Al respecto, el artículo 425 del Código Penal peruano, al contrario de lo que se piensa[171], y en esto se diferencia de otras legislaciones penales, no ofrece ninguna conceptualización de funcionario público; lo que sí hace es describir normativamente un listado genérico de funcionarios y de servidores, diferenciados por niveles, a efectos de imputar responsabilidad penal, adscribiéndose así a la primera orientación señalada. Por lo mismo, no existe taxativamente formulado en nuestra normativa penal un concepto propio de funcionario público expresamente descrito o positivizado que permita oponerlo o diferenciarlo del que existe en la Administración Pública. Lo que ocurre es que, para exclusivos efectos penales, la ley penal peruana amplía dicha calidad a otras personas que usualmente no son admitidas como funcionarios públicos en el ámbito estricto de la Administración Pública[172].

Entonces, normativamente el Código Penal no ha definido de forma expresa y descriptiva qué es lo que entiende por funcionario público, pero sí ha posibilitado, vía interpretación e integración cognoscitiva, el colegir la noción de funcionario público con la que trabaja a efectos penales. «*A efectos penales*» quiere decir para imputarle al funcionario/servidor estatal

(170) Por ejemplo, el artículo 77 del Código Penal argentino define con los términos *funcionario* y *empleado público* a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. El artículo 24 (2) del Código Penal español de 1995 establece: se considera funcionario público a todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. El artículo 173 del Código Penal uruguayo de 1889 establecía: "A los efectos de este Código se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función atribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público". El Código Penal italiano de 1930 señala (artículo 357): "Son oficiales públicos quienes ejercitan una función pública legislativa judicial o administrativa".

(171) Cfr. Ángeles Gonzales, Fernando y Frisancho Aparicio, Manuel: *Código Penal VII (Delitos contra la Administración Pública)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 3090.

(172) Véase el caso, por ejemplo, de los administradores o depositarios de caudales y bienes embargados y la situación de los que, no importando su régimen laboral ni la naturaleza del vínculo, ejercen funciones en las entidades públicas, a quienes de forma generalizada la norma penal extiende dicha calidad (artículos 392 y 425.3 del Código Penal). Por citar un caso extremo de ampliación de la calidad de funcionario público tenemos a la ley del 28 de setiembre de 1868 o Ley de Responsabilidad de Funcionarios, que en su artículo 26 (segundo párrafo) señala: "Para los efectos de esta ley serán considerados funcionarios públicos todos los empleados civiles, eclesiásticos o militares, que por elección o nombramiento desempeñen un cargo público".

cargos delictivos en el marco de los delitos de infracción de deber, atribuir responsabilidad penal y fijar sanciones, no suponiendo ello en modo alguno una invasión, menos una descalificación de los predios conceptuales del Derecho Público (Constitucional o Administrativo), ni menos que el concepto penal de funcionario público sea el único válido o invocable.

El Código Penal peruano vigente desde 1991 ha construido una noción penal de funcionario público con base en los seis parágrafos del artículo 425 y los artículos 386, 388 y 392 de dicho cuerpo de normas penales. La técnica legislativa es distinta en ambos casos. El artículo 425 formula en términos generales y sin precisiones de conducta típica los límites y alcances –mas no los contenidos– de lo que haya que entenderse por funcionario y servidor público. En cambio, los artículos 386 y 392, en el marco de tipicidad de las figuras de concusión (delitos de colusión y patrocinio ilegal) y de peculado, respectivamente, se circunscriben a dichos ámbitos de ilicitud penal, con lo que ofrecen notas de singularidad para su estimación jurídica.

El artículo 425 descansa sobre un concepto restrictamente administrativo en su primer nivel –los que están comprendidos en la "carrera administrativa"–, para ser ampliado a los que desempeñan cargos políticos o de confianza, los que ejercen funciones en entidades u organismos del Estado mediante vínculo laboral o contractual con independencia del régimen laboral en que se encuentren, los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, y los demás indicados en la Constitución y la Ley. Por su parte, el artículo 386 formalmente amplia la calidad de funcionario a los peritos, árbitros y contadores particulares, tutores, curadores y albaceas, tomando en cuenta los aportes de dichos sujetos particulares en la configuración de los delitos de colusión desleal y patrocinio ilegal (delito este último donde resulta difícil entender la ampliación); el artículo 392, a su vez, hace lo mismo con administradores y custodios de beneficencias, depositarios de dinero o bienes, y toda persona o representante legal de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. El uso de esta doble técnica de creación del concepto penal de funcionario público demarca claramente la especificidad de las aplicaciones de los artículos 386 y 392, a diferencia de las implicancias del artículo 425, que por su generalidad ofrece la posibilidad de estar orientado a un elenco más amplio de sujetos y situaciones.

Como podrá advertirse, el diseño de construcción del concepto penal, a través de los artículos 386, 388 (segundo párrafo) y 392 es inaceptable

desde una perspectiva estricta de funcionario, pero constituye una opción de política criminal a la que han acudido distintos Códigos Penales occidentales (España, Argentina, entre otros)[173] a efectos de extender tipicidad por determinados delitos funcionales y que han desechado como técnica legislativa otros países (Chile, México, entre otros). Los problemas para la interpretación jurídica que se deriva de esta construcción estrictamente penal saltan a la vista. En una primera aproximación, es de advertir que no resulta acorde con el principio de proporcionalidad y, por lo mismo, con el de legalidad de las penas, trasladar los efectos penales de normas pensadas para quienes tienen deberes de garante para con la Administración Pública hacia particulares vinculados esporádica y marginalmente con la Administración Pública. Resulta difícil, desde una perspectiva académica, entender –en términos de autoría– cómo puede ser igual el ilícito de un perito al de un negociador estatal que interviene y decide el curso de una operación contractual, así como equiparar el ejercicio de funciones del sujeto público con las prestaciones de colaboración del particular al mismo nivel de injusto penal. Por otro lado, son varias las contradicciones y aporías innecesarias que el legislador peruano ha introducido al efectuar una doble regulación punitiva (artículo 425.4 y artículo 392) de los administradores y depositarios de caudales (dinero, bienes) embargados, esto es, una norma general y otra especial para un mismo supuesto; complicando más la cosa la existencia de mención al depositario judicial en el marco (y en tanto variedad delictiva) del delito de apropiación ilícita (artículo 190).

(173) Tómese como ejemplos los casos de España y Argentina. El Código Penal español de 1995 (igual sucedía con el derogado de 1973), al regular las diversas figuras de cohecho pasivo de los artículos 419, 420 y 421, señala en el reformado artículo 423 que: "Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública". Igual técnica de ampliación de la calidad de funcionario público se aprecia en el artículo 435, con referencia a los delitos de malversación de fondos (que incluye al peculado en tanto variedad de malversación); dicho artículo señala: «Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. 2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares». En el caso del Código Penal argentino, el artículo 263, con referencia a los delitos de malversación de fondos, señala: «Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares»; el artículo 265, del mismo código, en relación al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, precisa en su segundo párrafo que «Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas con el carácter de tales».

En resumen, el concepto normativo de «funcionario público» utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo, que solo considera la elección, el nombramiento y la designación por autoridad competente como fuentes de creación del mismo, existiendo en cambio en el Derecho Penal una tercera fuente formal material productora del funcionario público a efectos penales, que es la que se concentra en las normas penales 386, 388, 392 y 425 del Código Penal, dispositivos que extienden tipicidad y asignan, para efectos penales, la calidad de funcionario a una serie de sujetos particulares en razón a su particular ubicación frente al bien jurídico o en razón a los aportes o contribuciones para configurar la conducta típica de dichos delitos funcionales. Equiparación debatible y cuestionable en varias de sus hipótesis.

La jurisprudencia penal española, mediante sentencia del Tribunal Supremo Español (STE) N° 149/2015, del 11 de marzo, que reitera las sentencias 421/2014 y 186/2012, ha consolidado la siguiente doctrina judicial al respecto: *El concepto "funcionario público", contenido en el artículo 24.2 CP, es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pues mientras que para este los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo, por el contrario el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública".*

Salgado Sánchez cita la particularmente importante y altamente significativa sentencia del 26 de abril de 2016 del Tribunal Supremo Español, en la que sobre el concepto de funcionario público, en la perspectiva penal, se dice lo siguiente: "Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia, de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político criminal que exige, por la lógica de protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho Penal y que, solo eventualmente coincide con los criterios del Derecho Administrativo (...). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión,

ni aun la estabilidad o temporalidad, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento"[174].

V. HACIA UN CONCEPTO ANTICIPADO Y FORMAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La «Convención Interamericana contra la Corrupción», documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina (y ratificado, entre otros países, por el Perú) en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en el mes de marzo de 1996, ofrece en el artículo I (Definiciones) la siguiente noción de funcionario público: *«Funcionario público / Oficial gubernamental / 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».*

Resaltan en esta definición descriptiva tres elementos:

a) El intento de homologar diferentes locuciones empleadas en las diversas Naciones latinoamericanas para comprender a los agentes públicos (tanto funcionarios propiamente como empleados).

b) Incluir en el concepto a aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas *para* desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o a su servicio.

c) Vincular y comprender todos los niveles jerárquicos en los que se hallen los funcionarios.

Ni lo primero ni lo último va a merecer nuestra atención en este específico ítem de estudio; sí adquiere, en cambio, un interés de primera línea el segundo componente de la definición, ya que con él se está creando una nueva clasificación de funcionario público (en sentido amplio: funcionarios y servidores) diferente a la que existe en el Derecho Administrativo y al concepto penal extensivo de funcionario público que poseen la mayoría de Códigos Penales latinos. En virtud del artículo I de la Convención, todas aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas (nombradas) o

(174) SALGADO SÁNCHEZ, Carlos David: *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, A Coruña, Colex, 2019, p. 25.

electas para desempeñar actividades o funciones a nombre o a servicio del Estado son, a los fines de la Convención, funcionarios públicos. Tales fines no son otros que los intereses conjuntos de los Estados miembros de la OEA en la lucha contra toda forma de corrupción funcional.

Tal noción prescinde de la investidura y del ejercicio funcional de atribuciones, que son inherentes a una concepción estricta o administrativa de funcionario público, y a la participación en funciones públicas que constituye el núcleo central del concepto penal de funcionario público. Se han adelantado, de tal modo, las barreras penales de protección al bien jurídico «Administración Pública» en grado considerable, haciéndolas radicar en las fases de la selección, nombramiento o elección (según la fuente de origen del funcionario), que le son previas a la existencia formal del funcionario público; y que en el caso de la selección constituye una (excesiva) debatible normativización, desde la perspectiva de la lesividad para con el bien jurídico, de hipotéticas y remotas conductas de dichos sujetos. Interesa destacar que la finalidad político-criminal, en el hecho de ampliar los círculos de autoría, se halla fundada en la necesidad de dotar de una mayor eficacia el combate legal contra los actos de corrupción que encuentra sustento en el dato criminológico perfectamente verificable de que en el más o menos amplio periodo de tiempo que antecede a la toma de posesión del cargo se llegan a producir actos de corrupción por parte del futuro funcionario, situación frente a la cual, ni el Código Penal ni las leyes administrativas juegan un papel conminador ni represivo. Dicho adelantamiento de la criminalización de los actos de requerimiento, aceptación de dádivas, bienes, favores o ventajas a cambio de prestaciones oficiales futuras y demás comportamientos de corrupción establecidos en el artículo VI de la aludida Convención[175] busca así prevenir y castigar los pactos previos entre el funcionario no investido y los terceros, que comprometen su ulterior desempeño funcional y ponen en peligro o lesionan anteladamente los intereses de la Administración Pública[176].

Con esta propuesta de definición jurídico-normativa propugnada por la Convención Interamericana, sumamos en tres los conceptos jurídicos de funcionarios públicos:

(175) Son otros actos de corrupción: el ofrecimiento y otorgamiento directo o indirectamente a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas de objetos con valor pecuniario u otros beneficios; la realización de actos u omisiones con el fin de obtener ilícitamente beneficios económicos para sí o para terceros; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes de procedencia de los actos de corrupción.

(176) Al respecto, véase MANFRONI, Carlos: *La Convención Interamericana contra la Corrupción,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 41 y 42.

1) El concepto estricto y administrativo, que exige título, incorporación y ejercicio de función.

2) El concepto penal extensivo que, sobre la base de la noción administrativa, amplía el concepto a todos quienes participan en la actividad funcional.

3) Un concepto adelantado, de emprendimiento y precautorio que, en un caso, solo exige título (nombramiento-elección) y, en otro ya de por sí extremo, la existencia de un acto administrativo (la selección).

Sin embargo, el texto de la Convención, evaluado sistemáticamente, no guarda la necesaria coherencia intrasistemática con la conceptualización de funcionario público en referencia. En efecto, tres de los diez párrafos del Preámbulo aluden a formas y actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y actos vinculados específicamente con tal ejercicio, sin que ellos o los restantes permitan inferir o colegir la noción anticipada o adelantada de funcionario que la definición del artículo I entrega. Igualmente, en el catálogo de conductas delictivas reunidas en los artículos VI, VIII y IX se hacen depender los actos de corrupción del ejercicio de funciones públicas. Es decir, se observan asimetrías de construcción lógico-normativa que atacan seriamente la consistencia del concepto anticipado de funcionario, explicables, según MANFRONI, por el hecho de haberse elaborado las definiciones al final de los debates y el día previo a la firma del instrumento internacional(177); explicación que da cuenta y exhibe una argumentación que carece de fuerza para convalidar o legitimar esta contradicción entre la definición y el cuerpo de conductas punibles, incluido el sentido literal del Preámbulo.

Las consecuencias de esta falta de coherencia afectan sensiblemente la validez del concepto de funcionario público anticipado de la Convención Interamericana, no solo en un sentido material, que es objetable en el extremo de «los seleccionados», sino formal ante la antinomia generada que resulta inaceptable en la categoría de dicha carta continental de lucha anticorrupción. Por vía legal, de incorporación a los ordenamientos nacionales de dicho elemento normativo, cabe una vía de corrección y reajuste normativo en la redacción, si es que ello resulta posible.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, con sus XXVIII artículos, ha sido suscrita por el Perú con fecha 29 de marzo de 1996,

(177) MANFRONI: *La Convención Interamericana contra la Corrupción,* cit., p. 34.

aprobada por el Congreso con fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada el 21 de marzo de 1997, respectivamente, pasando a constituir ley interna al cumplirse con lo señalado por el artículo XXV de la Convención en cuanto a que «la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación»[178]. Lo normado en la Convención formalmente se halla vigente para el Perú desde el 20 de abril de 1997 y abierto al análisis dogmático-jurídico en cuanto a su espectro de irradiación típico funcional y concordancia con las redacciones legales de los delitos contra la Administración Pública establecidas en el Código Penal vigente, a la legitimidad del concepto de funcionario público que maneja y a su aplicación en lo que resulte pertinente.

Especial interés práctico[179] ha despertado el problema de la aplicabilidad directa o la correspondiente y previa internalización en el ordenamiento penal peruano del concepto que sobre funcionario público posee la Convención Interamericana de Caracas de 1996. La posición desarrollada al respecto por NAKAZAKI SERVIGÓN, en la segunda línea de orientación, en tanto no resultaría aplicable en forma directa a los casos penales por no ser una norma autoejecutiva o *self executing*, aporta interesantes argumentaciones de base legal y doctrinaria[180], tomando como centro la vigencia del principio de legalidad, argumento central por el cual el concepto amplio y adelantado de la Convención Interamericana tendría que ser previamente incorporado en el artículo 425 del Código Penal antes de ser invocado legal y judicialmente, dada su característica de ampliación del círculo de autores[181].

(178) Paraguay, el 28 de enero de 1997, y Bolivia, el 4 de febrero de 1997, dieron por cumplido tal requisito, a los que se sumarían países como Argentina, Costa Rica, Ecuador y Perú, entre otros.

(179) El caso *Kouri-Boumachar* (cohecho ejercido por Vladimiro Montesinos, ex alto asesor gubernamental, sobre un congresista cuando este recién había sido electo sin que aún, por lo tanto, ejerciese funciones), sometido a evaluación inicial en antejuicio político por el Congreso de la República, significó, a la caída del régimen del expresidente Alberto Fujimori, la oportunidad ideal para debatir el tema de los efectos directos en la legislación penal peruana del concepto adelantado y anticipado de funcionario público zanjado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, lamentablemente desperdiciada por la premura del Congreso en decidir el caso.

(180) Véase NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: «La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna», en *Advocatus*, N° 9, 2003-II, Universidad de Lima, p. 267 y ss.

(181) Argumento que es complementado con otras razones tales como que la aplicabilidad de los tratados debe ser resuelta siguiendo las reglas del Derecho Internacional público (identificar si se trata de un tratado de autoejecución o *self executing*, siendo muy difícil que en materia penal los tratados puedan aplicarse directamente), las cláusulas de la Convención Interamericana contra la Corrupción no constituyen tipos penales, dicha Convención no puede reemplazar al Código Penal; más aún en materia del concepto de funcionario, una acepción distinta tendría que motivar la correspondiente modificación en la ley interna. Argumentos todos con referencia a la autoridad

Finalmente, cabe acotar que la vigencia del concepto anticipado o adelantado de funcionario público manejado por la Convención Interamericana contra la Corrupción se halla en un entredicho con las definiciones sobre funcionario público elaboradas consensuadamente, tras periodos de intenso debate, por la Convención de las Naciones Unidas, cuyo texto permite superar dicha contradictoria noción.

VI. CONCEPTO ESTRICTO, AMPLIO, RESIDUAL Y PARTICULARIZADO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

El 9 de diciembre de 2003, en la ciudad de Mérida (México), se dio punto de culminación a todo un vasto y mundial despliegue de esfuerzos, en un bien logrado esquema de respeto por las diferencias culturales y de consideración por los avances regionales obtenidos, para dotar a la comunidad de naciones de un marco legal global de lucha contra la corrupción, al aprobarse y suscribirse por los países miembros asistentes el Preámbulo y el texto escrito de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Esfuerzos que se iniciaron en el mes de diciembre de 2001 en la ciudad de Buenos Aires, cuando se reunió el «Comité Intergubernamental de Expertos», designado por la Organización de las Naciones Unidas[182], a fin de iniciar los preparativos de la Convención, evento en el cual se recibieron las propuestas de numerosos países, tanto a nivel de texto completo del proyecto de convención anticorrupción (Francia, Austria, Países Bajos, Colombia, México) como de sugerencias específicas (Indonesia, Zambia, Perú, Bolivia, Venezuela, Estados Unidos, entre otros), iniciándose el examen de la normativa a través de varios periodos de sesiones, llevados a cabo en la ciudad de Viena (Austria) durante los años 2002 y

académica de numerosos juristas latinoamericanos (NAKAZAKI SERVIGÓN: «La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna», cit.).

(182) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tiene su antecedente en la Resolución N° 55/61 del 4 de diciembre de 2000, por la cual la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas consideró la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional específico y eficaz contra la corrupción, conformando un Grupo Intergubernamental de Expertos de Composición Abierta, cuya misión fue examinar y preparar el proyecto de términos de referencia para la negociación del futuro instrumento, así como un Comité Especial encargado propiamente de su negociación. La reunión preparatoria oficiosa del Comité Especial celebrada en Buenos Aires concitó la participación de 56 Estados y varias organizaciones intergubernamentales, y tuvo el mérito de proponer la redacción de un texto refundido (sobre la base de las propuestas presentadas, a fin de evitar reiteraciones y viabilizar el examen) que facilitara el trabajo del Comité Especial de Expertos. En esta reunión, el Perú presentó su propuesta de organizar un seminario internacional que se dedique a examinar el problema de la recuperación de fondos de origen ilícito.

2003, en los que se examinaron minuciosamente los proyectos integrales a través de un texto refundido y debatió ampliamente las numerosas propuestas parciales y/o específicas presentadas por los países y/o expertos designados[183]. Esta Convención, junto a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Palermo, noviembre de 2000), ya en vigencia desde el 29 de setiembre de 2003, completan, al lado de convenios específicos contra el terrorismo mundial, tráfico ilegal de armas y de drogas, todo un amplio, completo y complejo arsenal legal contra la corrupción y el crimen organizado.

La Convención de las Naciones Unidas ofrece aportes valiosos en variados temas: definiciones (funcionario público, bienes, producto del delito, delito determinante, entrega vigilada); políticas y prácticas de prevención contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley (creación de órganos encargados dotados de independencia, supervisión y coordinación de la puesta en práctica de las políticas de prevención, difusión de conocimientos en materia de prevención, recursos materiales y personal especializado); códigos de ética, sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, competencia y objetividad; deber de transparencia en los actos y en la toma de decisiones de la Administración Pública; medidas de prevención de la corrupción en el Sector Privado; medidas para prevenir el blanqueo de dinero; propuesta de una serie de figuras de corrupción; plazos

(183) Perú presentó sugerencias y reiteró su propuesta concerniente al tema de la «recuperación de activos de origen ilícito», al que llegó a catalogarse como un «derecho» de los países afectados, tesis que levantó oposición en los representantes de Japón, los EE.UU. y los países de la Unión Europea (la Convención, en la redacción final del texto, lo consideraría un «principio fundamental»). El Perú promovió y logró que se realice, en concordancia con su propuesta, el 21 de junio de 2002, un seminario internacional, que contó entre sus participantes con la concurrencia de expertos internacionales y la presencia de representantes peruanos de la Procuradoría Ad Hoc Anticorrupción (José Ugaz Sánchez-Moreno) y del Congreso de la República (Javier Diez Canseco). Evento en el que se expuso y debatió dicha problemática (modalidades de obtención y transferencia de activos de origen ilícito; procedimientos, identificación, ubicación, inmovilización e incautación de los activos; problemas legales, etc.) con base en casos hipotéticos, propuestos por la Dirección de Debates, y reales (casos de Perú y Filipinas), obteniéndose importantes conclusiones y sugerencias (propuestas de Pascal Gossin, por Suiza, quien describió los pasos que su país establecía para la recuperación de activos; de Willie Hofmeyr, por Sudáfrica; y de Bruno Dalles, por Francia, entre otras. Penélope Ann Mammatah, por Ghana, sugirió una intensa capacitación, dado que la falta de conocimientos técnicos especializados de los magistrados y el Ministerio Público constituían realidades y problemas de los países en desarrollo) de utilidad para potenciar el Capítulo V de la Convención que se refiere a esta temática, además de hacer conocida en el contexto mundial la posición y la experiencia peruana al respecto. Otras propuestas peruanas se circunscribieron a ofrecer redacciones sobre el concepto material de «funcionario público» (desestimado para su debate) y de corrupción, enfatizando asuntos de cooperación y asistencia judicial internacional (normas claras y expeditas sobre extradición, cartas rogatorias, reconocimiento de sentencias judiciales).

amplios de prescripción; responsabilidad penal de las personas jurídicas; protección de testigos y peritos; cooperación internacional (extradición, asistencia judicial recíproca); recuperación de activos; asistencia técnica e intercambio de información).

En el ámbito de la definición de «funcionario público», la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, diferenciándose en gran medida de la conceptualización establecida por la Convención Interamericana, asume hasta tres criterios configuradores de dicha noción, los mismos que se hallan distantes de las ampliaciones de tipicidad normativa que ofreciera en 1996 dicho cónclave interamericano. En efecto, se ha desestimado la mención a la simple elección o nombramiento como factores de existencia legal del funcionario, orientación desestimatoria que comprende por igual a la selección. En cambio, ha optado por asumir criterios estrictos y amplios de funcionario.

La conceptualización estricta se aprecia cuando el ordinal a), inciso I, del artículo 2, dedicado a las definiciones, establece que se entenderá por «funcionario público» *«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»*. Aquí la Convención de las Naciones Unidas acude a un criterio restringido, estrictamente administrativo, el mismo que da cuenta de una serie de requisitos normativos establecidos en la legislación interna (título válido, investidura, posesión del cargo y ejercicio) y que ha sido restringido a las tradicionales funciones públicas de poder(184) (cargos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales), y donde «cargo administrativo» cumple una función horizontal amplia.

La conceptualización amplia de mayor comprensión y flexibilidad ha sido enfatizada en el desempeño de funciones públicas. Así, el ordinal a), inciso II, del artículo 2 indica que por «funcionario público» se entenderá *«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 del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte»*. El uso de la palabra «incluso» en esta segunda conceptualización pone de manifiesto un doble alcance, tanto para comprender al resto del funcionariado y servidores públicos no incorporado en la primera noción como para abrir el

(184) Véase *supra*, p. 165 y ss.

concepto legal hacia quienes simplemente desempeñan funciones públicas, segundo alcance que tiene similitud con el concepto penal de funcionario que enfatiza el aspecto de la participación (desempeño) en funciones públicas. Esta significación amplia incluye al servidor público en el macroconcepto de funcionario, de conformidad con las reglas establecidas en el ordenamiento interno de cada Estado miembro.

Una conceptualización particularizada de carácter subsidiario o residual ofrece la Convención de las Naciones Unidas cuando llega a comprender como funcionario público a «toda otra persona definida como funcionario público en el Derecho interno de un Estado Parte». Cabe destacar aquí que la mención expresa es al Derecho interno del Estado parte, lo que descarta la posibilidad de que una conceptualización decidida en un cónclave internacional sea prevalente, e incluso que existiendo debate sobre si pertenece o no al Derecho interno, dada su contradicción o disimilitud con los marcos normativos internos, la remisión deberá ser entendida igualmente en dicho contexto de interpretación.

Tomando en cuenta que la corrupción ha adquirido dimensiones supranacionales, sobre todo en tema de soborno transnacional, la Convención ha elaborado las nociones particularizadas de «funcionario público extranjero»: «*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*», y la de «funcionario de una organización internacional pública»: «*Un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre*». Definiciones que cierran el catálogo de nociones sobre funcionario público de la que se ha provisto la Convención en la lucha contra la corrupción.

La importancia de las definiciones de la referida Convención de las Naciones Unidas representa el retorno al equilibrio en una materia tan sensible y con evidentes y delicadas consecuencias en relación a la autoría por delitos de función y en especial de corrupción. Significa fijar una posición razonada del más alto nivel cognoscitivo en cuanto elaboración y consenso frente al principio de legalidad que prima (y debería primar) en materia de incriminaciones. En suma, significa no avalar concepciones desbordantes de criminalización que extienden el elemento normativo más allá de pautas racionales de imputación, como sucede con el caso del funcionario material o de hecho, que en seguida se pasa a estudiar.

VII. EL FUNCIONARIO DE HECHO: LA DEBATIBLE TENDENCIA ORIENTADA HACIA UNA NOCIÓN MATERIAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En la legislación nacional, el concepto administrativo de funcionario público es de naturaleza formal, donde las excepciones a dicha regla han sido practicadas a través del Código Penal (artículos 386, 388 [segundo párrafo], 392 y 425) y mediante la definición propuesta en la Convención Interamericana contra la Corrupción, lo que ha implicado una gran flexibilización con importantes implicancia para la configuración del concepto penal de funcionario público y consecuencias en la aplicación de la norma penal. Pese a ello, dicho marco de flexibilizaciones ha sido reputado de insuficiente, al plantearse, sobre todo en el discurso judicial, la necesidad de construir, al igual que en el Derecho societario, un concepto jurídico de funcionario *de hecho*, tendencia que se vio inicialmente expresada en las ideas sueltas ingresadas al debate judicial y en la propuesta peruana que se hiciera a la Convención de las Naciones Unidas en el año 2002, que por ese entonces se reunía en la ciudad de Viena negociando un texto normativo global de lucha contra la corrupción[185], propuesta que, si bien cubría un amplio espectro de posiciones de poder no regulado legalmente, fue descartada en tanto hipótesis válida para el debate dada su extrema amplitud carente de límites.

El interés por abordar el tema se suscitó inicialmente en las procuradurías estatales *ad hoc* encargadas de la lucha anticorrupción, desde la defensa del Estado, al no encontrarse respuestas normativas adecuadas ni salida legal en los contenidos del Código Penal y frente a las frágiles

(185) En la Reunión Preparatoria Oficiosa del Comité Especial encargado de negociar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Buenos Aires del 4 al 7 de diciembre de 2001, el Perú presentó un marco de "Definiciones" sobre funcionario público, que fuera incluido en el texto refundido de la Convención sujeto a discusión en el primer y segundo periodo de sesiones, celebrados los días 21 de enero al 1 de febrero de 2002 y del 18 al 28 de junio, respectivamente. Estas definiciones fueron las siguientes:

"1. Para los fines de la presente Convención, por funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, se entenderá también toda persona que se halle en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Ejerza de hecho funciones públicas, independientemente que haya sido nombrado o encargado formalmente para desempeñarlas;
b) Ostente un cargo público, pero en la práctica ejerza funciones propias de otro cargo pese a no haber sido nombrado ni encargado formalmente para desempeñarlas;
c) Tenga un reconocido ascendiente o influencia en las gestiones o funciones públicas o de gobierno, aunque no ostente formalmente cargo público alguno;
d) Tenga un reconocido ascendiente o influencia en las gestiones o funciones públicas o de gobierno, aunque formalmente desempeñe funciones públicas incompatibles con dicha influencia".

argumentaciones de imputación a título de peculado y enriquecimiento ilícito, dirigidas a los sujetos que desde posiciones de poder *de facto* se apropiaron de caudales del Estado o se enriquecieron ilícitamente, sin estar vinculados por razón del cargo. Estas propuestas de imputación, sugeridas por las procuradurías y formuladas en su gran mayoría por los órganos de persecución del delito, llegadas a sede judicial han recibido, con base en argumentaciones dogmáticamente erróneas y jurídicamente cuestionables, una determinada legitimación jurisprudencial. No obstante ello, el tema debe ser evaluado judicial y doctrinariamente tomando en cuenta su pertinencia y corrección conforme los postulados del principio de legalidad y de la debida coherencia exigidas por el ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica.

El tema del funcionario de hecho, ingresado al debate con las sentencias de las salas penales anticorrupción, de comienzos del tercer milenio, al igual que con las argumentaciones desarrolladas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en el marco de la lucha contra la corrupción de los funcionarios del régimen fujimorista, sigue constituyendo en el Perú un asunto perentorio a tratar tanto doctrinaria como normativamente, por las implicancias jurídico-penales que podrían derivarse para el principio de legalidad si se generaliza como válida, en vía jurisprudencial (ante la inexistencia de ley específica al respecto), la propuesta niveladora que pretende, a efectos penales, equiparar el título penal de funcionario o servidor público a quienes carecen de tales calidades oficiales ni poseen legitimación formal (facultades delegadas), o a quienes por el hecho de tener *de facto* una posición de poder controlan o disponen sobre un sector de la Administración Pública, en ambos casos no hallándose comprendidos en las formulaciones legales de los tipos penales especiales de infracción de deber ni en las descripciones establecidas en el artículo 425 del Código Penal[186], y sobre quienes no resulta aplicable la extensión de autoría anticipada contenida en el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, ni la residual establecida en el artículo 2 a) III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, vale decir, con

(186) Artículo 425 del Código Penal: *"Se consideran funcionarios o servidores públicos:*

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley".*

relación a personas a quienes no les llega el mensaje comunicativo de la norma administrativa, penal, interna ni penal internacional. La problemática que plantea la noción de «funcionario de hecho» se halla así limítrofe entre la analogía *in malam partem* y la facultad discrecional del juzgador para fijar lineamientos jurisprudenciales en la perspectiva de brindar efectiva tutela al bien jurídico genérico «Administración Pública».

Como podrá advertirse, la necesidad de insistir en el debate y análisis de un tema que, sin esclarecimiento doctrinario sobre su razonabilidad y legitimidad de uso en materia judicial e incluso sin examinar críticamente los alcances y límites de la normativa comparada, ha sido incorporado como argumento práctico para decidir calificaciones penales, iniciar procesos y establecer sentencias (condenatorias muchas de ellas), debate que se torna obligatorio más allá de las probables parcelas de cautiverio en las que puedan encontrarse sectores del foro penal ante las conveniencias, presión de los medios de comunicación y los mensajes atemorizantes de la rotulación en un medio como el peruano, tan propenso a caer en excesos y exclusiones. Por lo demás, hay que anotar que no habiendo sido el ámbito judicial en el Perú, históricamente, el terreno propicio que haya creado doctrina penal, por las características mismas de nuestra cultura poco reflexiva en materia punitiva; no obstante, ha desarrollado la noción de funcionario material, aplicado al delito de peculado el más estricto de los tipos penales de infracción de deber y, por lo mismo, de sujetos autores obligados por deberes de función, concepto que tal y como ha sido formulado podría tener el grave inconveniente de permitir su proyección al resto de tipos de infracción de deber. Interesa, por tanto, al discurso académico mostrar los méritos logrados por fiscales y jueces en un necesario y plausible esfuerzo para sancionar a los sujetos culpables por actos de corrupción, pero también exponer los desbordes, producidos en el marco de interpretación típica posible, de las argumentaciones judiciales, así como advertir de los peligros que supone el facilismo hermenéutico dirigido a buscar fundamentos no razonables jurídicamente para sustentar decisiones de carácter punitivo.

La experiencia con el gobierno del expresidente Alberto Fujimori sacó a luz la existencia de una anómala realidad administrativa, inherente a un Estado manejado autocráticamente y sin bases de profesionalismo institucional, consistente en la presencia de *intraneus* y, en determinados casos, *extraneus,* que en todo o en parte ejercieron control de la Administración (sobre algún sector, varios de ellos o de todo el aparato público), y desde cuyas posiciones de poder cometieron y/o contribuyeron a cometer un sinnúmero de hechos delictivos, comunes o especiales, de los cuales un grueso sector da cuenta de colusiones defraudatorias, peculados y enriquecimientos

ilícitos. Y sobre esta base, dicha experiencia colocó a la judicatura peruana en una posición límite, caracterizada por la disyuntiva de tener que respetar los estándares de interpretación, fundados en los principios de legalidad-taxatividad que exige el análisis de las normas penales especiales, o tener que adoptar una posición extrema en la labor de interpretación o de ruptura en determinados casos y tipos penales, con la finalidad de presentar respuestas de conjunto en la perspectiva de no permitir impunidad o mensajes de flexibilización frente a la corrupción institucionalizada y sus agentes; procesos anticorrupción con sus enormes méritos de profilaxis y catarsis histórica, pero también con miopías y excesos, que deberán ser evaluados objetiva y racionalmente en su momento con el caro argumento que brinda la mirada desapasionada y lejana, máxime si las propensiones a hacer uso de la tesis del funcionario de hecho no solo han estado o van a estar relacionadas con la experiencia del gobierno de Fujimori Fujimori, sino con experiencias ulteriores de otros gobernantes, donde personas allegadas a altos funcionarios públicos, que sin reunir calidades funcionariales controlan determinados espacios de decisiones públicas, tesis que, sin embargo, distorsiona la idea del significado del funcionario de hecho hasta confundirla con la del usurpador.

Sentencias de las salas penales especiales (anticorrupción) de la Corte Superior de Justicia de Lima optaron por aplicar el concepto material o de hecho de funcionario público. En particular, y a partir de, la sentencia del 29 de mayo de 2003[187] en el caso Bedoya[188], ejemplo paradigmático de la confrontación entre una concepción penal de funcionario y otra material, decidió la acreditación del delito de peculado y la responsabilidad penal de los procesados con base en razonamientos jurídicos tales como: a) Vladimiro Montesinos Torres tiene la condición de autor por cuanto detentó la administración de hecho de los fondos públicos; b) el tipo penal de peculado del artículo 387 del Código Penal no solo sanciona al administrador de *iure*, sino también al administrador de hecho o *de facto*, debiéndose

(187) Expediente N° 010-2001-SPE/CSJL, delito de peculado, Procesados Montesinos Torres, Bedoya de Vivanco y Gonzáles Reátegui. Caso emblemático que sometió a fuertes presiones la capacidad de rendimiento del artículo 387 del Código Penal peruano, referido al delito de peculado, así como los artículos 23 y 25 sobre autoría y complicidad.

(188) El supuesto de hecho fue calificado a título de peculado, en el entendido de que autor era Montesinos y cómplice primario Bedoya, por el hecho de haber este último en su condición de tercero y con dicha conducta contribuido dolosamente con Montesinos Torres para la apropiación de fondos públicos. El razonamiento judicial en el extremo referido a la complicidad de Bedoya por actos acontecidos ulteriormente a la consumación del delito expresa un modo extremo y erróneo de asumir la dogmática penal y un ejemplo de ruptura del principio de legalidad. Al respecto, sobre el momento de consumación del delito de peculado y el rol del tercero, véase *infra* pp. 737, 232 y ss.

acotar que la ley no hace mención a que la percepción, administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de *iure*, basta entonces que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido; c) admitir la figura del administrador *de facto* se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público, es decir, sobre deberes no formales, sino materiales como el propio del Derecho Penal.

Argumentos que se hallan contextualizados en el marco de una interpretación ultraextensiva que rompe las fronteras de significación que los componentes de tipicidad del tipo penal de peculado doloso ofrecen en la fórmula peruana. Es notorio el error de apreciación que se observa en la razón dada por la Sala Penal Especial cuando dice que la «ley no hace mención» a que los modos de vinculación del funcionario o servidor (percepción, administración o custodia) con el objeto material del delito (caudales o efectos) sea formal (*de iure*) o de hecho (*de facto*); los magistrados de la Sala en referencia, de conformidad a dicho razonamiento, han optado por no otorgar valor jurídico, obviándolo del análisis, al componente «por razón del cargo», que constituye el núcleo y, por lo mismo, el más importante elemento de significación de la vinculación funcional que debe poseer todo sujeto especial que sea imputado a título de autor o coautor por delito de peculado, dado que este es un delito de autoría restrictiva. Si es que abstraemos dicho componente de la tipicidad del peculado, solo en esa hipótesis es admisible interpretar en el sentido que la figura penal peruana de peculado permite comprender o asimilar hipótesis *de facto* de funcionario. Solo que dicho razonamiento por omisión es opuesto a las exigencias del principio de taxatividad (deber fiscal y judicial de calificar el supuesto de hecho denunciado conforme a la totalidad de los componentes objetivos y subjetivos del tipo legal, sin obviar o preferir unos en detrimento de otros), por el cual debe regirse todo operador jurídico respetuoso del principio de legalidad. La Sala Especial se alejó así del principio de legalidad e incurrió en un vicio lógico de construcción en su razonamiento, cuando criterios mínimos de interpretación le obligaban a tomar como eje de argumentación de la vinculación funcional «la razón del cargo» para analizar la conducta de Vladimiro Montesinos y los actos desplegados por este en su relación con *extraneus* absolutos con la Administración Pública.

Razonamientos judiciales que fueron asumidos por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en mayoría, la que en ejecutoria de fecha 14 de noviembre de 2003 agrega a la construcción judicial del «funcionario material» (quien tuvo la administración de hecho de los fondos del Estado) el criterio de «orden expresa de autoridad competente», es decir, y en referencia a la posesión de caudales, importaba que la posesión se hallara

legitimada en orden expresa de autoridad competente[189]. En el razonamiento del Tribunal Supremo, para el caso en concreto, existía «autoridad competente» para hacer las entregas irregulares o ilegales de dinero (a Montesinos) que procedían básicamente del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), Ministerio de Defensa y del Interior, argumento sujeto a debate en la medida que las competencias administrativas tienen que ceñirse a legalidad, no siendo el solo hecho de la presencia o existencia del funcionario administrativo fundamento que configure «competencia» por razón del cargo a efectos de realizar transferencias ilegales. El Tribunal Supremo acude aquí, como resulta obvio, a un argumento de consistencia débil para avalar la tesis del funcionario de hecho desarrollada por la Sala Penal Especial.

En un hilo conductor de argumentación *ad simile* el Tribunal Constitucional, en voto mayoritario, mediante sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004[190], da en una primera fase por terminada la discusión judicial al indicar en los fundamentos 10 y 11 que: «Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad ejercía, de hecho, la jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal».

Los argumentos del Tribunal Constitucional, por su parte, acusan notoria fragilidad cuando equipara el significado de la frase «ejercer de hecho la jefatura del SIN» con la noción normativa de «por razón del cargo», núcleo normativo central requerido por el delito de peculado (que, de haber detentado formalmente Montesinos, le hubiera sido exigible penalmente la custodia y administración de fondos públicos, al tratarse de un sujeto vinculado). El término «cargo» utilizado en la sentencia en mayoría por el

(189) Ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, R. N. N° 1813-2003-Lima, que confirma la sentencia de vista. Vocales Echevarría Adrianzén, Valdez Roca, Alarcón Menéndez, Vega Vega, Saavedra Parra. Al existir discordia en cuanto a la pena y reparación civil impuesta (vocales Vega Vega y Saavedra Parra), dirimió el vocal Vásquez Vejarano.

(190) Expediente N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Con voto mayoritario de los Sres. jueces Alva Orlandini (presidente), Gonzáles Ojeda y García Toma, y los votos singulares de Bardelli Lartirigoyen (vicepresidente) y Revoredo Marsano. Recurso extraordinario presentado por Bedoya de Vivanco ante la decisión de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que con fecha 4 de junio declaró improcedente la demanda de hábeas corpus planteada contra el Poder Judicial y los miembros en mayoría de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que confirmaron en parte la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Tribunal Constitucional se halla conceptuado en su significación vulgar, general, no en sentido administrativo formal propio del ejercicio del cargo o, mejor aún, «por razón del cargo», elemento normativo del tipo de peculado que remite en su verificación al ámbito administrativo, y que advierte en parte el voto singular del juez Bautista Bardelli, al enfatizar la necesidad de respetar el principio de legalidad al analizar los supuestos de hecho de contenido penal, principio que constituye –indica dicho magistrado constitucional– «característica de los pueblos civilizados» en contraste al autoritarismo penal extremo, que cada cierto tiempo se exhibe en la historia del pensamiento jurídico penal(191).

Delimitando el campo temático del «funcionario de hecho», hay que señalar que con dicha frase no nos estamos refiriendo a un usurpador de funciones o de autoridad, es decir, quien sin tener derecho ni legitimación ejerce *de facto* funciones públicas (hipótesis que comprende tanto al *extraneus* como al sujeto público, que en otro supuesto, extiende ilegalmente a otros ámbitos reglados sus competencias o atribuciones), sino a quien sin poseer los suficientes requisitos para el ejercicio de la función, sin embargo, ejerce función pública, situación que posee la particularidad de no tener regulación expresa en la normativa administrativa ni en la penal; pero que, sin embargo, dado el concepto penal amplio de funcionario público, podría resultar absorbido por dicha categorización(192). Diferente escenario se presenta en las legislaciones penales comparadas española, chilena e italiana, las cuales hacen mención expresa a esta modalidad material de funcionario y, por lo mismo, admiten interpretaciones de conformidad al principio de legalidad, esto es, no se presentan los problemas de razonabilidad interpretativa que se evidencia en el caso del Perú.

La propuesta peruana hecha llegar en el año 2002 a la Convención de las Naciones Unidas que negociaba en Viena una carta mundial de lucha contra la corrupción incorporó otros elementos a tener en cuenta para conglobar a dicho funcionario: *el ser poseedor de un reconocido ascendiente o influencia en las gestiones o funciones públicas o de gobierno.* Se nota aquí un excesivo celo protector del bien jurídico, que tiene el grave inconveniente de abrir desmesuradamente el espectro de posibilidades de aplicación, ya que es muy difícil determinar el contenido significativo de lo que haya que entender por «reconocido ascendiente», al tratarse de un asunto

(191) Véase sentencia, voto singular del Dr. Bardelli, con relación a la tesis del tribunal en mayoría acerca de que es posible que se pueda sancionar como autor de peculado a quien no es funcionario público, precisa que: «Este fundamento contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos».

(192) Sobre el "funcionario *de facto*", véase *supra*, p. 76.

valorativo sujeto a enfoques que pueden pecar de subjetivos, así como precisar sus niveles y gradaciones, o efectuar concreciones en función de las personas, que en este caso pueden estar representadas por los familiares del funcionario, sus allegados íntimos, personas de confianza, amigos (nacionales o extranjeros), asesores, etc.

En la legislación comparada, el caso de España es ilustrativo para mostrarnos los límites en la construcción legal del funcionario material o de hecho en relación a los delitos de malversación de fondos. En efecto, la legislación penal española, antes de la reforma practicada por la Ley Orgánica N° 1-2015 del 30 de marzo, conforme a su tradición punitiva, regula el peculado (artículo 432) por sustracción de caudales como una modalidad de malversación de fondos cometida por autoridad o funcionario público, quien deberá tener dichos caudales por «razón de sus funciones», hipótesis estricta de peculado que hace inadmisible imputar dicho delito a quien no posea dicha vinculación funcional con el objeto material del delito. Igual condición de tipicidad registra el delito propiamente de malversación (artículo 433). Se flexibiliza el esquema criminalizador español cuando regula el delito de aplicaciones privadas del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público, supuesto legal que no requiere el componente por razón de sus funciones, con lo que amplía el círculo de autores al romper el dique de la vinculación funcional. Un tercer esquema que prescinde ya de la calidad funcional y, por lo mismo, de la vinculación funcional, se establece a través del artículo 435, según el cual las disposiciones de los delitos de malversación *son extensivas a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas*, con lo que supera en generalidad y apertura a lo establecido en el artículo 422 del Código Penal español (antes de ser modificado por LO N° 5/2010 del 22 de junio) cuando se refiere a *cualesquiera persona que participen en el ejercicio de la función pública* y a la regla de parte general del artículo 24 inciso 2, que efectúa igual alusión para configurar al funcionario público. Considerar funcionario público a quien carece de requisitos administrativos para ello, por el solo hecho de estar por cualquier concepto (lo que abre la posibilidad de incorporaciones diversas) encargado del patrimonio público supone construir en su extremo máximo el denominado funcionario material o de hecho, construcción de la noción de funcionario material fundada en norma legal expresa, a diferencia del caso peruano, decidido por vía jurisprudencial obviamente anómala.

En cierto modo, el caso de los delitos de lesa humanidad, pese a las discusiones y diferentes posiciones que al respecto existen, es otro ejemplo de cómo se podría acudir al concepto de funcionario de hecho para asegurar un debido ámbito de tutela penal al bien jurídico, sin que ello suponga

ruptura del principio de legalidad internacional. La Convención de Roma de 1998 determina que por el delito de desaparición forzada de personas *se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia.* Los delitos de lesa humanidad son delitos planeados y dirigidos desde las posiciones públicas de poder institucional que no resultan imputables a particulares, dado que obedecen a políticas generalizadas de ataque sistemático. La posibilidad de atribuir dichas conductas delictivas a los particulares descansa en el hecho de que el Estado les haya dado su autorización, apoyo o aquiescencia, como se precisa en la norma internacional para el caso de la desaparición forzada, esto es, que el Estado asuma responsabilidad en la comisión del delito, con lo que fácilmente se puede construir un concepto material de funcionario de hecho en tanto autor o coautor de dichos crímenes de persecución internacional. Más concretamente, el proyecto trabajado en la subcomisión de Código Penal del Congreso, a efectos de redactar un libro tercero del Código que regule los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra[193], contiene la siguiente redacción en el marco de las Disposiciones Generales: «El jefe militar o policial, el superior civil o quien ejerza de hecho como tal (...)». Ejercer de hecho como militar o policía, esto es, como una especie determinada de funcionario público, es ya un reconocimiento a la tesis del funcionario material. Sin embargo, hay que señalar que no goza de consenso la tesis que la autoría en los delitos de genocidio y lesa humanidad corresponda exclusivamente a delitos de infracción de deber, sino que poseerían en este respecto estructura mixta, es decir, abarcan las infuncionalidades severísimas de funcionarios, pero también la conducta criminal de particulares[194].

Por lo demás la tesis del «funcionario material o de hecho» que ha sido ingresada en la argumentación jurisprudencial peruana se halla íntimamente vinculada a la específica variedad del «administrador de hecho», que ha ganado autonomía y reconocimiento conceptual-jurídico en algunas legislaciones del contexto penal comparado (casos de Italia y España), y que se halla circunscrita penalmente al ámbito de los delitos societarios, que es en donde cumple una función complementaria a efectos de una mejor tutela del bien jurídico. García Cavero, con relación al administrador de hecho, precisa que en los delitos de infracción de deber su responsabilidad no se equipara al administrador de derecho. Solo puede responder como autor de

(193) Integrada por los comisionados Mateo Castañeda Segovia, Iván Montoya, Carlos Caro y Fidel Rojas, y que contara con la activa participación, entre otros, de los doctores Miguel Huertas y Marisela Silva.

(194) Sobre esto véase Ambos, Kai: *La parte general del Derecho Penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005, p. 75 y ss.

los delitos de infracción de un deber la persona obligada, que normalmente es el administrador de derecho. Excepcionalmente, podrá responder el administrador de hecho cuando la propia institución social que genera los deberes específicos lo considera obligado. Esto tendrá que determinarse en cada tipo penal en concreto[195].

Resumiendo, la admisión de la figura legal del funcionario o administrador de hecho en la perspectiva penal supone la concurrencia de tres aspectos indesligables:

a) Ausencia de título válido. Entendido, en tanto, un título insuficiente, vencido o cuestionado legalmente.

b) Ejercicio de funciones o control de las mismas en un escenario diverso de amplitud en el control *de facto*. El ejercicio de actividades inherentes a funciones públicas preexistentes se sustenta en el título aparente (extremo mínimo del concepto material de funcionario). El dominio *de facto* de un área de decisión (de varias o de todas) de la Administración Pública (extremo máximo del concepto funcionario material) se convierte en el aspecto más peligroso y desestabilizador de la presencia de dicho anómalo "funcionario".

c) Aceptación o reconocimiento por parte de la Administración, del Gobierno o de sectores de él de este ejercicio concreto y real de poderes y facultades. La falta de este requisito configurará formal y materialmente el caso del usurpador.

De todo ello se colige que el «funcionario de hecho», el mismo que puede hallarse tanto al interior de la Administración Pública como fuera de ella, en su extremo máximo, que es el que aquí nos interesa, solo es posible en un contexto de tolerancia, aceptación o complicidad de los grupos de poder político y/o de las esferas administrativas de decisión.

Uno de los núcleos de dificultad para legislar sobre el funcionario de hecho, dando por descontada la necesidad de tal excesiva extensión de tipicidad, en el ámbito de la Administración Pública reside en la incompatibilidad misma del tema. En efecto, colisiona con el más mínimo sentido de coherencia administrativa plantear siquiera la posibilidad de existencia de personajes que, no siendo sujetos públicos, puedan decidir el manejo de fondos u orientar las políticas funcionales; en este contexto, solo una

(195) Al respecto, un pormenorizado estudio véase en García Cavero, Percy: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de la imputación*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 109 y ss.

grave anomalía estructural o de etiología política puede dar cuenta de este hecho. Legislar entonces sobre un problema que no debió ni debe existir en un Estado de Derecho nos coloca en la certidumbre de admitir que en el futuro el sistema político-administrativo podría verse nuevamente afectado por estas irregularidades.

Sin embargo, desde una posición distinta y con base en la perspectiva de tutela penal máxima del bien jurídico «Administración Pública», la tesis del funcionario material podría resultar atendible por encima de las aprensiones administrativas, a los efectos de una regulación específica a nivel de las menciones establecidas en el artículo 425 del Código Penal. Tres argumentos pueden ofrecerse para fundamentar tal propuesta: **a)** el fracaso de la eficacia comprensivo-preventiva de la flexibilización de los alcances de la noción legal de funcionario público con la que hasta entonces se ha trabajado en el Código Penal y la normativa penal internacional ya mencionada; **b)** como forma de evitar la utilización de las deficiencias de la legislación penal para preordenar comportamientos delictivos que no encuentran en el catálogo de conductas prohibidas una calificación coherente; y **c)** como un antídoto a las propensiones advertidas de incurrir en analogías prohibidas. La inclusión de una descripción penal normativa de «funcionario de hecho» deberá realizarse respetando al máximo posible el principio de legalidad, evitando incurrir en cláusulas abiertas y en el uso de una terminología subjetiva y extremadamente vaga. Tal positivización jugará un papel complementario a invocarse a futuro, ante la imposibilidad de aplicar retroactivamente dicha figura normativa.

VIII. LOS SUJETOS PÚBLICOS Y LOS DEBERES DE GARANTE

Por las características de la relación jurídica de base legal (excepcionalmente contractual, artículo 425.3 del Código Penal) que existe entre el funcionario y la Administración Pública, se genera en aquel una serie de obligaciones que no las ha creado ni ha participado en su gestación, sino que las encuentra ya definidas por la ley y los reglamentos, lo que implica que los deberes de garante que asume en el ejercicio del cargo le son impuestos unilateralmente por el poder público, esto es, no dependen de su voluntad o consenso; situación que en el contexto comparado, tomando como caso paradigmático el de España, en clara muestra de un espíritu democratizador y de participación ciudadana, ha sido matizada al permitirse por Ley N° 9/1987 la negociación colectiva (la misma que deberá ser aprobada por los órganos gubernamentales) en la regulación de la función pública entre los representantes del Sector Público correspondiente, las organizaciones

sindicales representativas a nivel estatal y de las comunidades autónomas y los sindicatos del sector o repartición pública específica.

Ser funcionario público es ocupar un estatus especial que comporta derechos, privilegios y obligaciones distintos al del servidor o empleado público. La calidad de funcionario concede a su titular una serie de ventajas tanto en la seguridad que da la estabilidad en el cargo (funcionarios de carrera), de orden económico a una adecuada y justa retribución y a derechos previsionales, como en sus expectativas de realización profesional, con base en el mérito y la movilidad vertical, además de los derechos a la sindicalización y huelga (a excepción de determinados funcionarios). En contraparte, en el funcionario público, la Nación, la ciudadanía y la legalidad tienen depositados una serie de expectativas de comportamiento, profesionalidad, conducción ética y resultados que deben satisfacer, pero a la vez los tornan sujetos especialmente vulnerables, sobre todo cuando por acción u omisión quebrantan sus deberes funcionales, ámbito de infraccionalidad que responde a un amplio marco de violaciones a la ley y reglamentos. Todo funcionario público tiene por definición «deberes de garante» para con la sociedad y el Estado, es decir, está en el imperioso deber de cumplir diligente y óptimamente sus funciones evitando la producción de resultados lesivos a la Administración Pública y los intereses ciudadanos. El funcionario público tiene el deber de fomentar y asegurar la institución positiva de la Administración Pública, de su corrección y éxito en tanto gama de funciones y servicios públicos destinados en su gran mayoría a los ciudadanos. El quebrantamiento de estos deberes de garante presupone la incursión en el ámbito de responsabilidades de distinta naturaleza dependiendo de las características de la infracción y del funcionario: administrativa, disciplinaria, civil, penal, política, internacional.

Las atribuciones y prerrogativas que nacen de la naturaleza y ejercicio del cargo que le otorgan poder, distinción y ventajas al funcionario también le obligan –al haber asumido deberes y obligaciones para con la Nación y la sociedad[196]– a salvaguardar los intereses y valores inherentes a la Administración Pública. Es decir, lo colocan en una posición de garante (de vigilante y asegurador de la correcta marcha de la Administración Pública en el ámbito de su competencia e injerencias), ya sea conduciendo sus actividades y comportamientos con sujeción a los dictados de las normas y reglamentos, o bien cautelando activamente los intereses públicos (que a través de las funciones y servicios públicos se concretan)

(196) El término "Estado" está tomado en su acepción amplia para comprender al Gobierno central e instituciones dependientes y autónomas conexas, a los gobiernos regionales y locales (municipalidades) y a los otros poderes que conforman la estructura estatal (Legislativo, Judicial y electoral).

de las amenazas o lesiones que contra los mismos los terceros u otros funcionarios y servidores efectúen.

Esta posición de garante en sentido amplio, nacida de la vinculación legal con la Administración Pública y de los deberes funcionales inherentes a dicha vinculación, se funda constitucionalmente con base en el enunciado que indica «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación» (artículo 40 de la Constitución Política peruana)[197], lo que ha posibilitado y legitimado, en la esfera penal, la creación de un apartado especial de delitos imputados al funcionario público por quebrantamiento de sus roles especiales.

Los deberes de garante del funcionario público, quien está obligado a actuar con profesionalismo, diligencia y objetividad, le exigen[198]:

a) Actuar con criterios de profesionalismo y honradez en todos los actos de función cuidando el patrimonio del Estado que esté bajo su directo y/o funcional control y responsabilidad.

b) Hallarse impedido de realizar en su centro de trabajo actividades ajenas –no autorizadas– a las funciones asignadas.

c) Prohibición de la exigencia o recepción de dádivas, obsequios, agasajos y demás similares.

d) Prohibición de celebrar o suscribir contratos, por sí o por terceras personas, o intervenir directa o indirectamente en asuntos

(197) Las Constituciones de otros países recogen por igual tal punto de partida. *España* (artículo 103.1): La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. *Portugal* (artículo 266.1): La Administración Pública garantiza los intereses públicos en el respeto a los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos. Artículo 266.2: Los órganos y agentes administrativos están subordinados a la Constitución y a la ley y deben actuar con justicia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. *Italia* (artículo 54): Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes. Los ciudadanos a quienes le han sido confiadas funciones públicas tienen el deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley. *Ecuador* (artículo 120): No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

(198) Deberes e incompatibilidades reguladas en el Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, ya citados, artículos 23 y 126 al 137, respectivamente. Sobre la teoría de la posición de garante, es útil el sintético y bien logrado trabajo de Gössel, Karl Heinz: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984, p. 56 y ss.

oficiales en los que tenga un interés personal, mediando los intereses públicos.

e) La prohibición de realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de actividades.

Como se observa, se trata de un régimen de deberes (no completo, por cierto, pero lo suficientemente indicador) mayormente marcado por una serie de incompatibilidades que delimitan y obligan al funcionario público a conducir sus actos en estricta observancia a la Constitución, las leyes y los fines de la Administración Pública, que no son otros que los del servicio a la sociedad y la afirmación del poder estatal. Más allá del sentido casuístico de la legislación administrativa peruana, los deberes del funcionario, también del servidor público, se hallan pautados por el servicio al interés general, con neutralidad y al margen de obsecuencias y favoritismos políticos partidarios.

Las incompatibilidades en el ejercicio funcional no se hallan, en el Perú, propiamente recogidas en una ley marco de contenido general, sino que se encuentran diseminadas en las diversas leyes orgánicas de las reparticiones públicas. Más aún, la Constitución Política no tiene en este punto enunciados precisos que sirvan de referente obligado, a diferencia de otros textos constitucionales.

IX. DEBERES ÉTICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

La ética del funcionario en el desarrollo de la gestión administrativa constituye un tema de obligada actualidad, dada su importancia para dotar a los actos de los funcionarios y servidores de filtros conceptuales premunidos de alto valor espiritualizado y controles prejurídicos, por lo mismo, de carácter preventivo, que garanticen un funcionamiento normal y legitimado de la Administración Pública, necesidad ética que se aprecia con claridad cuando entran en conflicto los intereses funcionales del sujeto público frente a sus intereses personales, o cuando se sopesan dichos intereses personales o de grupo frente a los de la Nación o de la repartición pública a la que representa o encarna, y en un grado extremo de desnaturalización, cuando son priorizadas las ventajas patrimoniales ilícitas a los fines de la función o servicio público (diversas formas de cohecho).

El interés por la ética del funcionario, que comprende tanto la conducción de su vida profesional como el ámbito que atañe al ejercicio de los actos funcional es un tema que de antiguo ha concitado interés, no obstante

que sea recientemente destacada su importancia como disciplina de filosofía práctica. VILLORIA MENDIETA[199] retrotrae los orígenes remotos del estudio de la ética en la gestión pública a las reflexiones de Confucio[200] y la escuela de los legistas en China (sobre todo a la eficiencia y objetividad) y a las de Kautilya en la India, y obviamente a la filosofía moral del pensamiento griego que desarrolló argumentativamente las nociones del bien y lo bueno en las acciones personales y públicas[201]. Ya modernamente, el tema cobra interés, luego del particular y subjetivo pensamiento teológico cristiano, con la grave crisis de identidad que supuso el quiebre del orden aristocrático feudal para con la Administración Pública configurada en torno a favoritismos y deberes de sujeción al monarca. La necesidad de un marco de reglas y de un conjunto de valores que se hallen en la base de la conducta de los funcionarios se torna una exigencia del sistema, de modo que la ética del funcionario en la era moderna, que integre y estandarice conductas y sirva a la vez de mecanismo de control preventivo, comienza a ser gestada con el crecimiento del funcionariado en Francia y Alemania, e incentivada con el aumento de poder que van adquiriendo.

(199) VILLORIA MENDIETA, Manuel: *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 28.

(200) CONFUCIO (KUNG TSÉ: 551-479) es reputado como el filósofo chino de la gestión pública. Su obra está insuflada de valores para la acción tanto privada como pública. Algunas citas de *Los cuatro libros clásicos* (Barcelona, Editorial Bruguera, 1978) que se le atribuye en autoría, el mismo que ha sido comentado por sus discípulos, dan cuenta de esta calificación: «Por consiguiente, la buena administración de un reino depende de los ministros que se hallen al frente del mismo. Un príncipe que desee imitar la buena administración de los antiguos gobernantes, ha de elegir a sus ministros con la mirada puesta únicamente en el bien público, sin dejarse influenciar por quienes le rodean; para que en dicha elección solo le mueva la consecución del bien público, debe subordinar sus sentimientos personales a la gran ley del deber; esta gran ley del deber la descubrirá en la propia naturaleza racional, la cual constituye el fundamento del amor universal hacia todos los hombres, la más hermosa entre todas las virtudes» (p. 88). «*Para el buen gobierno de los reinos y de los imperios es necesaria* **la observancia de nueve reglas universales**: el dominio y el perfeccionamiento de uno mismo, el respeto a los sabios, el amor a los familiares, la consideración hacia los ministros por ser los principales funcionarios del reino, la perfecta armonía con todos los funcionarios subalternos y con los magistrados, unas cordiales relaciones con todos los súbditos, la aceptación de los consejos y orientaciones de los sabios y artistas de los que siempre debe rodearse el gobernante, la cortesía con los transeúntes y extranjeros, y el trato honroso y benigno con los vasallos» (p. 90). «El hombre perfecto no se contenta con su propia perfección, sino que tiende al perfeccionamiento de todos los demás hombres. El perfeccionamiento de uno mismo o perfeccionamiento interior es una virtud; el perfeccionamiento de los demás o perfeccionamiento exterior es una ciencia sublime; ambos perfeccionamientos tienen su origen en la naturaleza racional pura. El cumplimiento de la ley del deber exige la posesión de uno y otro perfeccionamiento, que se consigue siempre obrando de acuerdo con las circunstancias externas» (p. 97).

(201) Platón, en *La República* y en varios de sus trabajos filosóficos, efectúa, a través de diálogos, una extensa e intensa defensa de los valores positivos del bien, lo bueno, la verdad y la justicia.

En la actualidad es ya consenso que, si se busca una eficaz Administración Pública orientada a los fines estatales, esto es, al servicio de los intereses generales (de las personas y colectivos sociales) y al bien común en el marco amplio de legalidad y justicia, no existe la posibilidad de desvincular la ética de la conducta funcional de los sujetos públicos, engranaje que implica admitir que, junto a los tradicionales valores de la internalización del deber, primacía de los intereses de los ciudadanos antes que de los intereses personales de los funcionarios, sentido de honradez, profesionalismo, lealtad y sujeción a la Administración Pública, otros valores igualmente trascendentes son ahora determinantes en la concepción ética del funcionario: la defensa y promoción de los valores democráticos en la ciudadanía, la búsqueda, a través de sus decisiones, de la equidad social como remedio a las desigualdades y desequilibrios que la legalidad o la justicia oficial puedan presentar, y la procuración permanente de la mejora de la actuación ética de la Administración Pública. Con base en estos tres nuevos valores, la imagen ética del funcionario público contemporáneo, tanto en lo reglado como en el ancho margen de discrecionalidad, que las imperfecciones o limitaciones de las normas posibilitan, es aquella que se atreve a decirle no al político oportunista interesado en conducir la Administración o un sector de ella conforme a sus intereses partidarios o personales; es la que tiene en la Constitución y las leyes (y en los principios que las inspiran) sus guías rectoras determinantes y no en los dictados personales del político que, por lo general, con excepciones, abrumadoramente en la mayoría de los países de Latinoamérica, se halla calculando intereses al margen del interés público. Perfil neomoderno de funcionario que, en suma, cuando resulta necesario para asegurar los fines de la Administración Pública, se enfrenta al poder político, actuando siempre con transparencia, simplificando lo complejo y generando ámbitos, como bien precisa Villoria Mendieta, en los que la actividad discursiva, en torno a políticas y programas, se desarrolle con las máximas condiciones de libertad e igualdad entre las partes, favoreciendo la interacción social y removiendo las restricciones ficticias que imponen el surgimiento de la verdad a través del debate y la persuasión(202), ética discursiva en la era de posmodernidad que, a decir de Habermas, implica la reconstrucción racional de los contenidos de una tradición moral(203).

Resulta notorio que el esquema que antecede demarca una situación de interacciones regulares por parte del funcionario público conforme a

(202) Villoria Mendieta: *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, cit., p. 31.

(203) Habermas, Jürgen: «Ética discursiva», en Carlos Gómez (editor): *Doce textos fundamentales de la Ética*, Madrid, Alianza Editorial, p. 174.

una ética racional, orientada a los fines públicos y valores democráticos, no obstante que, como anota THOMPSON[204], con base en las sutiles disquisiciones de MAQUIAVELO y WALZER, existen ocasiones en las que las decisiones políticas que formulan y aplican los funcionarios colisionan con los valores éticos: «los funcionarios cometen inmoralidades por codicia, deseo de poder o lealtad a su familia y amigos. Pero hay una suerte de inmoralidad propia de la función pública que paradójicamente muestra una apariencia más noble, pues no se la comete para satisfacer objetivos personales sino en la búsqueda del bien común. El problema de las "manos sucias" incumbe al político que infringe los principios morales en nombre del interés público»; agudo problema que se presenta en las altas esferas del funcionariado y que ha merecido posiciones de rechazo ético como de justificación utilitarista (la lucha entre el deontologicismo y el consecuencialismo), y que no descarta, conforme al pensamiento de WALZER, la sanción al político que, apartándose de los valores éticos, infringe las leyes en dicho supuesto.

El Derecho y la ética marchan juntos, opinar en sentido contrario abonaría una concepción normativista peligrosamente autorreferenciada y alejada de su base social y de los mensajes teleológicos de toda construcción normativa (en amplio sentido). Lo ético, como valor positivo fundante y nutriente de las actividades funcionales y de servicio de los agentes públicos, está –y debe estar siempre– presente y actuante en el desempeño funcional en todos los planos y niveles de una Administración Pública concebida de modo global, dinámica, estructural y objetiva.

La autonomía del Derecho con relación a las normas morales (concreciones prácticas de los valores éticos dominantes histórica y concretamente) no implica que se pueda construir normas jurídicas desprovistas de eticidad, o que las mismas vinculen su validez y vigencia exclusivamente al centro de producción formal legislativo, por cuanto que, por más válida que sea una norma, al haber sido dictada por el órgano legislativo, si la misma es inicua, esto es, desprovista de criterios éticos en sus fundamentos y de justicia en sus consecuencias, se convierte en una norma ilegítima sociojurídicamente.

Derecho y ética, normas jurídicas y normas morales definen así dos planos paralelos interactuantes, que si bien marchan juntos, no pueden, sin embargo, llegar a mezclarse de modo que pierdan identidad y espectro propio de irradiación. El Derecho normado o positivo se funda en valores

(204) THOMPSON, Dennis: *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, 1999, p. 25 y ss.

éticos que lo sustentan y legitiman iushistóricamente, mas no se confunde con la moral: ambos toman el comportamiento humano como objeto de atención, pero respetan sus ámbitos de competencia al establecer requisitos, contenidos pautados y regímenes sancionatorios propios.

La confusión (la pérdida de identidad) entre la norma jurídica y la norma moral, que marcara un largo e irracional espacio en el desarrollo del Derecho occidental, hasta antes del surgimiento del Derecho liberal, representa en la evolución del pensamiento jurídico-penal una etapa superada; no constituyendo sus derivaciones jurídico-conceptuales argumentos invocables para calificar tipicidades delictivas, de modo que tengan que ser priorizados criterios morales para definir delitos o faltas.

Entre el deber ético y la relevancia penal funcional existe un amplio puente de mediación a través de las normas administrativas y los deberes reglados del cargo o empleo, sin que ello implique negar que el quiebre ético de los agentes prepare o sea una condición interna y personal de la etiología del delito funcional.

Los aludidos planos de dominio de la moral y la norma jurídica, de sus mutuas y recíprocas influencias, adquieren en el Derecho Administrativo y en el Penal dimensiones distintas. En el primero, numerosos enunciados morales vinculados a intereses públicos se hallan reglamentados y definen marcos de incompatibilidades para el desempeño funcional, mientras que en el segundo, la concentración de los imperativos morales se encuentran mediados o implícitos mediante remisiones interpretativas. Los valores éticos poseen una fuerza vinculante directa en lo administrativo y difusa e intermediada en lo jurídico-penal.

Los deberes del funcionario desde la perspectiva jurídico-penal están constituidos por el marco pautado de las obligaciones derivadas del cargo o función ejercidos. Los deberes éticos, en cambio, cubren todo el espectro de actividad funcional y de servicio desde la perspectiva administrativa. En consecuencia, la referencia a los deberes éticos del agente público (gobernante, alto funcionario, funcionarios en general y servidores públicos) no cubre propiamente un espectro donde apreciar o discriminar relevancia penal. Los deberes éticos del funcionario y servidor público (se puede hablar también de deberes políticos de determinados y altos funcionarios) se hallan así delimitados por factores que rebasan la propia moral positiva personal y que más bien encuentran en el bien común el interés público y el servicio a la Nación sus principios fundantes, deberes éticos que como imperativos categóricos necesitan hallarse presentes y actuantes en la dinámica de las entidades públicas, tanto internamente como en su nexo con

los destinatarios de la función y el servicio, para no perder de vista la naturaleza y cometidos de la Administración Pública.

Exigencias ético-funcionales tales como el de respeto, la dignidad, la honradez, el decoro profesional-personal o la imparcialidad no tienen una fuente definida-positiva de producción, encontrándose en algunos casos positivizados o implícitos en la Constitución Política, en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en leyes orgánicas y reglamentaciones como también en preceptos iusnaturales que informan el Derecho mismo y la actuación humana. Estos deberes, en el ejercicio público, suponen prueba de valentía personal y entereza profesional.

Los deberes administrativos de los agentes públicos sí observan, en cambio, un profuso tratamiento reglado a nivel de leyes y reglamentos, de modo genérico o específico(205). Sobre esto, Miguel SÁNCHEZ MORÓN(206) nos ofrece la siguiente y bien resumida gama de deberes administrativos:

1. El deber de fidelidad a la Constitución.
2. El deber de respetar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
3. El deber de imparcialidad (neutralidad política y régimen de incompatibilidad).
4. El deber de obediencia vinculado al principio de jerarquía administrativa.
5. El deber de adecuación al ordenamiento jurídico (observancia de las leyes).
6. Cumplimiento de deberes funcionales.
7. Deber de colaboración con sus jefes y pares para el mejoramiento de los servicios y la consecución de los fines de la unidad administrativa en la que se hallen destinados.
8. Deber de residencia.
9. Deberes de respeto, corrección y decoro.

(205) Véase la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276: artículos 21 y 23) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 005-90-PCM, del 15 de enero de 1990: artículos 126 al 139), así como las leyes orgánicas específicas de los diversos sectores de la Administración Pública.

(206) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la función pública*, cit., pp. 248 a 260.

10. Deberes de secreto y de sigilo con relación a informaciones y datos clasificados como secretos o información reservada. Deberes invocables en específicas áreas de la Administración Pública (tributaria, ámbito militar, servicios de inteligencia, etc.).

Los esfuerzos en materia de ética del funcionario en el terreno de las convenciones internacionales y en el marco del Derecho supranacional se han orientado a revalorar su función y a proponer textos normativizados de mayor alcance. Así, la Resolución N° 51/59, del 28 de enero de 1997, en el 51er periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el **Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos**, recomendado a los Estados miembros. Dicho Código de Ética, que consta de 11 artículos y seis títulos, señala que los titulares de cargos públicos serán ante todo leales a los intereses públicos de su país (artículo 1); velarán por desempeñar sus obligaciones y funciones de manera eficiente y eficaz, conforme a las leyes o las normas administrativas, y con integridad (artículo 2); serán diligentes, justos e imparciales en el desempeño de sus funciones y, en particular, en sus relaciones con el público. En ningún momento darán preferencia indebida ni discriminarán impropiamente a ningún grupo o individuo, ni abusarán de otro modo del poder y la autoridad que les han sido conferidos (artículo 3). Este Código también regula una serie de incompatibilidades y prohibiciones(207), así como establece que «las actividades políticas o de otra índole que realicen los titulares de cargos públicos fuera del ámbito de su cargo no deberán, de conformidad con las leyes y las políticas administrativas, mermar la confianza pública en el desempeño imparcial de sus funciones y obligaciones.

X. EL ARTÍCULO 425 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991

Artículo 425: «Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

(207) Véase la sección Anexos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley»[208].

Este artículo establece por vía normativa a quienes, en términos genéricos y en un espectro amplio, el Derecho Penal peruano considera funcionarios o servidores públicos. Tal comprensión no necesariamente va a coincidir con la que existe en el ámbito estrictamente administrativo. Mejor aún, para superar la noción administrativa es que fue pensado y redactado dicho artículo. Es decir, no todos los que comprensivamente resulten involucrados en los alcances del Código Penal son *stricto sensu* funcionarios o servidores públicos. La estimación que hace el Código de las citadas calidades es puramente normativa, lo que implica sostener que, más allá del ámbito jurídico-penal, permanecen o rigen las calidades propias e implícitas de tales sujetos. Resulta obvio que la razón que explica esta amplia comprensión-equiparación se fundamenta en la necesidad de brindar una efectiva protección a los intereses tutelados con el *nomen iuris* «Administración Pública».

El artículo 425 no precisa quiénes son *funcionarios* y quiénes *servidores*. Al emplear el conector copulativo «o» no efectúa sinonimia o equiparación de significados[209], sino que está abarcando genéricamente dos grandes ámbitos de sujetos públicos, optando por dejar a las respectivas leyes de la materia y a la interpretación, con base en los ámbitos de competencia administrativa y de la que se infiera o derive de los tipos penales especiales, la solución del problema[210], no siendo ello un asunto de escaso

(208) Texto modificado por el artículo único de la Ley N° 30124, publicada el 13/12/2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26713, publicada el 27/12/1996.

(209) Véase opinión distinta en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, segunda edición, Lima, Palestra, 2003, p. 42.

(210) A modo de ejemplo, el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N° 005-90-PCM) señala en el artículo 3 que: «Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares». El artículo 4 indica: «Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía».

interés o sin importancia. Esta precisión de diferenciación tiene su verificación en los distintos modos como las figuras penales especiales de infracción de deber presentan al autor del delito, que incluso se aprecia también en los delitos que, teniendo como sujetos activos a personas indeterminadas, aluden a autoridades o funcionarios (artículos 370, 373, 366, 368), pero no a servidores públicos en tanto sujetos agraviados directamente con la conducta típica, lo que en otros casos incluye a los tres niveles de sujetos: autoridades, funcionarios o servidores públicos (artículo 365).

Obviamente que una relación así tan vasta de niveles de sujetos públicos llamados a responder penalmente reporta dificultades tanto por comprender a determinados sujetos que propiamente no son funcionarios ni servidores para el Derecho Público administrativo (como los depositarios o administradores de caudales y efectos o los particulares vinculados vía contratación con la Administración Pública) cuanto por dejar abierto en el inciso sexto, pese a las menciones realizadas en los anteriores, el espacio de agentes públicos que serán pasibles de imputación penal por determinación genérica de la ley.

La versión actual del dispositivo en mención es el resultado de la reforma producida en 1996 a través de la Ley N° 26713 (27 de diciembre de 1996), que eliminó la referencia a los funcionarios y servidores de empresas del Estado, de sociedades de economía mixta y a los organismos sostenidos por el Estado, sustituyéndola por el texto que ahora tenemos en el inciso tercero.

El antecedente legal inmediato del artículo 425 lo hallamos en la Ley N° 24653 (del 27 de marzo de 1987), que incorporó al Código Penal de 1924, mediante el artículo 361, los niveles normativos de funcionarios y servidores según la perspectiva penal.

En resumen, el contenido del artículo 425 no expresa un concepto, sino el marco de abarcamiento normativo penal de los funcionarios y servidores.

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa

La expresión *carrera administrativa* está tomada aquí restrictivamente para señalar a todos los servidores y funcionarios que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso con base en méritos y que prestan sus servicios de modo permanente a la Administración Pública, en cuerpos y niveles, bajo un régimen de remuneraciones a cargo del presupuesto del Estado o de las reparticiones públicas y con derecho al ascenso y las promociones que elevan el estatus y otorgan mayores privilegios según la

jerarquía ocupada. Pero, asimismo, expresa una variable de diferenciación bastante significativa con relación a los funcionarios contratados y con los funcionarios de confianza, quienes no gozan de las bondades que provee el sistema de carrera.

Históricamente, la carrera administrativa, en tanto sistema técnico normativo de selección, capacitación y permanencia de funcionarios y servidores, significó una gran evolución y un hito para la consolidación del funcionariado profesionalizado, contribuyendo a la configuración del fenómeno de la burocracia estatal que implicó superar las modalidades precedentes de organización del funcionariado. Institucionalmente, constituye una eficaz limitación a los excesos del poder político y un ordenamiento racional del profesionalismo en la administración estatal. Técnicamente, posibilita con mayor rigor la vigencia de la objetividad e imparcialidad en la actuación funcional. En circunstancias de infuncionalidad o anomalías ha supuesto en determinados casos la cosificación del sistema de la Administración y el reinado del espíritu de cuerpo para justificar la lenidad o la falta de profesionalismo. Se le objeta, asimismo, rigidez, menor productividad, rutinariedad, mayor onerosidad para el Estado, entre otras desventajas con relación al sistema libre de empleo.

El Decreto Legislativo N° 276 (del 6 de marzo de 1984) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, entre otras varias normas administrativas, regulan la carrera administrativa para un grueso sector del funcionariado y de los servidores públicos, carrera que supone permanencia y oportunidad de desarrollo junto a la institución pública a la que sirve. No obstante, existen diversos sistemas de carrera al interior de la Administración Pública.

El ámbito de comprensión de este primer inciso del artículo 425 del Código Penal se entiende negativamente sobre la base del artículo 2 del citado decreto legislativo: «No están comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, los miembros de las fuerzas armadas y policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta cualquiera sea su forma jurídica».

Por lo tanto, están dentro de la carrera administrativa –la que tiene rango de mención constitucional (artículo 40)– funcionarios y servidores del Gobierno central, ministerios y sus numerosas entidades, y organismos dependientes (institutos, comisiones, consejos, direcciones y oficinas), instituciones públicas descentralizadas y organismos autónomos, sujetos públicos que gozan de plenitud de derechos y beneficios. Es de interés señalar

que, pese a la clasificación excluyente que efectúa la Ley de Bases, para los efectos de los procesos y sanciones administrativas, todas las dependencias públicas se remiten a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

En la legislación española, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público del año 2015 tiene la siguiente definición de funcionarios de carrera: artículo 9. 1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente"[211].

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

El ***cargo político*** puede ser entendido en dos sentidos: **a)** de *modo sustantivo*, en cuanto un conjunto delimitado de atribuciones específicas que emanan del puesto o función, con prescindencia de si es por elección, nombramiento o fijación legal; y **b)** de *modo formal*, en tanto es una variedad específica de cargo de confianza. El cargo político involucra funcionarios de alto nivel, de decisión y mando (mandatario, ministros, parlamentarios, diputados, senadores, prefectos, gobernadores, etc.), electos o designados. Los cargos políticos en el segundo sentido son aquellos ligados directamente a funciones de gobierno, los mismos que se hallan taxativamente enunciados y previstos en leyes especiales u orgánicas.

Algunos funcionarios de cargo político por elección popular se hallan sujetos a responsabilidad política. Tal el caso de los congresistas y del mandatario o Presidente de la República.

Ser ***funcionario de confianza*** supone que el sistema jurídico ha facultado a determinados entes estatales y, por lo mismo, a funcionarios de alto nivel el proveerse de personal confiable –básicamente, en áreas de dirección, vigilancia, fiscalización, asesoramiento e inspección– que tendrá, en la mayor parte de supuestos, capacidad de decisión y acceso a información privilegiada[212].

(211) Real Decreto Legislativo 5/2015 del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empelado Público, en *Legislación sobre funcionarios públicos de la Administración del Estado, normativa 2020*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2020, p. 18.

(212) El Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa fija las siguientes pautas sobre los cargos de confianza (artículo 12): "La confianza para los funcionarios no es calificativa del cargo sino atribuible a la persona por designar, tomando en consideración su idoneidad basada en su versación o experiencia para desempeñar las funciones del respectivo cargo".

Estos cargos pueden ser de naturaleza política propiamente, administrativa o de gestión. Pero su nota distintiva está dada por el margen de discrecionalidad en el nombramiento o designación realizado por parte del alto funcionariado. Se trata de cargos temporales, no determinables vía elección popular y sujetos, además de la responsabilidad penal, a responsabilidad política en el caso de determinados altos funcionarios. Ingresan en este subnivel los ministros, viceministros, directores generales, funcionarios de las comisiones consultivas, diplomáticos por decisión del gobernante, presidente y gerentes de corporaciones departamentales, directores municipales, jefes de la Sunat, Contraloría, EsSalud, BCR, secretarios administrativos, etc. Las leyes orgánicas de las entidades estatales establecen quiénes son funcionarios de confianza; en su defecto, ello se fija por decreto supremo o ministerial(213).

Tanto los funcionarios de cargos políticos y los de confianza están prohibidos de sindicalizarse y declararse en huelga, carecen además de estabilidad o permanencia en el trabajo y están fuera de la carrera administrativa. Obviamente que, en contraparte, gozan de los privilegios que da el rango y el poder de decisión, por más temporales que estos sean(214), además de una remuneración más elevada que la de los funcionarios de carrera.

En ambos casos, tanto de los funcionarios de cargo político como de los de confianza, la norma exige desempeño de función, por lo mismo, no bastará la simple proclamación(215) ni el proceso de investidura para dar legalmente cuenta de la existencia de dichos funcionarios. Es decir, la sola proclamación del congresista electo o del mandatario es insuficiente para dotarle a dichos sujetos de la calidad de funcionarios públicos. Con ello

---

Son criterios para determinar la situación de confianza: **a)** el nivel de funciones de jerarquía, en relación inmediata con el más alto nivel de la entidad; **b)** el desempeño de funciones de apoyo directo o asesoría a funcionarios del más alto nivel; **c)** el desempeño de funciones que tienen acción directa sobre aspectos estratégicos declarados con anterioridad que afectan los servicios públicos o el funcionamiento global de la entidad pública.

(213) Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) establece en su artículo 50 que el director municipal y los directores de servicio son funcionarios de confianza. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en sus artículos 84 y 86 que son cargos de confianza la Gerencia General y demás gerencias especializadas dependientes de la misma (Administración, Finanzas, Informática y otras). La Ley Orgánica de la Academia de la Magistratura indica que tienen esta cualidad el director general, el director académico, los secretarios administrativos y otros.

(214) Si bien los funcionarios de confianza y políticos no se hallan comprendidos en la carrera administrativa, o, más propiamente, no hacen carrera administrativa; sin embargo, la ley en determinados casos sí contempla ascensos para los mismos (véase artículo 13 del citado Reglamento).

(215) Véase Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 19, para quien la simple proclamación da cuenta ya de existencia legal de estos sujetos públicos.

se aprecia que la norma penal está acudiendo a una lectura administrativa para configurar el segundo nivel del artículo 425 del Código Penal.

3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

Este tercer párrafo está aquí refiriéndose a personas que prestan sus servicios técnicos o profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y cuyas contribuciones llegan a constituir función pública, mas no así a aquellos cuyos aportes sean de servicio público o de operaciones menores. Como bien anota VILLAVICENCIO TERREROS, la extensión de la calidad de funcionario público está supeditada al hecho de que el sujeto ejerza realmente funciones públicas(216).

Estos particulares, en perspectiva administrativa, no son propiamente funcionarios ni servidores públicos, pues no se hallan comprendidos en la administración estatal ni hacen carrera administrativa, manteniendo con ella tan solo vínculos laborales o contractuales, temporales y/o a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica de Derecho Privado (Civil, Laboral) se torna irrelevante –para que en razón a ella sean excluidos del alcance de las conminaciones penales–, pero que dada la importancia y gravitación de la actividad que desarrollan han sido considerados normativamente sujetos públicos para el Derecho punitivo. Son ejemplos de estos casos los integrantes de las denominadas «comisiones reorganizadoras», los cuadros gerenciales que trabajan en la Corte Suprema o en las comisiones ejecutivas y/o los que laboraron en los consejos transitorios del Poder Judicial y del Ministerio Público, y lo hacen actualmente en el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; el numeroso personal de funcionarios contratados en distintas reparticiones públicas como Osinerg, Indecopi, Sunat, Contraloría General de la República, Foncodes, etc.; lo son también aquellos encargados de programas de modernizaciones tecnológicas o implementación de infraestructuras al interior de los entes estatales, etc. También pertenecen

(216) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 12. En este trabajo, VILLAVICENCIO efectúa un estudio comparativo entre la legislación penal peruana en temas de corrupción y su compatibilización con el articulado de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996.

a esta clasificación impropia de funcionarios aquellas personas particulares contratadas por la Administración Pública por tiempo fijo, cargos definidos y sujetos a régimen jurídico-privado. El Perú, a similitud de lo que ha ocurrido en la mayoría de países occidentales, ha vivido –y sigue viviéndolo con profusión– el fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo» al Derecho Privado en la provisión de personal para las instituciones públicas(217). Las ventajas del sistema de empleo o de contratación conforme a las diversas modalidades jurídico-privadas de contratación (menor costo para el Estado, posibilidad de reemplazo a discreción, mayor capacitación de los cuadros contratados, temporalidad, en suma, una mayor flexibilización) explican este éxodo que hoy da cuenta de un abundante funcionariado (y de servidores públicos) que desempeñan actividades de rango funcionarial en las distintas dependencias públicas.

Según indicación de la norma penal, el vínculo que une a estos sujetos con las entidades estatales puede ser de cualquier naturaleza (contratación con base en el régimen privado o el sistema público), por lo mismo, están considerados en este orden aquellos que desarrollan funciones públicas en las entidades estatales a través de contratos de locación de servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 728 (que regula el régimen laboral privado) y las Leyes N°s 26513 y 26586, en sus numerosas modalidades, o mediante las formas previstas en el Código Civil (artículos 1764 al 1770). Así, están vinculados a la Administración Pública numerosos asistentes de juzgados y salas penales, etc. Ingresan también en este rubro los asesores que por delegación ejerzan función pública. Cabe precisar que este nivel de estimación normativa hecha por el artículo 425 del Código Penal solo es válido para quienes realicen funciones públicas. El caso de los contratos de servicios no personales observa una singular situación, dado que, y como señala Tassano, no le corresponde ninguna regulación legal específica(218).

Es importante destacar que tan peculiar vinculación, para el cumplimiento de determinados fines, de dichos agentes con el ámbito de la Administración Pública radica en las situaciones de deficiencias e insuficiencias

(217) Ver sobre el tema Tassano Velaochaga, Hebert: «La Administración Pública en el Perú», en Ochoa Monzó, Baca Calderón, Maraví Sumar *et al.*, *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 330. Señala dicho que autor que: en nuestro país, el régimen de carrera pública se ha visto fuertemente debilitado, no existiendo un verdadero régimen de servicio civil que sirva de bases para la labor que realiza el Estado, algo con lo cual cuenta todo Estado moderno. Véase igualmente Vidal Perdomo, Jaime: "Régimen de la función pública", en *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 305 y ss., artículo en el que se analiza el fenómeno de la laboralización de la Administración Pública en el contexto comparado, incidiendo con especial énfasis en el caso de los Estados Unidos de América.

(218) Tassano Velaochaga: «La Administración Pública en el Perú», cit., p. 331.

observadas en las estructuras burocráticas de la misma, siendo por lo mismo más funcional y menos oneroso el mantener una red de sujetos no funcionarios (administrativamente) para tareas puntuales y comprendidas en el vasto campo de funciones de la Administración Pública.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente(219), aunque pertenezcan a particulares

Este nivel de funcionarios incorporado en la norma penal del artículo 425 ha estado sometido a problemas de interpretación en cuanto a su naturaleza y alcances y en torno a su relación con lo señalado por los artículos 392 (peculado extensivo) y 190 (apropiación ilícita), en los cuales se alude igualmente a dichos sujetos, y en parte también con lo regulado en el tipo penal 391, referido al rehusamiento a la entrega de bienes.

Saber si este nivel normativo del Código Penal comprende a funcionarios y servidores públicos de origen o a particulares a quienes la delegación de autoridad les confiere dicha calidad de modo temporal, o por igual abarca ambas hipótesis es un punto obligado a delimitar a efectos de dotar de sentido a la frase. ABANTO VÁSQUEZ ha formulado la tesis de que solo puede estar referido «a auténticos funcionarios» incorporados en la organización estatal que por razón de sus funciones actúan como depositarios o que, pese a no ser esta su actividad, han sido designados para ello. Por mi parte, he manejado la tesis de que se trata de administradores y depositarios particulares autorizados o designados por autoridad competente.

Abonar la tesis de que los administradores y depositarios de bienes embargados son funcionarios públicos de origen supone, primero, establecer si dicha actividad (administración y depósito de bienes embargados o depositados por autoridad) tiene existencia administrativa, esto es, si es una función reglada inherente a la Administración Pública. Una respuesta afirmativa al respecto validaría parcialmente la tesis de ABANTO. En segundo lugar, señalar que, aunque no sea esa una función reglada (no desempeñen dicha actividad), hayan sido designados para ello es ya un argumento distinto, pues en dicho caso poco interesa que se designe a un funcionario de origen o a un particular por cuanto el contenido material de la función,

(219) Según la ejecutoria suprema del 24 de mayo de 1993, "autoridad competente" es la autoridad judicial que dispone embargos y depósitos, señalando administradores y depositarios (véase Sumilla de Jurisprudencia: Delitos de peculado).

penalmente estimada, a realizar es la misma: cumplir con el mandato de la autoridad competente.

La hipótesis de que se trata exclusivamente de sujetos particulares, a mi entender, es también incorrecta, por su restricción excesiva, pues en ella caben tanto funcionarios que lleguen a tener dichas atribuciones (administración y/o depósito) en el marco reglado de sus funciones como a quienes se les encomienda dicho marco de actividades, al igual que particulares que por expresa delegación de autoridad competente son equiparados a la calidad de funcionario para estrictos fines penales.

En cuanto a las relaciones del artículo 425.4 con los artículos 392, 190 y 391 del Código Penal, hay que precisar que resulta innecesaria la doble regulación que se observa entre los dos primeros artículos(220) en el punto de los depositarios y administradores, salvo que se quiera denotar, como señalan Castro Gómez y Otero Gonzáles(221) que el numeral cuarto del artículo 425 es de alcances más amplios que el artículo 392, ya que este se referencia tan solo en función de la tipicidad de los artículos 387 al 389 del Código Penal; no siendo, por lo tanto, aplicable el primer dispositivo general, por especialidad del segundo, lo que haría del artículo 425 una regulación superflua. No obstante ser sustentable el criterio de la mayor amplitud, pierde fuerza si tomamos en cuenta que el artículo 390 se sale del marco de aplicación del 425.4 y que el artículo 391, que norma el rehusamiento de la entrega de bienes, está construido con la idea de funcionario público a quien se ha encomendado la tarea del depósito y administración, esto es, tiene una autonomía normativa que lo hace no dependiente ni referenciable con relación al artículo 425. Considerando la innecesariedad de la doble regulación (norma general y norma especial) o aplicando la regla de la especialidad al existir en concurso dos normas penales sobre un mismo supuesto de sujeto activo, queda la opción al intérprete de adoptar posición jurisprudencial sobre el tema.

En cuanto a la relación que existe entre el artículo 425.4 y el artículo 190 (delito de apropiación ilícita que se agrava cuando el autor es un depositario judicial), además del principio de especialidad invocable, hay que destacar que estamos en el ámbito de tutela de la propiedad en general, no del patrimonio público en especial, y que quien ordena o delega no es la

(220) Véase también *infra*, p. 863.

(221) Castro Moreno, Abraham y Otero Gonzáles, María Pilar: «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los Códigos Penales español y peruano», en *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2004, p. 593.

autoridad competente en genérico, sino restrictivamente la autoridad judicial, con lo que se restringe aún más la autoría en la apropiación ilícita y se fortalece dicho principio que desplaza la generalidad del 425.

Entre los artículos 425.4 y 391 no existe una relación de dependencia, ya que este segundo se perfecciona por sí solo dada la completud que observan sus componentes de tipicidad objetiva y subjetiva, lo que hace que colocados frente a frente a efectos de interpretación jurídico-penal se observe la superfluidad del primer artículo.

Precisando el contenido del numeral cuarto del artículo 425, en él ingresan, por ejemplo, los administradores y depositarios particulares autorizados o designados por autoridad competente. Así, por juez, autoridades aduaneras, Sunat, Indecopi, municipalidades, etc. Estos administradores pueden también ser, por ejemplo, las juntas de administración de bienes designadas formalmente (tipo CLAE u otras) o los almacenes privados autorizados por el ente estatal, etc. Se excluye por especialidad los depositarios designados por autoridad judicial sobre bienes de particulares. La norma también comprenderá a los funcionarios o servidores públicos a quienes se les agrega con dicho acto de delegación la función de administración o depósito de caudales embargados o depositados por autoridad competente.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

Se señala aquí, de modo genérico, a mandos dotados de autoridad y jurisdicción (a la alta oficialidad en su conjunto) como al personal subalterno (oficiales y clases) que cumplen función o servicio público. Poco interesa al Derecho Penal que sean de carrera o asimilados, siempre y cuando se hallen ejerciendo funciones o servicios públicos, lo que descarta la posibilidad de que los militares y policías en retiro tengan la calidad de sujetos públicos para el ámbito de la relevancia penal. Importa destacar esto último para descartar de la comprensión hecha por el Código Penal a militares y policías que realizan actividades al margen de los intereses públicos nacionales. La función militar y policial son actividades concebidas constitucionalmente y vinculadas institucionalmente a los órganos ejecutores y de poder del Estado (Ministerio de Defensa y del Interior).

Para el Derecho Administrativo, militares y policías constituyen autoridad o agentes de autoridad. Según el Derecho Penal peruano, se trata de funcionarios o servidores públicos según sea la actividad que desarrollen

y los márgenes de decisión que posean[222]. La Fiscalía y la Corte Suprema consideran indistintamente como funcionarios públicos a los policías[223].

La pertinencia de este nivel de funcionarios y servidores, los mismos que poseen un régimen propio de carrera administrativa, tiene un efecto ejemplificador como comprensivo en función del Derecho Penal. En este segundo ámbito, para hacer ver que las condiciones señaladas son de interés también para el Derecho Penal, no solo para el ámbito de la justicia militar, esto es, que la norma penal alcanza por igual a los militares y policías en el caso de la comisión de delitos que infringen bienes jurídicos penales y bienes específicos policiales (artículos 395-A y 395-B del Código Penal).

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

Podrían ingresar en este nivel todos aquellos funcionarios o servidores que por razones diversas no son incorporables en los órdenes anteriores, ya sea porque tienen un régimen propio de carrera administrativa, como los docentes y funcionarios de universidades (decanos y rectores), funcionarios y servidores municipales, etc., o porque simplemente carecen de un sistema de carrera administrativa como en el caso de los viceministros y los notarios[224].

Asimismo, la norma se halla abierta a las estimaciones o formulaciones de autoría por delito de infracción de deber funcional que se adopten consensualmente en los cónclaves internacionales y con relación a los cuales el Perú haya fijado posición legal de aceptación. En esta orientación, tanto la noción de funcionario público extranjero y la de funcionario de una organización internacional aceptadas por la Convención de las Naciones Unidas, como la que resulta de la interpretación del artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción que regula el soborno transaccional, resultan materiales para la interpretación del contenido del numeral seis del artículo 425, siempre que se cumpla con las regulaciones internas de tipicidad que sustenten las respectivas figuras penales.

---

(222) Obsérvese el artículo 353 del Código Penal, donde hace alusión a funcionarios, servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas. Este dato nos revela que no existe en el mismo Código una concepción coherente sobre el estatus de los militares en cuanto a nomenclatura.

(223) Véase Dictamen Fiscal Supremo N° 3768-97-1FSP-MP, del 16 de octubre de 1997. Asimismo, la ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, Exp. N° 589-97-Amazonas: "Que tratándose que el procesado tiene la calidad de funcionario público, por ser miembro de las fuerzas policiales (...)".

(224) Urquizo Olaechea considera que ingresan a darle contenido a este nivel de sujetos públicos del artículo 425 del Código Penal los particulares equiparados de los artículos 386, 388 y 392 del Código Penal («Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 277).

XI. DELITOS DE DOMINIO (*HERRSCHAFTSDELIKTE*) O DE ORGANIZACIÓN, Y DELITOS ESPECIALES Y/O DE INFRACCIÓN DE DEBER (*PFLICHTDELIKTE*)

Dentro de la vasta clasificación que la doctrina ha realizado acerca del delito, tomando en cuenta y conceptualizando las construcciones legislativas (doloso/culposo, de simple actividad/resultado, de peligro abstracto y complejo/lesión, comisivo/omisivo, propio e impropio, de emprendimiento, resultado cortado, de un acto/de dos actos/de varios actos, a distancia, de posición/estado, simple/compuesto, instantáneo/permanente/continuado/copenado, de autor/de acto, de convergencia/ encuentro, calificado por el resultado, simple/complejo, de tendencia, de criminalidad organizada, común y de funcionarios), destaca la que distingue entre delitos comunes y especiales, clasificación que ha acompañado a la dogmática penal a lo largo de los siglos XIX y XX, y permitido a los juristas y operadores del sistema penal diferenciar el delito en atención al agente que comete el hecho ilícito, un particular indiferenciado, cualquier persona, en el primer caso; un sujeto calificado por determinadas circunstancias especiales, en el segundo caso. Clasificación que fuera optimizada por Claus Roxin, quien acentúa o pone el énfasis tanto en la naturaleza común de la conducta típica como en la del agente, a la que va a llamar delito de dominio para diferenciarlo de aquel otro en el cual el dominio del hecho cede a la vinculación interna del sujeto activo, mediante deberes previos de orden normativo, con el bien jurídico penalmente tutelado, a los que va a llamar delitos de infracción de deber. Es usual que los Códigos Penales del contexto europeo y latinoamericano, así como de otras latitudes de influencia del primero, construyan tipos penales que obedecen a dicha distinción común/especial. En la medida que el tipo penal –jalonado por la conducta típica– exija singulares cualidades en el autor o autores, quien comete (ejecuta actos de tentativa o de consumación) el comportamiento típico, estaremos frente a delitos especiales. En cambio, y generalmente, cuando el tipo penal de la parte especial del Código se halla redactado de modo impersonal, con las palabras «el que», «quien», «cualquiera que», nos encontraremos, por lo general, frente a delitos de dominio o comunes[225]. Los delitos especiales, a su vez, admiten subclasificaciones, una de las cuales da cuenta de los delitos de "infracción de deber". En estos últimos, la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de deberes especiales de orden jurídico

(225) No obstante, caben aquí algunas excepciones, que se dan, por ejemplo, en el delito de apropiación ilícita, que pese a ser un delito especial, por infringir el sujeto activo un marco de deberes que le son previos a la conducta típica; sin embargo, el legislador para construir la figura penal ha hecho uso del impersonal «el que».

normativo que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico o la institución positiva; a diferencia, en el delito de dominio, el autor del delito no se halla vinculado mediante normas jurídicas con el titular del bien jurídico, sea este una persona natural, un colectivo o una institución pública o privada, existe aquí deberes éticos o morales que el sujeto activo infringe o vulnera y que le son exigibles, por fuera de la norma jurídica, a toda persona con prescindencia de vinculación especial. Existen en tal caso deberes sociales generales negativos de no dañar a nadie (*neminen laede*). La clasificación de los delitos en tipos penales de dominio (antes llamados comunes) y tipos penales de infracción de deber se ha convertido en dominante en el discurso académico y jurisprudencial, no obstante poseer objetores.

En los *delitos comunes* o de *dominio*, el agente del delito no posee deberes de salvaguarda y fomento para con el bien objeto de tutela penal ni se halla expresamente exigido por relaciones previas de vinculación que no sean los mandatos generales que se dirigen al total de la población (no mates, no robes, no violes sexualmente, etc.). El hecho de que el delito común (a modo de ejemplos: hurto, estafa, incendio, falsificación de documentos, etc.) sea cometido por un sujeto especial, por ejemplo, un funcionario, un administrador de empresas o un militar no convierte en uno de infracción de deber al ilícito penal, salvo raras excepciones en las que la norma penal ha incorporado expresamente una circunstancia agravante (anexándola al tipo penal) en razón a la calidad del agente, con lo que da vida legal a los denominados delitos especiales impropios.

Estos delitos de naturaleza común son conocidos en la dogmática penal contemporánea como delitos de dominio o por competencia (u organización). Tales denominaciones hacen referencia al modo defectuoso, para las expectativas sociales y normativas, como el sujeto **controla u organiza** su comportamiento en las interacciones sociales que terminan vulnerando o poniendo en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados de terceros, sean estos otra persona física, personas jurídicas, colectivos sociales o instituciones públicas. En los delitos de dominio o comunes, el sujeto activo, cualquier persona, configura personalmente («organiza») mediante su comportamiento –defectuoso para la perspectiva social que exige comportamientos estandarizados, esto es, socialmente adaptados– un acto penalmente peligroso o lesivo al bien jurídico, sin estar ligado normativa o institucionalmente con él, en otras palabras, no está obligado a preservar el bien jurídico que vulnera; lo que no sucede en los delitos de infracción de deber, pues aquí el sujeto activo no puede organizar libremente su modo de actuar, esto es, su comportamiento comisivo u omisivo en relación con los bienes jurídicos, al encontrarse con reglas preestablecidas que

le imponen comportamientos funcionales de aseguramiento y fomento del bien objeto de tutela penal.

Las consecuencias que se obtienen de los delitos de dominio pueden ser resumidas del siguiente modo: a) cualquier persona que domine el hecho puede ser autor directo o indirecto (mediato) o coautor (se incluye aquí a coautores particulares, nacionales o extranjeros excluyéndose a las personas jurídicas), esto supone una autoría-coautoría amplia e igualmente una conducta típica susceptible de ser ejecutada (coejecutada) y consumada por cualquier persona; b) carece de significación penal la calidad del sujeto activo; dado que aquí no se infringen deberes especiales, da igual que él sea particular o funcionario, salvo cuando el legislador crea una circunstancia de agravación para configurar los denominados delitos especiales impropios, en los cuales un sujeto cualificado que infringe deberes normativos realiza un tipo penal común; c) la posibilidad de coautoría entre el sujeto común y el funcionario o servidor se da al margen de dichas calidades de estos sujetos públicos, es decir, en función de su calidad de personas naturales, no existe coautoría entre particular y funcionario público (vinculado) en delito de dominio ni en delito de infracción de deber; d) cualquiera puede ser partícipe determinador o cómplice que, según teoría dominante, da aportes al injusto penal del autor o coautores.

Rige para el título de imputación de "autoría", en los delitos comunes, la tesis del "dominio del hecho", sin perjuicio en la argumentación de la validez de las teorías formales-objetiva, material-objetivas y subjetiva ya integradas en dicha teoría dominante que conserva, por lo mismo, una naturaleza mixta. Dominio del hecho, que significa: *dominio de la acción –Handlungsherrschaft–* (autor directo que en persona –o utilizando a otro como objeto físico o haciendo uso de animales u objetos–, dolosamente y sin estar coaccionado lleva a cabo la conducta típica); *dominio de la voluntad –Willensherrschaft–* (autor mediato, que utiliza o manipula a terceras personas que actúan ejecutando el tipo por (i) error o falta de dolo; (ii) en situación de coacción de su voluntad; o (iii) de inimputabilidad por razón de edad –niños, adolescentes–, salud mental y –criterio dogmático debatible– cuando actúa en estado de error de prohibición inevitable; y, finalmente, (iv) dominio en virtud de aparatos de poder organizados *–organisatorischer Machtapparate–*; y *dominio funcional –Die funktionelle Tatherrschaft–* (coautoría)[226].

(226) Véase, Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 658 y ss.; Roxin, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, Zehntte (10). Auflage, Berlin Walter de Gruyter, 2019, p. 800 y ss.

Se aplica como tesis dominante para el título de imputación "participación" (instigación y complicidad primaria-secundaria) la tesis de la accesoriedad limitada de la participación, que se coloca en un punto intermedio entre la accesoriedad mínima y extrema.

Los *delitos especiales propios,* una de cuyas expresiones más conocidas son los delitos de «infracción de deber» *(Pflichtdelikte),* frase esta última incorporada en la dogmática penal por Claus Roxín[227], aceptada y continuada por Günter Jakobs y otros penalistas, dominante en la dogmática penal actual (con objetores en determinados círculos dogmáticos alemanes: Gallas, Schünemann, entre otros.), son aquellos en los que concurren los siguientes componentes[228]:

a) *Un sujeto activo especialmente calificado en su relación con el bien jurídico por singulares y previas vinculaciones*: 1. D*e naturaleza paterno filial/conyugal*, de la que se derivan deberes en relación a los cuales el sujeto está obligado a asegurar y garantizar jurídica y materialmente (por ejemplo los padres: la vida, salud, asistencia, educación de los hijos, éstos con relación a los primeros, el esposo para con la vida de la cónyuge y viceversa); 2. Por v*inculaciones jurídicas y específicamente de confianza*, que obligan a sujetos particulares y especiales a preservar el bien jurídico (así en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, por parte del obligado alimentista; igualmente, en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, el sujeto especial tiene el deber de no lesionar el patrimonio de la persona jurídica que administra;

(227) Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 383 y ss. Véase también *infra*, p. 223 y ss. «Los delitos de infracción de deber».

(228) Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da edición, traducida de la segunda edición alemana de 1991 de Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnungslehre, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, pp. 791 y ss. Jakobs diferencia entre **delitos especiales en sentido amplio** y delitos especiales en sentido estricto o **de infracción de deber**, donde los segundos son una especie configurada en atención a vinculaciones institucionales preexistentes con el bien jurídico, mientras que los primeros restringen la autoría en atención exclusiva a la calidad del sujeto activo quien es el único que puede atacar el bien jurídico y quien entra en relación con el bien jurídico con motivo del delito no siendo portador de deberes especiales. En los segundos, la infracción del deber excluye el dominio del hecho, a efectos de la imputación penal; en los primeros el dominio del hecho juega un papel determinante. Véase de dicho autor: *Derecho Penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 830 y 831. **Son delitos especiales** en sentido amplio: la apropiación ilícita, la fuga del lugar de accidente, el falso testimonio, la deserción, el amotinamiento de presos, el delito de exhibicionismo, la insolvencia punible, la bigamia, entre otros. Una amplia y detallada exposición sobre las diferentes teorías sobre los delitos especiales, véase en Gomez Martín, Victor, Los delitos especiales, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 67 y ss.).

así también en los delitos contra el orden financiero, que vinculan con base a deberes previos a los funcionarios privados –gerentes, administrador, representante legal, etc.– entre otros casos), y 3. Por *deberes de naturaleza administrativa* inherentes al sector público *de función/servicio público* (verbigracia: abuso de autoridad, peculado, prevaricato, etc.), que asume el funcionario o servidor al ocupar el cargo o empleo. Calidades que permiten construir sujetos especiales que se encuentran, previamente configurados al delito, por deberes o marcos normativos diferentes a los comunes que obligan a adoptar medidas de protección y aseguramiento del bien jurídico.

b) *Una gama de conductas típicas restrictivas que sólo toman como autor al funcionario o servidor público.* La posibilidad jurídica que un particular pueda consumar el delito resulta un imposible, dado que se trata de delitos con autoría exclusiva y restringida predicable solo a quien posea calidades funcionales de vinculación especial con el bien jurídico, de conformidad a las exigencias extra normativas y normativas del tipo penal especial. Esto le permite afirmar a GIMBERNAT, que delito especial propio es aquel que no tiene correspondencia con un delito común(229). Los componentes que ingresan en la redacción del tipo excluyen que los actos del particular sean reputados de autoría. Piénsese por ejemplo en el delito de prevaricato, el cual posee componentes de tipicidad dirigidos exclusivamente al Juez o Fiscal; o en el del cohecho pasivo, donde las conductas de aceptar, recibir o solicitar son exclusivas del funcionario o servidor público; ídem, en el de peculado, donde el sujeto activo tiene que apropiarse o utilizar bienes a los que se halla vinculado institucionalmente por razón del cargo que posee. Como anota JAKOBS, si el tipo del delito de infracción de deber atiende a un determinado comportamiento que el propio obligado debe realizar, sin este comportamiento (o una omisión equiparable) queda excluida la autoría. En el pensamiento del profesor de la Universidad de Bonn el deber es personalísimo sin mediación accesoria. Donde cualquier aporte por incidental que sea hace del agente un autor, perdiendo sentido la distinción entre comisión y omisión, incluso entre autoría y participación(230).

(229) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autoría y cómplice en Derecho Penal*, Montevideo, IBdeF, p. 223.

(230) JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, ob cit, p. 791-792. El ilustre profesor de la Universidad de Bonn, anota que "Más exacta que la denominación "delitos de infracción de deber" sería la de "delitos con deber que elude la accesoriedad". En el Perú, CARO JOHN, uno de sus discípulos, resume la teoría normativista subjetiva de JAKOBS precisando que el obligado especial responde siempre como autor nunca como partícipe; en los delitos de infracción de deber hay autoría única, por lo

Incluso, para algunos representantes de la teoría de los delitos especiales propios, no resultan admisibles los supuestos de coautoría, con base en el argumento de que los deberes de los funcionarios son personalísimos y que no pueden ser vulnerados desde una perspectiva conjunta. SÁNCHEZ-VERA, por ejemplo, considera que incluso los jueces de un tribunal colegiado no tienen un deber conjunto, sino que cada cual tiene su propio deber personalísimo, que quebrantar también de forma individual(231). ROXIN, en cambio, admite la coautoría en delitos de infracción de deber cometidos por funcionarios poseedores de deberes conjuntos que pueden ser vulnerados conjuntamente(232).

c) *El quebrantamiento de obligaciones y deberes reglados o normativizados como consecuencia de la ejecución o consumación de la conducta típica.* Todo funcionario o servidor público posee atribuciones o competencias derivadas, principal y fundamentalmente, del cargo o empleo público, que imponen deberes (legislar, fiscalizar, nombrar personal, cuidar el orden interno, administrar el patrimonio de la institución, conducir y contratar en obras/servicios o suministros, perseguir la delincuencia, perseguir el delito, administrar justicia, nombrar funcionarios públicos, pagar sueldos, etc.), que le han sido conferidos institucionalmente y que deben ser cumplidos conforme a lo establecido en normas jurídicas y reglamentos, o de manera excepcional, discrecionalmente en atención a los fines de la función. La violación de dichos deberes extrapenales y, por lo mismo, de los roles institucionales, supondrá un marco de relevancia penal a título de delito funcionarial cuando los requerimientos de tipicidad objetiva o subjetiva de los tipos penales concurran y excedan el ámbito de relevancia administrativo/disciplinario. La sola convergencia de los elementos objetivos no superará la imputación por ilícito administrativo.

---

mismo, no existe autoría directa ni indirecta, tampoco coautoría; la tesis de la accesoriedad de la participación es extraña e inaplicable en estos delitos, no desempeñando ningún papel, por lo que los *extraneus* deben responder por delitos comunes en calidad de autores, no en base al delito del funcionario; para concluir afirmando que los términos empleados para la redacción del artículo 23 del Código Penal peruano no aportan criterios normativos para la determinación de una "*genuina autoría jurídico-penal*". CARO JOHN, José Antonio: *Manual teórico práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima, ARA editores, 2014, pp. 198 a 204. Teorías jakobsianas subjetivas, que con el pretendido brocardo de la "genuina teoría de la autoría" están caracterizadas por su rigidez conceptual y fuerte autoritarismo y que supone un retorno a concepciones desfazadas del siglo XIX sobre autoría y participación.

(231) SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier: "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N° 3, cit., p. 27.

(232) ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho...*, cit., p. 347.

Los delitos especiales funcionariales, variedad de delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) se hallan localizados en el Código Penal peruano con base en dos mecanismos de técnica legislativa: **a)** concentrados en el Capítulo II del Título XVIII: abuso de autoridad, concusión, peculado y cohecho, y en parte del Capítulo III del mismo título: prevaricato, denegación y retardo de justicia; y **b)** difusos o dispersos en diversas nomenclaturas jurídicas, ya sea como especiales propios o impropios: artículos 141 y 142 (celebración de matrimonio ilegal), 153-A (tráfico de menores), 155 (violación de la intimidad), 160 (allanamiento de domicilio), 162 (interferencias telefónicas), 169 (violación de la libertad de expresión), 297.1 (tráfico agravado de drogas), 309.3 (otorgamiento ilegal de licencias para actividad industrial), 314 (inobservancia/incumplimiento de obligaciones funcionales en referencia a autorizaciones en materia ambiental), 320 (desaparición ilegal de persona), 321 (tortura), 419 (detención arbitraria), etc.

Los delitos especiales propios (funcionariales)[233], entre los que destacan por su sistematización, abundancia e importancia los delitos contra el bien jurídico "Administración Pública", son tales tanto por la calidad de autores/coautores que encarnan los funcionarios y servidores públicos como por el manifiesto quebrantamiento de sus roles normativos en violación de los deberes de función y de la confianza depositada por la sociedad (que expresan sus conductas típicas), siendo esto último lo que en realidad los hace especiales, distintos de los comunes. Por lo mismo, si solo nos fijamos en la calidad pública del agente o en la función, desligadas del bien jurídico específico, no habrá delito especial; en efecto, y para graficar esto con un ejemplo, el funcionario o servidor que sustrae bienes públicos que no están bajo su administración o custodia comete delito común y no peculado.

En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, los delitos especiales propios o de infracción del deber son aquellos que tienen como presupuesto una previa e inicial vinculación institucional positiva (de fomento y ayuda) entre autor y bien jurídico, a diferencia de los delitos comunes o de dominio, en los cuales la vinculación entre autor y bien jurídico se produce recién con el comportamiento delictivo, de modo tal que si el delito no se hubiera producido, no habría existido vinculación[234].

(233) A nivel doctrinario existe una diversidad de esquemas de delitos especiales en razón a la naturaleza singular de la acción, a las circunstancias que califican la acción, a los sujetos activos, a los deberes de función, etc. Véase REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 112 y ss.

(234) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: "Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general", cit., p. 12.

La principal consecuencia derivada de esta clasificación de delitos radica en que la autoría-coautoría en los delitos especiales propios es reductiva y exclusiva de los sujetos especialmente vinculados o de los funcionarios/servidores públicos (para el caso de los delitos funcionariales), no pudiendo darse coautoría con sujetos particulares o *extraneus*, lo que incluso sucede en los delitos especiales impropios, **ya que estos no admiten coautoría entre *intraneus* y *extraneus* o sujeto particular;** así, si en el desarrollo ejecutivo de alguna especie de dichos delitos el sujeto indeterminado y el funcionario o servidor ejecutan conjuntamente el hecho típico(235), el sujeto público siempre autor del delito especial agravado(236).

Otra consecuencia tiene que ver con la autoría mediata, bajo la perspectiva de que el «hombre de atrás» es el particular o *extraneus* que instrumentaliza al funcionario o servidor público para que cometa un delito de infracción de deber (peculado, prevaricato, por tomar dos ejemplos). De darse fácticamente u ontológicamente esta hipótesis, ella se torna jurídico-penalmente irrelevante en el ámbito de los delitos especiales propios, por la imposibilidad de existir jurídicamente dicho título de imputación personal, quedando como una figura que general y académicamente ha sido considerada impune al no existir un delito homologable (fraude procesal, por ejemplo), en lo que concierne al particular, al no existir autoría mediata de particular sobre funcionario o servidor público en delito de infracción de deber, dado que aquel no reúne las exigencias de autor para ser considerado como tal; asimismo, es penalmente irrelevante con relación al sujeto público, ya que no habría actuado dolosamente. No obstante, cabe examinar las otras hipótesis de imputación: instigación o complicidad, todo ello de acuerdo a las circunstancias concretas del hecho.

Los delitos especiales de infracción de deber admiten una clasificación –debatible para determinados penalistas(237) y no aceptable para otros– en **propios e impropios**. Los delitos especiales propios, o propiamente de

(235) Véase también sobre los delitos especiales en 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", cit., p. 121 y ss.

(236) Un mayor desarrollo véase más adelante –ídem– "El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos: la tesis de la unidad del título de imputación".

(237) Una opinión crítica para con la clasificación de los delitos especiales en *propios* e *impropios*, véase en SÁNCHEZ-VERA: "Delitos de funcionarios", cit., p. 16, para quien dicha división es superflua, pues en ambos casos existe infracción del deber, que constituye el fundamento de la pena y no solo la eleva. SÁNCHEZ-VERA llega a decir que es inexacto señalar que allí donde haya un tipo denominado básico y luego otro referido a los funcionarios, estemos ante un caso de agravación para los funcionarios, pues se trata de un delito totalmente diferente: en el –mal– denominado tipo básico, un delito de dominio; en el delito de funcionario, un delito de infracción de deber. Igualmente, en la doctrina nacional, manifiesta su crítica a la clasificación de los delitos en

infracción de deber, son aquellos en los cuales concurren los requisitos señalados anteriormente: calificación o calidad singular del sujeto activo, vinculación estrecha con el bien jurídico a través de normas jurídicas de naturaleza variada (constitucionales, civiles, societarias, administrativas), deberes especiales de cumplimiento/protección y fomento, conducta típica restrictiva, y quebrantamiento o violación de dichos deberes inherentes al cargo o empleo público. Como se ha destacado en líneas precedentes, los agentes públicos pueden resultar involucrados en delitos comunes (homicidios, lesiones, contra el ambiente, robos, etc.), los mismos que afectan una diversidad de bienes jurídicos tutelados, sin que por ello tales delitos pierdan dicha naturaleza y se conviertan en especiales por la sola intervención del funcionario público; sin embargo, la excepción a esta regla general se produce si la norma, en la misma redacción del tipo penal, en un tipo complementario o a nivel de circunstancia agravante, contempla la autoría del funcionario o servidor público con base en la tipicidad del delito común o de dominio. El delito para estos casos se convierte en uno **especial impropio**. Por lo tanto, formalmente, lo que hace especial al delito común, con referencia exclusiva al funcionario o servidor público, es la criminalización expresa efectuada por la norma acerca de la intervención como autor del sujeto público. La impropiedad –razón que explica por qué no es en realidad un delito especial propio de funcionario– viene dada por la base común del delito, en tanto puede ser cometido por cualquier persona. El delito especial impropio viene a ser así aquel que, teniendo como conducta típica la descripción de un ilícito común realizable por un sujeto indeterminado, es ejecutado o consumado por un sujeto especial en las particulares y expresas hipótesis legales que la norma penal contempla. Vale decir, con relación a este último extremo, el juzgador no puede crear delitos especiales impropios en los casos en que el delito común sea cometido por un funcionario o servidor público, deberá ello estar taxativa y previamente contemplado así por la norma penal especial; en defecto de dicha regulación, no existirá delito especial impropio, manteniéndose vigente el delito común. Son, entre otros ejemplos de esta clase de delitos, el artículo 162 del Código Penal, referido al delito de interferencia telefónica, en cuyo segundo párrafo se eleva la pena si el agente que comete el delito es funcionario público; el artículo 297.1, tráfico ilícito de drogas agravado cometido por funcionario o servidor público; el tercer párrafo del artículo 404, relativo al encubrimiento personal. Al igual que lo que ocurre en los delitos especiales propios, también en los especiales impropios el sujeto

propios e impropios, Benavente Chorres, Hesbert y Calderón Valverde, Leonardo: *Delitos de corrupción de funcionarios*, Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 120.

activo calificado quebranta deberes especiales de aseguramiento y garantía que le son inherentes por su cargo, función o empleo.

La estructura sistematizadora que ha empleado el legislador peruano de 1991 con relación a los delitos especiales da cuenta de un doble esquema (conforme se ha señalado en líneas anteriores): concentrado y disperso; mientras que con referencia a los delitos comunes emplea un diseño mayoritariamente uniforme, roto solo por algunas figuras delictivas comunes –en relación al autor– que han sido incorporadas en el marco regulador de los delitos contra la Administración Pública (tráfico de influencias y corrupción activa genérica). Que un delito sea común (por dominio u organización) o especial restrictivo (de infracción de deber) y, dentro de esta segunda clasificación, propio o impropio dependerá de dos factores: a) de la opción que asuma el legislador, quien incluirá elementos normativos reductivos de la autoría en la redacción del tipo penal; y b) de la naturaleza del bien jurídico, cuestión que se halla, obviamente, en íntima conexión con el primer criterio, ya que marca las posibilidades y límites de la indicada incorporación legislativa.

XII. *EXCURSUS* SOBRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER(238)

Ha adquirido posicionamiento ya dominante y justificado, por cierto, en la dogmática penal la categoría de ilícito penal que Claus Roxin denominara

(238) Para un mayor provecho de este tema, en una resumida y específica literatura en idioma español, véase: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 231 y ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: "Delitos de funcionarios. Aproximación a su Parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N° 3, Julio, Las Palmas de Gran Canaria, 1999; Gómez Martín, Víctor: *Los delitos especiales*, Madrid, Buenos Aires, Edisofer IBdF, 2006; Vidal la Rosa Sánchez, María Delfina: "Los delitos de infracción de deber. Precisiones conceptuales, importancia y tratamiento jurisprudencial", en *JuS Doctrina & Práctica*, N° 12, Lima, Grijley, 2008; Bacigalupo, Silvina: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, Marcial Pons, 2007; González Guerra, Carlos: *Delitos de infracción de deber*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007; López Barja de Quiroga: "La participación y los delitos especiales", en Del Rosal, Bernardo (director): *Problemas de autoría*, Madrid, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, 1994; Zugaldía Espinar, José Miguel: "La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios", en Carbonell Mateu, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintana Díez (coordinadores): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005; De la Mata Barranco, Norberto: "La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y participación. Toma de decisiones órganos colegiados", en Asua Batarrita (edición al cuidado de) *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997. **En la doctrina nacional**, castillo alva, José Luis: "Una breve crítica a los (llamados) delitos de infracción de deber", en *Actualidad Penal*, N° 29, noviembre, 2016, Lima, Instituto Pacífico; Salazar Sánchez, Nelson: "Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber", en *Gaceta Penal*, Tomo 70, abril, 2015, p. 11 y ss.

en 1963 «delitos de infracción de deber»[239]. Roxin habíase percatado de algo que en la práctica judicial era materia altamente frecuente y de complicada interpretación: que en determinados ilícitos penales no bastaba ser «amo y señor» del hecho criminal para ser considerado autor, sino que incluso no era necesario tener el dominio del hecho para fundamentar autoría en determinado rango de delitos. El ejemplo dado por Roxin es bastante elocuente para graficar el estado de la cuestión: «Si, por ejemplo, alguien obliga a un funcionario a realizar torturas (artículo 343 del Código Penal alemán StGB) tiene el dominio del hecho, pero sin embargo no es autor de las torturas, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto activo del delito»[240]. Desde este punto de partida, con el que el insigne profesor de la Universidad de Munich formuló su exitosa tesis de la infracción del deber, las diversas soluciones pueden oscilar entre las de castigar al hombre de atrás como autor mediato, ya que tuvo el dominio del hecho, al utilizar como instrumento al funcionario; considerarle un coautor; o tratarle como un colaborador. La solución de **autoría mediata** tiene el gran problema de conferirle el título de autor a un sujeto que no es funcionario, esto es, equipararle dicha calidad solo por el modo

El autor parte de un concepto estrictamente formal e ideal del ciudadano racional para considerar el fundamento de los delitos de infracción de deber. Interesantes reflexiones sobre el *extraneus;* la autoría en delitos de infracción de deber, en los que, considera, solo es posible autoría directa; explora críticamente las posibilidades de autoría mediata en varios supuestos y con diferentes perspectivas doctrinarias; la accesoriedad, entre otros temas; Abanto Vásquez, Manuel: «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17, Lima, 2005, pp. 19 a 49; Caro John, José Antonio: «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003, pp. 49 a 71; Urquizo Olaechea, José: "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", en *Revista Penal de Ciencias Penales*, Año VII-VIII, N° 12, Lima, Idemsa, 2002; Pariona Arana, Raúl: "Los delitos de infracción de deber: Fundamentos y consecuencias", en Heydegger, Francisco R. y Atahuamán, Jhuliana: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Centro de Estudios Penales-Idemsa, 2013; Salinas Siccha, Ramiro: "Los delitos de infracción de deber. Unidad o ruptura del título de imputación", en *Actualidad Penal*, N° 29, Lima, Instituto Pacífico, 2016; Armas Cabrera, Rafael: "El ocaso de los delitos de infracción de deber", en *Gaceta Penal*, Tomo 98, agosto 2017, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 119-136; Vilcherrez Ato, Exon Alexander: "El artículo 26 del Código Penal y los delitos de infracción de deber", en *Gaceta Penal*, Tomo 16, octubre 2010, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 53-72; Calderón Valverde, Leonardo: "El estado actual de la infracción del deber en los delitos contra la Administración Pública", en *Gaceta Penal*, Tomo 91, enero 2017, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 135-152; Calderón Valverde, Leonardo: "El estado actual de la teoría de infracción de deber en los delitos contra la Administración Pública", en *Gaceta Penal*, Tomo 91, enero, 2017, p. 135 y ss.; Rosales Artica, David: "El concepto de autor desde la perspectiva del delito como infracción del deber", en *Gaceta Penal*, Tomo 70, abril 2015, Lima, Gaceta Jurídica, p. 79 y ss.

(239) Sobre una amplia exposición al respecto, analizando distintas posiciones críticas, particulares hipótesis debatibles y la aceptación de la jurisprudencia penal de diferentes países, entre ellas la peruana, véase Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho*, cit., pp. 723 a 748.

(240) Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 386.

como organizó su comportamiento defectuoso, es decir, aplicando un criterio propio de los delitos comunes, con lo cual cualquier persona que obliga o instrumentaliza a un sujeto vinculado a cometer un delito propio de funcionarios podría ser considerado autor de un delito especial (lo que podría, por lo mismo, extenderse al resto de delitos de infracción deber: así, el que obliga al padre a matar a su hijo sería igualmente autor de parricidio; el que instrumentaliza al administrador a que utilice en provecho de terceros el patrimonio de la empresa, conforme a tal posición, será autor de delito de fraude en la administración de empresas, etc.). La solución de la **coautoría** tiene, por su parte, la insalvable dificultad de que no existe, en el caso de ordenar la tortura, un plan común doloso de torturar, matar o defraudar que haga ver –en una perspectiva extremadamente ontologicista y causal– los aportes como mancomunados y propios de una distribución de roles; a lo que hay que agregar que coautores son autores vinculados por engranajes subjetivos además de los engarces de naturaleza objetiva, lo que invalida la posibilidad de que el *extraneus* pueda concurrir en coautoría con el *intraneus*, por más que domine el hecho o lo determine. El obstáculo se constituye en uno de los límites de razonabilidad dogmática y legislativa que WELZEL llamaba «estructura lógico-objetiva». La solución de **complicidad** aplicada al sujeto que obliga o coacciona al funcionario ejecutor o instrumento deviene de por sí incorrecta, dado que colaborar es un acto querido como propio por el «cómplice», pero, en el ejemplo propuesto, rechazado por el funcionario, ya que se le está obligando, esto es, doblegando su voluntad, quien actúa subjetiva y objetivamente coaccionado, por lo que igualmente no es una fórmula razonable ni aceptable de modo que se pueda a partir de ella derivar implicancias válidas. En todos los casos se torna inaceptable considerar que el hombre de atrás sea autor o coautor de un delito de función, al no ser él el sujeto que a título de autor tiene la norma como destinatario. La fórmula de la autoría mediata en delito de infracción de deber tiene así un límite marcado en la imposibilidad de que los *extraneus* asuman dicho rol. Con base en este escenario de lecturas de aplicación, en el título de imputación se entiende la importancia de la elaboración jurídico-dogmática de Claus ROXIN, esto es, por más que el *extraneus* domine el curso de la acción y el resultado, en los delitos especiales propios siempre será autor el *intraneus*, así su aporte sea fácticamente irrelevante, con lo que la inaplicabilidad de las tesis exhibidas autor mediato/coautoría/complicidad se torna plena y dogmáticamente explicada.

Señalar que un delito es de infracción de deber supone dar por descontado que el sujeto activo tiene previamente configurados esos deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico, que se derivan de su vinculación funcional con el bien jurídico específico y el elemento normativo

del tipo por el cargo o empleo, función o atribución específica; deberes que los adquiere de distintos modos, ya sea institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la Administración Pública), por vinculaciones paternofiliales, de confianza o jurídicas, etc.(241). Vinculaciones mayoritariamente –no en exclusividad– 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. En el caso de los delitos de funcionarios contra la Administración Pública, los deberes le vienen señalados en sus ámbitos normativos reglados o discrecionales de atribuciones y competencia que se definen en las leyes o reglamentos –o infranormas– de corte administrativo, conectados y vistos estos en su relación con las exigencias de tipicidad de cada figura penal especial, pues no es acertado reducir en las normas administrativas la totalidad de la relevancia penal de las figuras penales funcionariales, pues el ámbito administrativo muchas veces se cierra en sí mismo con base en valoraciones éticas sin necesidad del concurso de la injerencia penal.

La teoría de la infracción de deber fue planteada inicialmente por Claus Roxin como el núcleo informante y totalizador de la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos, de modo que –de conformidad con dicha tesis– carecía de importancia que el sujeto especial domine parcial o totalmente el hecho delictivo, diferenciándose de este modo la autoría/coautoría en los delitos comunes de la autoría/coautoría de los delitos especiales. En los primeros, el dominio del hecho es condición sustancial en sentido positivo de la autoría y negativo de la participación, ya que los partícipes no dominan el hecho. En los delitos especiales, en cambio, dicho título de imputación personal se basa exclusivamente en la infracción del deber («deber específico de los vinculados y cuya infracción fundamenta la autoría»)(242), siendo irrelevante –incluso excluyente– el dominio del hecho, esto es, no solo no basta, sino que sería superfluo. Se aprecia así el giro radical que se produce en la teoría que sustenta autoría en los delitos especiales con relación a la que fundamenta los delitos de dominio. Igualmente, la coautoría supondrá el quebrantamiento de un deber especial conjunto y no así, propiamente, el reparto funcional de roles con dominio del hecho, tesis que tiene sus implicancias inmediatas: a) con relación a los *extraneus* (sujetos generalmente desprovistos de calidad especial ni vinculados), quienes no podrán ser autores ni coautores de delito de función, así dominen ellos materialmente el hecho, ya que no quebrantan un deber

(241) Véase *supra*, p. 217 y ss.

(242) Roxin: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, cit., p. 384.

normativo específico; b) en cuanto permite imputar autoría al funcionario sin necesidad de acreditar que este haya realizado actos ejecutivos materiales, bastando solo comprobar si quebrantó o no un deber de su cargo o empleo, dado que no es de interés la naturaleza externa del comportamiento, sino solo la infracción del deber; c) permite unificar el comportamiento comisivo y el omisivo, ya que lo que realmente importa es la infracción del deber, siendo intrascendente que el delito especial imputable al funcionario o servidor público haya sido realizado comisiva u omisivamente.

Es de considerar que la tesis de Roxin, en el sentido de absolutizar la infracción del deber como único fundamento de autoría en delito especial propio, al punto de sostener que es irrelevante el dominio del hecho[243], tiene evidentes inconsistencias, vistas desde la lectura de los tipos penales especiales de la legislación nacional. En efecto, el injusto penal de delitos tales como el peculado (artículo 387), la colusión (artículo 384), los cohechos pasivos (artículos 393, 394 y 395), entre varios otros, han sido construidos con específicos elementos descriptivos y también normativos del tipo que hacen que la infracción administrativa del deber específico sea parte de la tipicidad, signifiquen su base pero no su totalidad de injusto; asimismo, la existencia de ilicitud administrativa e ilicitud penal en el ordenamiento jurídico nacional exige diferenciar espacios de aplicación del *ius puniendi* estatal en distintos rangos de tratamiento legal; finalmente, no es compatible con la realidad del delito que el *intraneus* prescinda de un cierto dominio del hecho, ello resulta ilusorio, pues de todas maneras –al ser su delito, esto es, un delito configurado por él, y aunque no intervenga mediante actos ejecutivos en él y sí lo hagan terceros (no cualificados o cualificados genéricamente) por él– ejerce control del mismo, a través de un domino final, parcial o social, cualesquiera sean los adjetivos que se quieran utilizar al respecto.

De otro lado, esta tesis tan radical que supone admitir que en los delitos especiales propios e impropios la autoría se fundamentan exclusivamente en la infracción de un deber extrapenal, ha sido asumida también por Jakobs, quien si bien trata fragmentariamente el tema, ofrece en cambio algunas precisiones conceptuales de importancia que fortalecen la teoría (y en algunos casos la extreman aún más), las mismas que se resumen principalmente: en (i) diferenciar entre delitos especiales y de infracción de deber; (ii) la existencia de relaciones positivas entre autor especial y norma penal que vinculan al sujeto vinculado con la noción de «institución

(243) Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte general,* T. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Madrid, Thomson-Civitas, 2014, p. 180.

positiva»; (iii) que dicha vinculación o sinalagma exige el mandato de edificar un mundo en común; y (iv) que no solo la autoría es fundamentada por la infracción de deber, sino el delito mismo[244]. En este último extremo se puede apreciar la concepción jakobsiana totalizadora de la infracción del deber, que no es compartida por ROXIN[245].

La teoría de la infracción de deber ha sido objeto de importantes desarrollos y también de cuestionamientos. Así, en la dogmática española destaca SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quien en su tesis doctoral (publicada en una importante monografía) analiza algunos matices no explorados de dicha teoría, con relación a los «deberes negativos» (que fundamentan los delitos de dominio) y «los deberes positivos» (que fundamentan los delitos de infracción de deber), que los retrotrae principalmente a la filosofía alemana del siglo XIX. Deberes positivos que no se agotan en la prohibición de dañar (*neminem laede*) o de respeto a la persona, sino que obligan jurídicamente al sujeto vinculado a la edificación de un mundo en común para fomento y preservación del bien jurídico. El autor explora los límites de las concepciones tanto de ROXIN como de JAKOBS en torno al tema, aporta además interesantes soluciones a problemas tales como el de las contribuciones accesorias del obligado especial a la ejecución del hecho que pese a ello configuran su autoría con base en la infracción del deber, el de la autoría mediata del *extraneus*, de la comisión por omisión, fortalece la tesis de la unidad de imputación y responde a variadas críticas planteadas en la dogmática alemana, al igual que analiza la consistencia de la clasificación de los delitos de infracción de deber impropio, a la cual reputa de no convincente[246].

Los cuestionamiento en la dogmática penal alemana a la tesis restrictiva de la infracción del deber de ROXIN, en tanto criterio de interpretación para analizar los delitos especiales[247], se han dirigido a poner de

(244) JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 52, 214, 791, 831, 1028 y 1030. Al respecto, ver también CARO JOHN: «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», cit., p. 55, quien expone los matices que diferencian a JAKOBS de ROXIN en materia de formulación de la tesis de los delitos de infracción de deber.

(245) Al respecto, véase ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, cit., p. 730. Dice ROXIN, respondiendo a JAKOBS, con relación a que la infracción del deber fundamenta el delito, no solo la autoría: "Esto no puede ser correcto porque de ningún modo todo incumplimiento de una obligación institucional de tutela comporta consecuencias penales. Más bien el legislador solo pune lesiones de bienes jurídicos muy concretas que emanan de esas infracciones de deber.

(246) Al respecto, en su integridad SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

(247) Véase también ABANTO VÁSQUEZ: «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber», cit., p. 30 y ss.

manifiesto que excluir el dominio del hecho en los delitos especiales supone una moralización del Derecho Penal (GALLAS); implica afectar el principio de legalidad penal (STRATENWERTH); es suficiente la posición de garante o el dominio de protección del bien jurídico, con énfasis del dominio del hecho (SCHÜNEMANN)[248] para informar de estos delitos, sin necesidad de acudir a la tesis de la infracción del deber, la misma que es superflua al administrativizar el Derecho Penal (confundiendo deber de acción extrapenal con deber de acción penal). En España, GRACIA MARTÍN ha retomado y desarrollado con gran originalidad la tesis finalista del «dominio social del hecho» como argumento de fuerza enunciado por WELZEL para fundamentar la autoría en los delitos especiales, según la cual en los delitos de funcionarios contra la Administración Pública, el fundamento material de la responsabilidad debe tener en cuenta la exigencia de un dominio que se basa en que el sujeto tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico[249], que el bien jurídico protegido se halla en una determinada estructura social controlada por ciertas clases de individuos y queda bajo la dependencia de estos[250], «dominio social» que en tanto fundamento material de los elementos especiales de autoría se erige como característica objetiva del tipo de injusto de un gran número de delitos especiales. Como el funcionario público tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, el dominio sobre esta esfera de la función pública, estamos en presencia de un delito especial de dominio social que, además, es propio, porque el bien jurídico

(248) La tesis de SCHÜNEMANN, minoritaria en el ámbito doctrinario pero atractiva dogmáticamente, y en tanto línea interpretativa de los delitos de infracción de deber, se presenta académicamente de mayor alcance que la tesis de ROXIN (fundada en la infracción de deberes específicos), abonando el criterio del dominio fáctico institucional sobre las estrechas y poco satisfactorias explicaciones del deber específico que, generalmente, hace descansar el *ius puniendi* en funcionarios/servidores colocados en jerarquías inferiores a la de aquel que domina o controla la vulnerabilidad del bien jurídico. Para SCHÜNEMANN, la tesis de la infracción del deber se revela superflua por innecesaria dogmáticamente. Véase una detallada exposición de la tesis de dicho importante penalista alemán en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 153 y ss.; igualmente en 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*, Tomo 98, agosto, 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 127 y ss. Véase igualmente SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 122 y ss.

(249) Véase el comentario y presentación que hace de los planteamientos de GRACIA MARTÍN, la Dra. María Ángeles RUEDA MARTÍN, en su artículo «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español», en *Derecho Penal contemporáneo revista internacional*, N° 7, Bogotá, Legis, abril-junio, 2004, p. 140 y ss.

(250) GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I. Teoría general*, Universidad de Zaragoza, 1985, p. 359.

protegido solo es accesible a esa determinada clase de sujetos[251]. Gracia Martín agrega: "No es el dominio del hecho lo que interesa ni la razón por la que así se le denomina. Es otra idea de dominio la que aquí cobra importancia, el «dominio social». La tesis que quiero defender y desarrollar es que la gran mayoría de los delitos con especiales elementos de la autoría se explican e interpretan por el dominio social del bien jurídico por el sujeto cualificado, y en este sentido son «delitos de dominio social». El dominio social, además, es la fuente material de la posición de garante, por lo que tales delitos son también, «delitos especiales de garante»"[252].

Claus Roxin, en la novena edición alemana (2015) de su obra *Täterschaft und Tätherrschaft* (*Autoría y domino del hecho en Derecho Penal*), efectúa interesantes precisiones y da respuesta a algunos cuestionamientos, que se pueden resumir del siguiente modo: (i) los delitos imprudentes no son delitos de infracción de deber, pues el deber en aquellos delitos está dirigido a todo ciudadano, no es un deber especial accesible solo a persona determinada, que es lo que precisamente caracteriza al delito de infracción de deber. Corrección que la efectuó ya en la tercera edición de su obra y reitera en la novena; (ii) la autoría en los delitos de infracción de deber se basa en normas extrapenales, pero no solo en ellas, sino también en exigencias sociales inherentes a roles sociales; (iii) Roxin responde sobre la capacidad de rendimiento de la tesis del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber, señalando que ella no solo lleva a un callejón sin salida en los supuestos de instrumento doloso no cualificado si el *extraneus* instigador no tiene el dominio del hecho, sino también en el delito omisivo, donde de entrada falta el dominio del hecho y no proceden todas las demás diferenciaciones; (iv) con relación a la teoría del delito de infracción de deber de Günter Jakobs, fundada en el concepto de "institución positiva", nos dice: "La limitación de los delitos de infracción de deber a supuestos de responsabilidad institucional es demasiado estricta incluso para abarcar solo los casos que Jakobs subsume en ellos. Jakobs, entiende el concepto de institución como forma de relación duradera y estrictamente reconocida (...) sustraída al poder de disposición del individuo concreto. Por tanto, la infracción de deberes emanados de una institución así concebida solo puede ser semejante a la comisión si la institución es, para la estabilidad

(251) Rueda Martín: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español», cit., p. 141.

(252) Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I*, cit., p. 355. El profesor español señala que el «dominio social» es, en primer lugar, un principio político criminal o de *lege ferenda* que sirve al legislador como criterio para la construcción de delitos con especiales elementos de autoría. Pero, además, el dominio social constituye un criterio rector de interpretación de tales tipos de *lege data* (p. 357).

social, de la misma importancia básica que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias"; (v) critica igualmente a JAKOBS por utilizar el criterio de la *confianza especial*, en tanto un deber en virtud de responsabilidad institucional. Dice ROXIN: "No se me alcanza como este criterio, aun cuando puede fundamentar una relación social de protección y por tanto la autoría de un delito de infracción de deber, puede referirse a una institución en el sentido de JAKOBS"; (vi) finalmente, arrecia contra la tesis central y extrema de JAKOBS, de que el quebrantamiento del deber en los supuestos de responsabilidad institucional no solo fundamenta la autoría, sino que constituye también el fundamento de punición del delito, señalando: "Esto no puede ser correcto porque de ningún modo todo incumplimiento de una obligación institucional de tutela comporta consecuencias penales"[253].

Como podrá apreciarse en esta apretada síntesis, que omite por cierto los pareceres de otros significativos autores (en razón a las limitaciones del presente trabajo para desarrollar en extenso el tema), el estado actual del debate en torno al contenido y alcances excluyentes de la tesis dominante de la infracción de deber, aplicada a los delitos especiales en sentido restrictivo, es por lo demás sugestivo y lleno de interrogantes que pugnan por dotar al análisis jurídico-dogmático, en tanto herramienta de interpretación, de una mayor precisión orientada hacia las decisiones.

En el país, los penalistas se han alineado con base en las tesis de ROXIN y otros en torno a la versión de JAKOBS, o combinan ambas miradas dogmáticas; incluso –lo que sucede también con la jurisprudencia de la Corte Suprema– hacen uso conjunto para analizar casos penales con la teoría del dominio del hecho, en una suerte de sincretismo analítico. Existiendo por cierto profesores que asumen una tesis moderada o de infracción de deber con dominio final, e igualmente otros que objetan radicalmente la tesis de los delitos de infracción del deber. En esta última línea, por ejemplo, CASTILLO ALVA critica la teoría de la infracción del deber, al involucrar esta –sostiene– la violación de ciertos principios constitucionales y convencionales como el respeto al principio de legalidad y el de exclusiva protección de bienes jurídicos; noción de "bien jurídico" al que se le despoja de su condición de límite material y de criterio orientador del Derecho Penal para asumir en su lugar criterios formalistas poco claros, vagos y de contenido inmaterial[254]. La crítica de CASTILLO ALVA desta-

(253) ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 9ª edición, cit. pp. 724 a 730.

(254) CASTILLO ALVA, José Luis: "Una breve crítica a los (llamados) delitos de infracción de deber", en *Actualidad Penal*, N° 29, noviembre, 2016, Lima, Instituto Pacífico, pp. 9 y 11.

ca la desnaturalización en el análisis del operador jurídico que genera la mirada interpretativa de los delitos de funcionarios a partir de la tesis de la infracción del deber, que introduce sesgos marcadamente autoritarios, represivos y acríticos, que impide a fiscales y jueces analizar las particularidades de la acción típica, a la vez que supone la adopción de un sistema unitario de autor en los delitos funcionariales, según el cual cualquier aporte del *intraneus*, con indiferencia de su contenido cuantitativo, va a ser considerado autoría(255).

La jurisprudencia penal de la Corte Suprema ha ingresado en su discurso una teoría matizada de la infracción del deber. Así se advierte de varias resoluciones jurisdiccionales supremas. Por todas, la ejecutoria suprema del 26/08/2009, Exp. N° 5434-2008-Junín, Sala Penal Permanente: "Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de *infracción de deber,* lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o 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 penal especial– explica la existencia de los delitos de infracción de deber".

XIII. EL ROL DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS(256)

Es *extraneus* o *extranei* aquella persona que mediante aportes de contribución al delito cometido por el *intraneus* u obligado especial (en el

(255) Castillo Alva, José Luis: *Una breve crítica...*, cit., p. 13.

(256) Véase Gómez Martín, Víctor: *Los delitos especiales*, cit., p. 395 y ss.; Rueda Martín, María Ángeles: "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español", en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*, N° 7, Bogotá, Legis, abril-junio, 2004; Rodríguez Puerta, José: "Los delitos especiales y la teoría de la participación, una crítica al alcance y aplicación del artículo 65.3 del CP", en *Represión Penal y Estado de Derecho (homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares)*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; Robles Planas, Ricardo: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007; Benavente Chorres, Hesbert y Calderón Valverde, Leonardo: *Delitos de corrupción de funcionarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012); Peña Cabrera Freyre, Alonso R.: "La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: La unidad en el título de imputación", en *Gaceta Penal*, Tomo 89, noviembre 2016, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 97-112; Meza Hurtado, Daniel: "La participación de extraños en los delitos especiales. A propósito de la modificación del artículo 25 del CP", en *Gaceta Penal*, Tomo 92, febrero 2017, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 30-46: Reaño Peschiera, José Leandro: "La participación del *extraneus* en el delito especial: Punibilidad o no punibilidad", en *Actualidad Penal*, N° 29, noviembre, 2016, p. 71 y ss; Arismédiz Amaya, Eliu: "La intervención del *extranei* en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N° 782-2015-Del Santa",

delito de infracción de deber) no puede en ningún caso ser autor o coautor de dicho delito especial. Así, en un delito de peculado, quien ayuda al funcionario –vinculado funcionalmente con el patrimonio público– a que este se apropie efectivamente (o participa en actos de tentativa) de caudales o efectos. En el cohecho, el intermediario que vincula el donativo (otorgado por el interesado) con el acto de función (a cargo del funcionario público), entre otros casos. En ambos supuestos, el *extraneus* puede ser un particular ajeno a la Administración Pública tanto porque no está incorporado a ella como porque no participa en modo alguno en ejercicio de servicio o función pública, como también otro funcionario o servidor público que, obviamente perteneciendo o participando en la Administración Pública, no mantiene, sin embargo, una vinculación de obligado con el bien jurídico específico, es decir, con la administración/percepción/custodia del patrimonio público (peculado) o con la obligación derivada del cargo que afecte el principio de imparcialidad (cohecho pasivo) en los casos planteados. De modo que puede establecerse *dos clases de extraneus*. En sentido propio, la persona particular común sin vinculación institucional de ninguna clase con la Administración Pública; y, en sentido relativo o impropio, el funcionario o servidor público que en determinados tipos de infracción de deber carece de la específica vinculación especial que exige el tipo penal para ser autor o coautor. Esta segunda tipología de *extraneus* se delimita por descarte, cuando el tipo penal requiere que el funcionario se halle vinculado con el objeto material del delito a través de las siguientes frases de carácter normativo: «por razón de su cargo», «por razón de su cargo o comisión especial», «acto en violación de obligaciones», «bajo su custodia o administración», «bajo su guarda», «asunto sometido a su conocimiento» y otras locuciones; vale decir, en determinados y puntuales supuestos delictivos que suponen ejercicio cautivo de competencias y que hacen impracticable que un funcionario o servidor público que no se halle

---

en *Actualidad Penal*, N° 29, noviembre, 2016, p. 79 y ss.; 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 *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 30, marzo, Lima, 2000; Fajardo Díaz, Johny Luis: "La construcción de una conducta de autoría para el *extraneus* en el delito de colusión", en *Actualidad Penal*, N° 34, abril, 2017, Lima, Instituto Pacífico, p. 79 y ss.; Meza Fernández, Carlos Daniel: "El principio de accesoriedad y el problema de la temporalidad de la conducta del partícipe *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito", en *Gaceta Penal*, Tomo 102, diciembre 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 96 y ss.; Salazar Sánchez, Nelson: "Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber", en *Gaceta Penal*, Tomo 70, abril, 2015, p. 11 y ss.; Meza Hurtado, Daniel: "La participación de extraños en los delitos especiales. A propósito de la modificación del artículo 25 del Código Penal", en *Gaceta Penal*, Tomo 92, febrero, 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 30 y ss.; Marca Romero, Elmer: "La participación en los delitos de infracción de deber: ¿Impunidad del *extraneus*?", en *Gaceta Penal*, Tomo, 42, diciembre, 2012, Lima, Gaceta Jurídica, p. 85 y ss.

en el núcleo de dicha vinculación pueda ser autor o coautor en el caso de que intervenga con aportes ejecutivos.

El *extraneus* (*extranei*) o extraño, en términos absolutos o propios, es un particular ajeno a la Administración Pública, carece de deberes especiales para con ella, no tiene la obligación de preservar ni de optimizar el bien jurídico protegido específico ni de fomentar el desarrollo de la institución positiva (genérica) Administración Pública. Dicho sujeto no quebranta roles especiales, no puede ser sujeto activo de los delitos de infracción de deber de modo comisivo ni omisivo. El *extraneus,* en términos relativos o impropios, sí es, en cambio, un sujeto que perteneciendo a la Administración Pública (*extraneus* funcionario o servidor público), sin embargo, no tiene vinculación con ella por deberes específicos, de modo que le confiera deberes de aseguramiento y fomento de un determinado y preciso segmento de la Administración Pública, pudiendo sí tenerlo en otro segmento, pero dadas las particulares exigencias de determinados tipos penales de función que restringen la autoría, la calidad de funcionario o servidor no le es suficiente para ser un obligado especial, esto es, sujeto activo del delito, al carecer de los componentes normativos que el tipo penal comunica expresamente, siendo por lo mismo un extraño relativo al reducido círculo de autores del delito específico, pudiendo ingresar sus actos ilícitos solo al nivel de complicidad o al de la determinación de acuerdo a la naturaleza y características concretas de sus aportes al hecho ilícito.

Ambas versiones de *extraneus,* que puede por igual presentarse en otros ámbitos de los delitos de infracción de deber, no solo en los delitos de funcionarios contra la Administración Pública, se unifican ante el Derecho Penal en la calidad imputable de sus aportes, esto es, solo concurrirán al delito de los vinculados especiales en calidad de partícipes determinadores o cómplices, al margen de que la pena pueda ser igual en el primer caso.

Si bien existe un nivel apreciable de consenso en la diferenciación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sigue, sin embargo, académicamente el debate, aunque ya en menor escala, acerca del título de imputación válido para el *extraneus*, que se condensa en la pregunta de si: ¿debe responder por el delito del autor o acaso por un delito común, dado que no es un obligado ni infringe deberes especiales? ¿O acaso resulta un sujeto impune?

A) Tesis de la impunidad del *extraneus*

Sobre la ***impunidad de los aportes del extraneus,*** tesis sostenida tanto en Alemania por el insigne penalista, profesor de la Universidad de Hamburgo, Eberhard Schmidhäuser autor de un Studienbuch y un Lehrbuch,

caracterizados por sus creativas tesis sobre diversos tópicos de la Parte general del Derecho Penal(257), y sus discípulos Winrich LANGER: "Das *Sonderverbrechen*" (*El delito especial*) y Marco DEICHMANN: "*Grenzfälle der Sonderstraftat*" (*Casos límites del delito especial*), como en España (ROBLES PLANAS), se ha argumentado que el *extraneus* no lesiona el bien jurídico, no bastando para ser responsable penalmente intervenir en el hecho que es propio de un sujeto vinculado por deberes, pues dicha intervención resulta inocua para la norma, que solo le establece deberes al funcionario. Ni el injusto ni el fundamento de la pena del partícipe puede residir o fundamentarse en la causación de una infracción ajena del deber que solo involucra a los sujetos calificados por la norma (DEICHMANN), salvo que la norma especial contemple expresamente dicha participación como punible (SCHMIDHÄUSER) o, en todo caso se analicen dichos aportes al delito ajeno desde una tesis individualizadora y autónoma, en determinadas hipótesis, más allá de lo cual el *extraneus* resulta impune(258).

B) Tesis de la autonomía, individualizadora o de la ruptura del título de imputación(259)

Según esta teoría, el *extraneus* ajeno a la Administración Pública, al carecer de la calidad de funcionario o servidor público y no estar vinculado

(257) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuya primera edición data de 1970, en la que, fruto de sus reflexiones y experiencia práctica juvenil de juez de Langericht, introduce criterios valorativos para diferenciar entre coautoría y participación radicados en criterios intuitivos que han terminado siendo dominantes en la praxis fiscal/judicial. La obra de SCHMIDHÄUSER (otrora soldado del ejército alemán en la Segunda Guerra Mundial y, luego, discípulo de GALLAS), creativa en muchos apartados y singularmente independiente de los círculos académicos, ha sido –al igual que sucede con la de sus discípulos– injustamente marginada por las tendencias mayoritarias de los círculos dogmáticos alemanes. A modo de ejemplo, véase los trabajos orgánicos de ROXIN y JAKOBS, que apenas si hacen mínimas referencias a SCHMIDHÄUSER y desdeñan las originales posiciones académicas de LANGER y DEICHMANN.

(258) Véase una amplia exposición y valoración de la tesis de la impunidad del partícipe, con relación a la tesis de ROBLES PLANAS, en GÓMEZ MARTÍN, Victor: *Los delitos especiales*, cit., pp. 406 a 432.

(259) En la doctrina española asumen la defensa de la tesis individualizadora (CUELLO CALÓN, VIVES ANTÓN, PÉREZ ALONSO, COBO DEL ROSAL, RODRÍGUEZ MOURULLO, PEÑARANDA RAMOS), de la tesis de la unidad (RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, RUEDA MARTÍN, entre otros exponentes de esta teoría mayoritaria). Enrique GIMBERNAT, en cambio, es el promotor de la tesis mixta. Véase de GIMBERNAT: *Autoría y dominio del hecho*, cit., p. 260 y ss. GIMBERNAT reconoce la vigencia de la tesis unitaria, pero igualmente considera que la pena del *extraneus*, que siempre será o un determinador o un cooperador, tendrá que ser menor que la del autor especial. Al respecto, también, véase ROJAS VARGAS, Fidel: «La complicidad en los delitos especiales de función: dogmática penal y jurisprudencia nacional», en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 207 y ss. También, en una exposición más detallada, véase SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: «La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004,

con dicha administración por deberes (previos o simultáneos) normativos o de aseguramiento/fomento, no puede ser imputado a título de complicidad en delito de infracción de deber, dado que, al tratarse de delitos de infracción especiales, el ámbito de autores y cómplices debe circunscribirse a quienes posean dichos deberes, ya en grado de vinculación estricta, ya en grado de vinculación flexible o roles administrativos generales, en relación –en el caso de funcionarios/servidores– a la Administración Pública. Según esta perspectiva de análisis, cada quien debe responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, contribuciones de autoría que son diferentes a las de complicidad o participación; por lo mismo, las contribuciones de autoría deben ser imputadas a título del delito especial (peculado, colusión defraudatoria, abuso de autoridad); y las de complicidad, a título de un delito común (hurto o apropiación ilícita, estafa, coacciones), dado que el cómplice domina también la realización de su propio aporte, no siéndole comunicables las calidades personales del injusto del autor vinculado (artículo 26 del Código Penal[260]).

La tesis de la autonomía se basa en criterios de correspondencia de la imputación con relación al aporte ejecutivo y con soluciones de estricta justicia material que se atiene a la naturaleza de las cosas, que evita trasladar atribuciones basadas en un Derecho Penal de autor a quien no está en condiciones normativas de asumirlas, tesis que posee en puridad bastante coherencia[261] y que incluso ha merecido tratamiento jurisprudencial mi-

p. 433; ídem, del mismo autor «Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 16, Lima, 2005, pp. 535 a 612; SALINAS SICCHA, Ramiro: "Los delitos de infracción de deber. Unidad o ruptura del título de imputación", en *Actualidad Penal*, N° 29, noviembre, 2016, p. 23 y ss.; BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo: *Delitos de corrupción de funcionarios*, cit., p. 120). BENAVENTE y CALDERON ofrecen una amplia exposición, con base en los criterios formulados por penalistas españoles, acerca de las tesis diferenciadora (autónoma o individualizadora), unitaria y mixta sobre la participación del partícipe *extraneus* en delitos especiales.

(260) Por cierto, esta es una de las posibilidades de interpretación de la incomunicabilidad de circunstancias personales del artículo 26. Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: «Autoría y participación», en *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, ARA Editores, 2006, p. 712 y ss.

(261) Véase posición diferente en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: «La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», cit., p. 433, quien califica de «nefasta» esta posición, sin advertir que la teoría de la ruptura, como toda teoría, tiene sus mínimos sobre los que resulta invocable, más allá de los cuales se desnaturaliza. SALAZAR, asumiendo como válida y única la tesis de «la infracción de deber» como configuradora y fundamentadora de los delitos de función y luego de una rigurosa y detallada exposición, llega a conclusiones no del todo aceptables, tal como aquella que establece una taxativa escisión entre dominio del hecho por particulares y solo infracción del deber por los sujetos vinculados (p. 437).

noritario en las decisiones de la Corte Suprema[262], pero que, sin embargo, tiene la dificultad –con relación a los delitos especiales propios– de que los Códigos Penales occidentales no están estructurados de modo que ofrezcan diseños satisfactorios de tipos penales comunes equiparados para los delitos de infracción de deber, en los que concurren con aportes los cómplices y determinadores. Así, en el cohecho, prevaricato y enriquecimiento ilícito, no existe en el caso peruano la posibilidad de acudir a una tipología delictiva común para avalar la ruptura del título de imputación, a lo que se suma la dificultad concerniente a la calidad del título de imputación en el delito común a los concurrentes: si el *extraneus* resulta un autor de delito común, ¿cuál es el papel que juega el sujeto especial en dicho delito común? La tesis de la ruptura obviamente considera que se trata de dos títulos estancos taxativamente separados, lo cual, sin embargo, no convence plenamente, por cuanto, de no existir un tipo penal homologable al especial, se abriría la posibilidad de espacios de impunidad. Situación diferente se aprecia en los delitos especiales impropios, ya que en ellos es posible romper el título de imputación dirigido al *extraneus* que participa junto al *intraneus*, a fin de castigarlo conforme al tipo común básico[263].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en esta materia se ha pronunciado de la siguiente manera: *La participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala. El Código Penal contiene una específica previsión normativa, artículo 65.3 del C.P., que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los particulares que participen, en el concepto indicado, en los delitos especiales propios, como es el caso al tiempo de la comisión de los hechos previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la sentencia del caso de la construcción de Burgos, disponiendo una atenuación análoga por la no condición de funcionario público, es decir del título especial del autor que no concurre en el extraneus* (STS N° 63/2017, del 8 de febrero). Igualmente, en la Sentencia del

(262) Véase la sentencia de Casación N° 782-2015-Del Santa, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 06/07/2016, que desvinculó los actos del esposo (acusado de cómplice testaferro) de la alcaldesa acusada por delito de enriquecimiento ilícito; ídem el R.N. N° 2628-2006-Ucayali, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 25/04/2008, que mediante voto en discordia del magistrado Javier Villa Stein consideró que, de conformidad con la tesis de la autonomía o ruptura del título de imputación, no se le puede imputar de cómplice en delito de peculado a quien es ajeno a la Administración Pública, no tiene la calidad de funcionario o servidor público ni se le puede exigir –en tanto extraneus– condición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber.

(263) En similar posición Abanto Vásquez: «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber», cit., p. 42.

Tribunal Supremo español (STS N° 765/2013, del 22 de octubre, se precisa *que cuando un particular "extraneus" participa en el delito especial propio cometido por un funcionario "intraneus", dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario.*

C) Tesis de la unidad del título de imputación

Posición doctrinaria y jurisprudencial dominante que parte de la idea central de que todos quienes concurren a la comisión del delito especial, con diferente naturaleza en sus aportes, sea en calidad de autores-coautores o partícipes (determinadores o cómplices), responden por el mismo delito a título de autores o partícipes, sin necesidad de que se tenga que fracturar la imputación en dos delitos distintos, uno especial para los autores vinculados, otro común para los partícipes *extraneus,* conforme propone la tesis de la autonomía. Ello supera el problema de la doble calificación por un mismo hecho, impide búsquedas erráticas, así como elimina la sombra de la impunidad.

Tesis que se fundamenta en la teoría de la **accesoriedad limitada de la participación** que contemplan varios de los Códigos Penales occidentales, entre ellos el alemán, el español y el peruano. Accesoriedad que supone no aceptar la autonomía del injusto del partícipe, y significa que los actos o aportes de este contribuyen al delito del autor que por definición le es ajeno a los partícipes, con el que guardan una relación de dependencia, no existiendo un injusto propio del partícipe cómplice o determinador. Accesoriedad tanto **cualitativa** como **cuantitativa**, la primera que requiere un hecho típico y antijurídico cometido por el autor y un comienzo de ejecución del delito (tentativa) la segunda; tesis mayoritaria, asumida en la actualidad en la jurisprudencia nacional(264), pese a lo excesivo de sus consecuencias, las mismas que pueden traer consigo aplicación de inhabilitaciones a los *extraneus* y los efectos de rotulación que traen consigue en la actualidad los delitos de infracción de deber, asociados en su gran mayoría con un concepto amplio de corrupción; posición que, si bien aceptada mayoritariamente, debe merecer la debida ponderación por parte del juez penal a fin de tomar en cuenta que no es lo mismo el injusto del

(264) Véase el Acuerdo Plenario N° 2-2011, fundamento 11, de las Salas Penales de la Corte Suprema y reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema. Véase, por ejemplo, el R. N. N° 2628-2006-Ucayali, de la Segunda Sala Penal Transitoria, del 25/04/2008.

intranei que del *extraneus* en un delito funcionarial y, por lo tanto, la individualización de pena de este último debe ser marcadamente inferior a la del sujeto vinculado.

La tesis de la unidad de imputación de sujetos vinculados (*intraneus*) y sujetos no vinculados (*extraneus)*, de acuerdo con la **jurisprudencia penal española**, amplía sus alcances también a los delitos especiales impropios. Así, en dicha jurisprudencia se ha sostenido que *"En los supuestos en que un particular interviene en un delito especial impropio, no ha de acudirse a la ruptura del título de imputación –respondiendo el particular del delito común y el funcionario del delito especial impropio–, sino que aquel debe responder como partícipe del delito especial, aplicándose después facultativamente la atenuación de la pena (...). Todo ello de acuerdo con el principio de accesoriedad de la participación. Así ha venido operando este tribunal con esta clase de delitos especiales impropios cuando intervienen en los hechos funcionarios y particulares" (STS N° 641/2012, del 17/07) (STS N° 575/2007, del 09/06) (STS N° 853/2013, del 31/10).* En relación a esta doctrina judicial del Tribunal Supremo español, hay que decir que resulta válida en un escenario en el cual el funcionario o servidor público que ejecuta o consuma un delito especial impropio recibe aportes de un particular que le facilita la comisión del delito, o ya sea que dicho aporte se produzca en fase de preparación mediante contribuciones escasas y significativas (complicidad necesaria), supuesto en el cual es perfectamente desplegable la tesis fundamentadora de la accesoriedad limitada; siendo, en cambio, muy debatible la consistencia de dicho desarrollo jurisprudencial cuando el particular actúa dominando plenamente el hecho, esto es, actuando en calidad material y subjetiva de autor, no aportando en delito ajeno, esto es, ambos sujetos en un plexo de comportamientos quieren el delito para sí, generando esto un escenario de imputación de autonomía, donde el particular es autor del delito común, y el *intraneus* es a su vez autor del delito especial impropio, por lo general legislativamente configurado en tanto agravante del tipo común.

D) Tesis mixta

La posibilidad de una **tercera posición (mixta)** ha sido esbozada, principalmente desde la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo español del 7 de marzo de 2003) y doctrina española, a modo de síntesis o ya de una lectura ecléctica sobre el rol que juega el *extraneus* partícipe que, sin desconocer la naturaleza dominante de la tesis unitaria, sin embargo, incide en criterios de justicia material orientados a no descargar sobre aquel el rigor de la pena destinada al autor vinculado (funcionario/servidor

público). Gómez Martín se adhiere a esta tesis, a la que considera "una solución de compromiso entre la solución individualizadora y la unitaria que pretende aunar en una única concepción las dos principales virtudes de cada una de aquellas teorías: el respeto por la unidad del título de imputación y la capacidad individualizadora de la pena"[265]. Enrique Gimbernat, el principal ponente de esta lectura, siguiendo la doctrina alemana de la atenuación de pena del *extraneus,* nos dice: "Para conseguir esta atenuación en los delitos especiales propios, la doctrina acude al siguiente recurso. El que por realizar actos ejecutivos sería coautor queda degradado en los delitos propios a mero cómplice[266]". Sostiene Sánchez-Vera Gómez-Trelles que es posible sean necesarias dos aminoraciones consecutivas de la pena para el partícipe en un delito de funcionarios. Una, cuyo fundamento reside en el hecho de que el partícipe no posea el deber especial del funcionario. La otra puede venir determinada, en su caso, atendiendo al *quantum* de la intervención realizada[267].

Tesis que no ha logrado adquirir la debida consistencia dogmática requerida para tenerla, en rigor, como una tercera teoría[268].

E) La posición legislativa peruana

En la legislación nacional, de modo bastante particular, se ha adoptado por vía legal una salida que pretende finiquitar el debate. En efecto, el Decreto Legislativo N° 1351 (publicado el 07/01/2017) incorporó en el artículo 25 del Código Penal –que normativiza la complicidad– un tercer párrafo, que a la letra dice: "*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*", texto que ha convertido en norma de parte general la tesis de la unidad del título de imputación.

Más allá del aludido tercer párrafo en el artículo 25 del Código Penal, a modo de reflexión en retrospectiva, hay que decir que en realidad la tesis

(265) Gómez Martín, Víctor: *Los delitos especiales*, cit., p. 468.

(266) Gimbernat: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 224.

(267) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N° 3, cit., p. 28. El autor diferencia la diminución de pena en el supuesto de complicidad primaria e inducción que, en el caso del Código Penal español, al constituir modalidades de autoría, no es posible de la cooperación secundaria, donde se aplicaría la doble disminución.

(268) Al respecto, véase Calderón Valverde, Leonardo: "El estado actual de la teoría de la infracción del deber en los delitos contra la Administración Pública", en *Gaceta Penal*, Tomo 91, enero, 2017, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 145 y 146.

autonomista se presentaba compleja pero posibilitadora en aquellos delitos funcionariales que presentan tipologías equiparables con determinados delitos comunes (por ejemplo, peculado y colusión desleal con relación a los tipos comunes de apropiación ilícita y estafa, respectivamente)[269]. Al respecto, no obstante, las orientaciones doctrinarias y judiciales que se decantaban por dar fuerza a la tesis de la autonomía, hay que afirmar que nuestro Código Penal (en los artículos 25 y 23) asumía sin necesidad de la reforma aludida la tesis de la accesoriedad para la participación y la teoría del dominio del hecho para la autoría, de lo cual se derivaba que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo los aportes de los partícipes de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación) en los delitos de infracción de deber. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares (en estos delitos especiales propios) asumen una tipicidad independiente distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la autonomía de la imputación) requería hacer una doble tipificación en base a un solo supuesto de hecho ilícito y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual suponía plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la participación como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, podría dejar en la impunidad muchos actos de complicidad dadas las insuficiencias de nuestro Código para ofrecer tipologías delictivas equiparables a los delitos especiales propios[270].

En parte de la doctrina nacional, Meza Hurtado opina que la reforma practicada en el artículo 25 del Código Penal con la inclusión de un tercer párrafo está más orientada a los delitos especiales que en rigor a los delitos de infracción de deber[271]. Participa igualmente de la idea –sostenida por Sánchez-Vera Gómez-Trelles– de que la división de los delitos especiales en propios e impropios ha traído más confusión en los operadores jurídicos que beneficios interpretativos. Idea, por cierto, discutible.

(269) Tomando como caso típico el delito de abuso genérico de autoridad, se efectúa más adelante un mayor desarrollo de esta temática (*infra,* p. 298 y ss.).

(270) Véase para un mayor estudio de la tesis de la unidad de imputación y de la tesis de la autonomía, Rojas Vargas, Fidel: "La complicidad en los delitos especiales de función: dogmática penal y jurisprudencia nacional", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 32, Lima, mayo, 2001, p. 109 y ss.

(271) Véase Meza Hurtado, Daniel: "La participación de extraños en los delitos especiales", en Gaceta Penal, Tomo 92, febrero, 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 43.

TÍTULO II

LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

SUMARIO: I. Poder y autoridad. **II.** Abuso de poder y abuso de autoridad. **III.** El *nomen iuris* «abuso de autoridad». **IV.** Modelos históricos de los delitos de abuso de autoridad. **V.** Perú: aspectos de sistemática y técnica legislativa. **VI.** Lo reglado y la discrecionalidad frente al acto arbitrario.

I. PODER Y AUTORIDAD

Las palabras *«poder»* y *«autoridad»*, de uso bastante frecuente en el discurso, son comúnmente consideradas sinónimas, al estar asociadas ambas a la posibilidad o capacidad de determinar la conducta de terceros (personas físicas o colectivos sociales), mediante actos de decisión e imposición. Sin embargo, tienen entre sí algunas marcadas distinciones por sobre sus similitudes, estas últimas, obviamente, indiscutibles. Así: **1)** no todo poder es autoridad; **2)** el que tiene autoridad tiene poder; **3)** la autoridad es una especie de poder; **4)** el poder es un macroconcepto conglobante, donde la autoridad es una de sus manifestaciones funcionales; **5)** el poder admite diversas fuentes de origen (político, económico, jurídico, mediático, ideológico, etc.); la autoridad, una sola, la que le da el Estado, mediante la transferencia de una forma determinada de poder público.

Poder, nos dice Max WEBER, es la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad[272], lo que en palabras de GARCÍA PELAYO significa la posibilidad directa o indirecta de determinar

(272) Weber, Max: Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, segunda edición en español de la cuarta edición en alemán, traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 43.

la conducta de los demás sin consideración a su voluntad o, dicho de otro modo, la posibilidad de sustituir la voluntad ajena por la propia en la determinación de la conducta de otro o de otros, mediante la aplicación potencial o actual de cualquier medio coactivo o de un recurso psíquico inhibitorio de la resistencia(273). Esta sintética, bien lograda y genérica conceptualización dada por el insigne maestro español nos sirve para anotar tres características de importancia: **a)** el poder posee amplios contenidos, es decir, se presenta en todo orden de actividades humanas (la política, el Derecho, la administración, la economía, la judicatura, las relaciones familiares, amicales, científicas, el mundo de las relaciones privadas, empresariales, militares, religiosas, culturales, etc.); **b)** el poder supone necesariamente la posesión de facultades de imposición (aspecto subjetivo, la *potestas*), la capacidad latente (elemento potencial) y el ejercicio de dichas facultades (elemento objetivo o material); y **c)** el poder es una realidad sociocultural estratificada(274) con núcleos de concentración más o menos intensos a nivel político, jurisdiccional, militar, económico, científico-tecnológico y con un espectro bastante amplio de irradiación en dichos niveles. Cuando el poder se halla intensamente concentrado de modo que no pueda estar sujeto a control, al depender de un eje de poder o de una voluntad autoritaria que elimina los contrapoderes, ello termina produciendo totalitarismo, tiranía y con ellos casi siempre corrupción.

El poder presenta dos características esenciales e innegables que le acompañan donde manifieste su presencia y que ha motivado la necesidad de su optimización, pero a la vez su limitación, su freno mediante otros poderes (la ley, el control, la *civitas*, la academia) que actúen independientes de él, y que se resumen con las bien logradas frases de Bertrand DE JOUVENEL, que condensan magistralmente su naturaleza: "Es una necesidad social, en razón del orden que impone y del concierto que instaura, permitiendo a los hombres acceder a una vida mejor. El poder es también un peligro social, no es un ser de razón, sino un conjunto vivo, animado de un dinamismo que le arrastra a apropiarse de las fuerzas desarrolladas en el conjunto humano al que domina, para utilizarlas en su provecho (...) de dirigirlo e imponerlo todo"(275).

(273) GARCÍA PELAYO, Manuel: *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 137.

(274) Al respecto, véase PECES-BARBAS, Gregorio: *Curso fundamental de derechos humanos*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995. Este constitucionalista español desarrolla la tesis del poder complejo (Estado complejo), distribuido en diferentes entidades y personas.

(275) DE JOUVENEL, Bertrand. *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, traducción del francés de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2011, pp. 373-374.

El poder asume diversas modalidades, dos de las más conocidas son la *influencia y la autoridad.* Por la primera se entiende «la posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, sea utilizando un ascendiente de origen afectivo, social o de otra especie del influyente sobre el influenciado»[276]. Son notas características de la influencia el uso de la presión en lugar de la coacción, de la persuasión y el ascendiente. Se puede decir que la influencia es una de las formas menos violentas del poder, de naturaleza difusa por cuanto su fuente de origen es múltiple y no focalizada.

*La **autoridad**,* en cambio, es una modalidad institucionalizada de poder cuya fuente de origen deriva de la soberanía popular y del Estado como expresión jurídico-política de aquella. El concepto «autoridad» puede ser entendido en sus dos acepciones básicas como facultad adquirida (concepción subjetiva), como concepto institucionalizado en un órgano público o persona física legitimada (concepción orgánico-objetiva)[277]. Hemos definido también a esta segunda acepción como a aquella persona dotada de capacidad de decisión pública, que ejerce jurisdicción y mando. La autoridad, entonces, como forma de poder, deriva del pueblo o del Estado, mientras que **el poder en general tiene múltiples fuentes de origen**: *materiales* (la economía, el dinero, la fuerza), *psicológicas* (el temor, el sexo, las creencias, el avasallamiento), *culturales* (el conocimiento, la ciencia, la tecnología), *formales* (la política, el Derecho –principalmente el *ius punendi*–, la Administración Pública), etc.

(276) García Pelayo: *Idea de la política y otros escritos,* cit., p. 138.

(277) La autoridad puede ser entendida también como *"autoricta"*, expresión latina con la que se alude al poder que goza una persona, y que tiene como fuente de origen el consenso del colectivo social o la comunidad científica. Es quizás la más democrática y legitimada forma de poder, que no requiere de la fuerza, la imposición o la investidura para manifestarse. Así, la *"autoricta"* del *"pater familiar"*, del filántropo insigne, del jurista reconocido, del escritor de renombre y que todos respetan (o casi todos) y a quien siguen, la *autoricta* de la madre Teresa y de los líderes religiosos, etc. Obviamente que nuestro estudio de los delitos contra la Administración Pública, en su título "Delitos de abuso de autoridad", no está referido a esta especial forma de poder de la inteligencia, del consenso y de la fe. Pablo Nocera, en el prólogo que efectúa a la obra de Emil Durkheim (*El estado y otros ensayos*, Barcelona, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 11), citando textualmente a Hanna Arendt, reproduce algunas reflexiones de la filósofa y política alemana de gran valor con relación al concepto "autoridad": "*Desde el momento en que la autoridad siempre demanda obediencia, es habitual que siempre se confunda con cierta forma de poder o de violencia. Sin embargo, excluye el uso externo de medios de coacción: se usa la fuerza cuando la autoridad ha fallado. Por otro lado, la autoridad es incompatible con la persuasión, dado que esta presupone la igualdad y opera a través de un proceso de argumentación. Cuando se utilizan los argumentos, la autoridad permanece en situación latente. Ante el orden igualitario de la persuasión se alza el orden autoritario que siempre es jerárquico. Si hay que definirla la autoridad se diferencia tanto de la coacción por la fuerza como de la persuasión por argumento*" (Arendt, Hannah: *Between Past and Future. Six Exercises in political Thought,* New York, The Viking Press, 1961, pp. 92-93).

Resumiendo: la autoridad, entendida subjetivo-funcionalmente como facultad racional de poder, es atributo de cierta clase de sujetos que concentran en sus actividades la voluntad del Estado, el poder público. Estos sujetos son los funcionarios públicos y, más propiamente, las autoridades en cuanto concepto orgánico. En el ámbito privado-particular y, en general, en el contexto no público, el uso del vocablo *autoridad* posee una connotación impropia, al no tener necesariamente legitimación jurídica.

La "autoridad", siguiendo a Max WEBER, es de naturaleza: racional, tradicional y carismática, la primera –que es la que nos interesa– se basa en la creencia en la legalidad del ordenamiento establecido y del derecho de dar órdenes por parte de quienes tengan la competencia para ejercer la dominación según ese ordenamiento(278).

II. ABUSO DE PODER Y ABUSO DE AUTORIDAD

El poder racional que posee el funcionario público, cuya legalidad y legitimidad le viene del ordenamiento jurídico y de las competencias del cargo, va a suponer siempre una "relación triádica"(279), es decir, integra la persona y/o la institución que lo posee, la persona o grupo de destino, como también las actividades que expresan dicho poder. No existe poder por fuera de estos componentes. Y el poder es siempre racional, por cuanto no hay otra forma de poder por fuera de las finalidades de su ejercicio. La racionalidad del poder lo aleja de la arbitrariedad del capricho personal o de grupo, lo sujeta a los fines de la función y la administración. Poder a extramuros de tales condiciones es fuerza pura, es avasallamiento y ejercicio de arbitrariedad.

Derechos ciudadanos, por un lado, autoridad estatal por otro con monopolio de la violencia, definen las características del Estado moderno y la existencia del incesante péndulo entre la libertad sometida a un sacrificio necesario y el poder de imposición racional y razonable del Estado, sometido necesariamente a controles; donde, nos dice Philippe COLLET, el monopolio de restricción estatal tiene que ser legítimo. Poder legítimo lo es porque es el instrumento de la idea de ley válida en la comunidad.

(278) WEBER, Max: *Sociología del poder*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 75.

(279) Al respecto, véase STOPPINO, Mario en BOBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Franco: *Diccionario de política*, decimosexta edición, traducción de Raúl Crisafio, Alfonso García, Miguel Martí, Mariano Martín y Jorge Tula, Siglo XXI Editores, 2008, p. 1202.

Poder coercitivo sujeto a máxima supervisión dado su ataque a las libertades individuales[280].

El poder del funcionario público está delimitado por esferas específicas de competencia que nacen y se sustentan en el cargo y las atribuciones detentadas. Poder que generalmente es utilizado para aplicar políticas de Estado y desarrollar funciones públicas, a través de las cuales el Estado cumple sus fines o cometidos sociales. Igualmente, es usado específicamente para decidir asuntos de índole diversa (jurisdiccional, electoral, militar, administrativa, disciplinaria, etc.), como para promover actividad empresarial y representar al país en el exterior, planos todos legales y lícitos de manifestaciones de poder. En este empleo o aplicación de facultades y atribuciones pueden, sin embargo, presentarse situaciones de un uso no racional ajustado a las expectativas sociales, esto es, producirse extralimitaciones u omisiones abusivas de las mismas, que ponen en peligro –o puede lesionar– intereses y valores de las personas, además de desnaturalizar los intereses públicos.

El abuso de poder alcanza dimensiones inconmensurables en las sociedades atrasadas dominadas por tiranuelos y autócratas, dictaduras y tiranías. El derecho en dichas circunstancias se constituye en un mecanismo de poder que controla y oprime, sea cual sea la fuente de donde provenga, público o particular.

El abuso de autoridad[281] es ya una forma de extralimitación o mal uso del poder público vinculado a expresos ámbitos de competencia que nacen de la función o el cargo, y que el funcionario público quebranta mediante acciones u omisiones que resultan perjudiciales a la Administración Pública y a las partes directamente agraviadas (personas naturales o jurídicas) o a la sociedad misma.

III. EL *NOMEN IURIS* «ABUSO DE AUTORIDAD»

El Código Penal peruano vigente –y también el derogado de 1924– utiliza la frase *«abuso de autoridad»* para delimitar comprensivamente una serie de conductas relevantes comprendidas en los artículos 376 al 381. En

(280) COLLET, Philippe: *L'acte coercitif en procédure penale*, Éditions Panthéon-Assas, París, 2018, pp. 60-61 & 4 y 42.

(281) Francesco CARRARA realiza una especial clasificación del abuso en *ontológico* y *jurídico*: "En sentido ontológico se abusa de una cosa siempre que se la emplee para un servicio diverso de su destino natural". En sentido jurídico, "se abusa de una cosa aunque se la emplee según su destino, si esto se hace de un modo ilícito o para fines ilícitos" (*Programa de Derecho criminal,* Bogotá, Temis, 1993, Vol. V, T. 7, § 2514).

la medida que los tipos penales en referencia aluden expresamente al término *funcionario público*, cabe entonces aquí preguntarse: ¿qué relaciones de contenido existen entre la palabra «autoridad» del *nomen iuris* que encabeza la sección primera del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal y el empleo de la frase *funcionario público* que designa al sujeto activo de los tipos penales de abuso de autoridad? La respuesta es sencilla y orientadora. El Código está empleando el término autoridad en su acepción subjetiva funcional, es decir, como facultad de poder público, y no en su acepción institucional orgánica; para esta última concepción hace uso de la frase *funcionario público*. Ello tiene enormes repercusiones por cuanto no es en exclusividad la autoridad el sujeto activo del delito, sino cualquier funcionario público que abuse de sus atribuciones. No es exigible que tenga jurisdicción y/o mando, si los tiene y abusa de su autoridad, también será pasible de las sanciones establecidas, al igual que el que solo posee capacidad de decisión.

El Código ha preferido seguir usando, a usanza de los modelos francés (derogado) e italiano, la frase «abuso de autoridad» y no «abuso de funciones» o «abuso de atribuciones» como lo hacen otras legislaciones penales.

IV. MODELOS HISTÓRICOS DE LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

a) ***Francia***. El primer Código Penal moderno redactado a principios del siglo XIX, terminado y decretado en 1810, y vigente a partir de 1811, fue el Código Penal francés[282].

Dicho primer gran modelo legislativo penal, en su Título Primero «Crímenes y delitos contra la cosa pública», nos ofrece un doble esquema de delitos de abusos de autoridad. Los artículos 184 al 187 regulan diversos comportamientos relevantes bajo el *nomen iuris* «De los abusos de autoridad contra los particulares» (primera clase), mientras que los artículos 188 al 191 regulan comportamientos comprendidos bajo el *nomen iuris* «De los abusos de autoridad contra la cosa pública» (segunda clase).

Se trata de una serie de ilícitos penales de naturaleza específica o nominada (introducción en el domicilio de un ciudadano contra su voluntad, negativa a administrar justicia, uso de la violencia

(282) Que contó con el aporte de notables juristas de la época: TREILHARD, ALBLOSSON, BERLIER, REAL, FAURE, PORTALIS, PELET, MARET, CINUTI, CORSINI y CORVETTO, además –se dice– de la intervención personal del entonces emperador francés Napoleón BONAPARTE.

contra las personas sin motivo legítimo, sustracción de cartas, requerimiento ilegal de la fuerza pública).

b) ***Alemania***. Por ley del 31 de mayo de 1870 fue promulgado el Código Penal de la Confederación Alemana, que entraría en vigencia el 1 de enero de 1871. Hasta antes de esa fecha, los numerosos estados alemanes se regían por sus leyes penales propias (el Código Penal de Brunswick de 1840, el del gran Ducado de Hesse de 1841, el prusiano de 1850, etc.) o habían adoptado las de sus vecinos.

Este segundo gran cuerpo legislativo penal, a diferencia del francés, comprendió en un solo título los diferentes delitos imputables al funcionario público sin establecer secciones o rubros específicos (artículos 331 al 359). Los artículos 340 al 345 establecían tipos penales de abuso de autoridad nominados, mientras que el artículo 339 enunciaba ya un prototipo de abuso genérico de autoridad posteriormente derogado: «Todo funcionario que por un abuso de autoridad o por amenaza de un abuso de autoridad determinado, hubiese obligado ilegalmente a una persona a realizar un acto, abstenerse de él o a tolerar que se realice, será castigado con la pena de prisión. También es punible la tentativa». Los abusos específicos o nominados fueron: causar el funcionario en el ejercicio o con motivo del ejercicio de funciones lesión corporal a otra persona, arresto ilegal, violación de domicilio, empleo de medios violentos para arrancar confesiones o declaraciones, iniciar proceso contra persona sabiendo que es inocente y ordenar pena indebida; normativa que sería derogada de la actual presentación de dicho paradigmático cuerpo de normas penales.

c) ***Italia***. Este país estrena su Código Penal en 1890, habiendo sido aprobado y promulgado en 1889. Mundialmente conocido como Código ZANARDELLI, en mérito a su inspirador, este cuerpo normativo penal es el que mejor sistematiza para su época los delitos imputables a funcionarios públicos contra la Administración Pública. Separa en capítulos diferenciados los delitos de peculado, concusión, corrupción, abuso de autoridad y violación de los deberes inherentes a cargo público de los abusos de los ministros de los cultos en el ejercicio de sus funciones, de las usurpaciones de funciones públicas, títulos y honores, de la violencia y resistencia a la autoridad, del ultraje a la autoridad, la violación de sellos y sustracciones, de la suposición o exageración de influencias y de los fraudes en los suministros públicos. Como es fácil advertir, este modelo europeo de Código Penal será el que en el Perú y en

diversos países de América Latina preferentemente copiaríamos o tendríamos, en el mejor de los casos, como referencia para la elaboración de los tipos penales contra la Administración Pública.

Con el Código italiano en mención se adoptó definitivamente el esquema genérico o innominado de abuso de autoridad en su artículo 175 y los esquemas específicos en los restantes artículos, que van del 176 al 181. Dice el artículo 175: *«El funcionario que abusando de su cargo ordena o cometa contra los derechos de otros cualquier acto arbitrario no previsto como infracción en una disposición especial de la ley, será castigado con prisión de 15 días a 1 año; y cuando obre con un fin particular, se aumentará la pena en una sexta parte, sustituyendo la prisión con la reclusión. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, excite a alguien a infringir las leyes o las disposiciones de la autoridad».* Los demás tipos de naturaleza específica aluden a las siguientes conductas: tomar interés privado en actos de la Administración Pública, violación de secretos de función u oficio, omisión o negativa a realizar un acto propio del cargo, negativa o demora a ejecutar peticiones de la autoridad competente, omitir o demorar comunicar infracciones a la autoridad y abandono indebido (previo concierto y en más de tres) de los cargos ocupados.

d) ***España.*** Los Códigos españoles de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1940 y 1973 reproducen sin mayores cambios un sistema casuístico de abusos de autoridad, sin ofrecer un esquema genérico y mostrando defectos de técnica legislativa.

e) ***Suiza.*** El Código Penal suizo de 1937, en su artículo 312, mantiene un esquema de abuso de autoridad centrado en aspectos patrimoniales y de daño a terceros como consecuencia del abuso de poder derivado del cargo. En efecto, dicho artículo precisa que: "*Los miembros de la autoridad y funcionarios que, con el fin de obtener para sí o para tercero una ventaja ilícita, o con el fin de dañar a otro, hayan abusado de los poderes de su cargo, serán castigados con pena privativa de libertad de hasta cinco años o una pena pecuniaria*". El tipo penal de *Abus d'autorité*, del Código Penal suizo no ha sido construido con un espectro de tipos penales nominados o específicos como sucede con el modelo peruano. Su posicionamiento legislativo lo ubica como un delito autónomo dentro de los "delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales", que nos recuerda el *nomen iuris* del Código Penal peruano de 1924.

MARCO PUNITIVO COMPARADO DEL DELITO DE ABUSO GENÉRICO DE AUTORIDAD				
PAÍS	**ART.**	**FIGURA BÁSICA**	**MODALIDAD AGRAVADA**	**MODALIDAD ATENUADA**
Chile	255	Suspensión de empleo y multa		
Colombia	152	Multa e Interdicción de derechos y funciones de 6 meses a 2 años		
Paraguay	174	2 a 6 meses de penitenciaria	4 a 8 meses (por venganza)	
Perú	376	2 días a 2 años de pena privativa de libertad		
Argentina	248	1 mes a 2 años de prisión e inhabilitación por doble tiempo		
Costa Rica	329	3 meses a 2 años de prisión		
Italia	323	Hasta 2 años de reclusión	2 a 5 años (si se procura ventaja patrimonial)	Pena disminuida
Portugal	432	3 meses a 3 años de prisión y multa		
Bélgica	254	1 a 5 años de prisión e Interdicción de derechos	5 a 10 años de prisión	
Francia	432-1	Hasta 7 años de prisión y mula	Prisión que oscila de 7 a 30 años y multa (detención arbitraria que dura más de 7 días)	

V. PERÚ: ASPECTOS DE SISTEMÁTICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA

El Código Penal de 1991, versión original, en lo que respecta a los delitos de abuso de autoridad, comprendía una serie de comportamientos ilícitos reunidos en seis tipos penales, los mismos que se incrementaron a ocho y que han sufrido algunas variaciones en su estructura típica y en su penalidad desde la entrada en vigencia del Código. Estos tipos penales son:

1. Abuso genérico de autoridad, llamado también abuso innominado (artículo 376).
2. Abuso de autoridad específico con finalidad política o electoral (artículo 376-A).
3. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (artículo 376-B).
4. Incumplimiento de obligación (artículo 377).
5. Denegación de auxilio policial (artículo 378).
6. Requerimiento abusivo de la fuerza armada (artículo 379).
7. Abandono de cargo (artículo 380).
8. Nombramiento ilegal de cargo público (artículo 381).

Son características generales de dichas figuras delictivas las siguientes:

a) Describir extralimitaciones dolosas activas y omisivas, imputables a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

b) Reducir y/o exclusivizar el círculo de autores a los funcionarios públicos, con las excepciones de los artículos 376-A, 380 (que extiende la autoría al servidor público, para el caso del abandono del cargo) y 381 (que igualmente amplía la imputación por autoría al que acepta el cargo, en este caso, un particular u otro funcionario o servidor público).

c) Se trata de comportamientos necesariamente dolosos, de forma tal que de faltar este elemento subjetivo los supuestos de hecho denunciados quedarán como simples infracciones administrativas o serán irrelevantes.

d) Solo el artículo 376 responde a un prototipo de figura penal genérica, innominada y subsidiaria. El resto de figuras obedecen a comportamientos más específicos o de marcada menor generalidad.

e) Su baja penalidad, que puede resultar contrastante con los delitos de cohecho.

Técnicamente, los tipos penales de abuso de autoridad tienen las siguientes notas distintivas:

a) Son de naturaleza comisiva activa (artículos 376, 376-A, 376-B, 379, 380 y 381).

b) Son de naturaleza omisiva simple, llamados también tipos penales de inactividad (artículos 377 y 378).

c) Es tipo mixto, es decir, que pueden ser realizados por acción u omisión (artículo 380).

d) Son tipos de resultado (artículos 376, 376-B y 380).

e) Son tipos de simple actividad (artículo 379 y 381).

f) Son tipos complejos, por incluir varias modalidades delictivas dentro de los alcances de un mismo tipo penal (artículos 376, 376-B, 377, 378 y 379).

g) Son tipos penales simples por el empleo de un único verbo rector (artículos 376-B, 380 y 381).

h) Son tipos penales complejos por el empleo de múltiples verbos rectores (artículos 376, 377 y 378).

i) Son delitos de consumación instantánea (artículos 376, 376-B, 377, 378, 379, 380 y 381).

j) Son delitos que asumen permanencia (artículos 377 y 378, en la modalidad rehusamiento).

k) Son tipos penales genéricos (de más a menos: artículos 376 y 377).

l) Son tipos penales específicos (artículos 376-A, 378, 379, 380 y 381).

m) Poseen un núcleo rector finalístico o teleológico (artículos 376-A y 379).

n) Son de dolo directo (artículos 376, 376-A y 379).

o) Se perfeccionan típicamente con el dolo eventual (los demás tipos penales).

p) Penalidad mínima: 2 días de privación de libertad y 60 a 120 días-multa (artículo 381).

q) Penalidad máxima: 6 años de privación de libertad (artículo 376-A).

r) La cláusula especial de exención facultativa de pena (artículo 68) les resulta aplicables a los delitos conminados con un máximo de

2 años de pena privativa de libertad (artículos 376, 377, 378 [primer párrafo] y 380 [primer párrafo]) o sancionados con pena de multa (artículos 377 y 381).

VI. LO REGLADO Y LA DISCRECIONALIDAD FRENTE AL ACTO ARBITRARIO

Desde el momento en que el funcionario asume el cargo tiene ante sí una gama de obligaciones que cumplir y tareas que llevar a cabo en un contexto pautado de reglas y observancias (contenidas en los reglamentos, manual de funciones y protocolos de actuación), que, a la vez que delimitan su competencia y atribuciones, establecen pautas de acción. Se configura así el siempre incompleto marco reglado de la actividad funcional, que resultará suficiente en operaciones funcionales estandarizadas o rutinarias, pero que se revelará corto frente a nuevas circunstancias y/o retos inesperados que exigirán del funcionario actos decisionales para solucionar conflictos prácticos.

Se entiende que lo reglado en el desempeño funcional es la constante y pauta obligatoria que determina los actos administrativos (en amplio sentido), donde el agente público lo que tiene que hacer es seguir los dictados de la ley o reglamento sin posibilidad de proceder en forma distinta ni aplicar sus propios criterios. En el ejercicio de las potestades regladas, nos dice García de Enterría[283], hay un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo alguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto de hecho para contrastarlo con el tipo penal.

Lo discrecional define, en cambio, ya sea considerado en sentido amplio o restringido (a un asunto específico), un rango de libertad del que gozan los funcionarios para decidir actos en un contexto, por lo general, de varias alternativas –ante la deficiencia, vacíos o insuficiencias de reglas expresas o predeterminadas en la normativa– frente a supuestos de hecho que requieren de solución, con base en el criterio de unidad y completud imperfecta del ordenamiento jurídico. El juego dialéctico entre lo reglado y lo discrecional define gran parte de la evolución de la Administración y el Derecho, otrora (el preliberal) arbitrario y discrecional, ahora principalmente reglado. En esta línea de interpretación, las actividades discrecionales se construyen a partir del reconocimiento de los límites negativos del principio de legalidad, pero se orientan a crear junto a dicho principio un campo mayor de legalidad; lo discrecional juega así un papel

(283) García de Enterría, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., p. 447.

de integrador secundario del ordenamiento jurídico, le otorga un grado mayor de completud.

Domingo SESIN anota lo siguiente sobre el concepto "discrecionalidad": "Considero que se puede definir la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el Derecho (...). Uno de los rasgos prevalecientes de la discrecionalidad es que solo del orden jurídico vigente puede derivar, de allí que no deviene de un silencio o vacío legislativo sino del análisis prolijo de los preceptos normativos y principios que conforman el bloque de juridicidad"[284].

Las potestades discrecionales, reconociendo su existencia ante las deficiencias de la normativa reglada y el rol necesario que cumplen en el ámbito administrativo, sin embargo, necesitan ajustarse a mínimos de racionalidad y consenso, al igual que a precisiones para que adquieran valor jurídico y, por lo mismo, legitimidad:

a) Que hayan sido contempladas, en cuanto atribuciones, por la ley. Es el caso, por ejemplo, del Código Tributario y de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consideración que, sin embargo, no es absoluta.

b) Bajo contextos jurídicos especiales donde la norma o el reglamento no autorizan expresamente la potestad discrecional, pero tampoco la prohíben, la jurisprudencia (por ejemplo, específicos ámbitos del procedimiento penal) o la costumbre en el Derecho comercial e internacional son fuentes generadoras de las potestades discrecionales, siempre y cuando la aplicación de estas se hallen enmarcadas en los fines del ordenamiento jurídico (Constitución, principios generales de Derecho, leyes, reglamentos y cometidos de la normativa concreta del caso). Los principios generales del Derecho

(284) SESIN, Domingo Juan: Administración Pública. *Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 126 y 129. El autor efectúa en su libro una minuciosa lectura académica sobre el término "discrecionalidad" en su cotejo con la actividad reglada, expone las posiciones críticas sobre si constituye un acto, una actividad o momento, las posiciones de la doctrina y jurisprudencia no solo argentina, sino española, alemana, francesa, italiana y norteamericana respecto a la diversa problemática que trae consigo, entre otros temas.

y el interés público constituyen muy a menudo una fértil fuente para la fundamentación y ejercicio de facultades discrecionales.

c) En presencia de pautas regladas, no cabe invocar potestades discrecionales; el acto en tal caso será arbitrario. La necesidad de la actividad discrecional surge así de exigencias concretas, no de criterios subjetivos que se superponen a la ley, para dar respuesta y salidas apropiadas a problemas prácticos y urgentes.

d) Las normas jurídicas, con fuerte presencia en materia penal y procesal penal, a veces acuden al termino "podrá", lo que posibilita –en determinados casos– ofrecer pautas que delimitan potestades discrecionales (por ejemplo, el artículo 21 del Código Penal: "Cuando no concurra alguno de los requisitos para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena").

e) Lo discrecional no significa primacía de lo subjetivo (sin que ello niegue el rol del aspecto subjetivo funcional de la voluntad valorativa del funcionario y la consiguiente ponderación de los intereses en juego), sino actuación con base en criterios propios referenciados en los intereses y valores de la Administración Pública que no colisionen con el Derecho. Tales intereses no son otros que los de sus destinatarios, es decir, la ciudadanía y la Nación. El funcionario que actúa discrecionalmente siempre lo hace en función de intereses superiores de la Administración, no para satisfacer caprichos personales.

f) Será siempre un modo subsidiario-complementario de acción, esto es, de libertad condicionada en la toma de decisiones, nunca una práctica administrativa referenciada en sí misma y, por lo tanto, autónoma y principal. La extensión de facultades discrecional-administrativas a los entes estatales no invalida dicha tesis.

g) Sus límites están dados por la ausencia, deficiencia o caducidad de normativa expresa y por la igualmente ausencia de prohibición para actuar que abre el escenario de la discrecionalidad racional, en tanto potestad explicitada o implícita.

h) La facultad de ejercer control difuso de la legislación contiene un intrínseco mensaje discrecional dirigido a los jueces.

Los límites de lo discrecional se hallan así en la ley y las finalidades buscadas por la actividad administrativa pública (esto último no es tomado

restrictivamente para aludir solo a la del Gobierno central o Poder Ejecutivo, sino a todo el contexto administrativo donde se desarrollan funciones públicas).

Hipótesis singulares, en las que la discrecionalidad se refiere solo a la ejecución del acto –el mismo que ha sido decidido u ordenado regladamente– exigirán del juez aguzar la evaluación para verificar o no posibilidades de arbitrariedad en la concreción discrecional.

El acto discrecional se convierte en arbitrario cuando el funcionario público, haciendo uso de su discrecionalidad, busca obtener ventajas para sí o dañar a terceros. En tales casos se está –indica PAGLIARO(285)– fuera del campo del legítimo ejercicio de poderes discrecionales.

El acto arbitrario, a diferencia del reglado y discrecional, no es en modo alguno una facultad concedida al funcionario, ni constituye un resultado decisional que pueda ajustarse a Derecho, ingresando más bien al ámbito de la relevancia administrativa, política y penal. Los actos arbitrarios son actos viciados y carentes de legitimidad para convalidar situaciones de hecho o adquirir derechos a partir de los mismos.

(285) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 239.

1

ABUSO GENÉRICO O INNOMINADO DE AUTORIDAD

SUMARIO: I. Características principales. **II.** Antecedentes legales. **III.** La figura penal: concepto y tendencias contemporáneas. **IV.** Bien jurídico protegido. **V.** Sujeto activo y vinculación funcional. **VI.** Sujeto pasivo. **VII.** Tipicidad objetiva: comportamientos típicos: 1. La calidad de funcionario público. 2. El abuso de atribuciones. 3. Las modalidades delictivas: comete u ordena (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien). 4. El acto arbitrario. 5. El perjuicio de alguien producto del acto abusivo arbitrario. **VIII.** El componente subjetivo: el dolo. **IX.** Consumación del delito. **X.** Penalidad. **XI.** Autoría y participación. **XII.** Circunstancia agravante: hechos derivados de un procedimiento de cobranza coactiva. **XIII.** Concurso de delitos. **XIV.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Justificación de la antijuricidad. 3. Causas de exculpación (inculpabilidad). **XV.** Casos. **XVI.** Legislación extranjera: 1. Italia (1930). 2. Colombia (1980). 3. Argentina (1922). 4. Francia (1993). 5. España (1995). 6. Cuba (1988). 7. Portugal (1982).

«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 deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años» (texto modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10/06/2011. Anteriormente había sido modificado por la sétima disposición final de la Ley N° 28165, publicada el 10/01/2004).

El Código Penal peruano da inicio a la regulación normativa concentrada de los delitos de infracción de deber con el delito de abuso de autoridad (o de atribuciones/funciones, para ser más estricto), diferenciándose así de otras legislaciones penales, que han optado por comenzar la

criminalización-punición con delitos como el peculado (Italia, Colombia), el cohecho (Alemania), prevaricato (España) u otras figuras penales. Tal diseño de la legislación nacional –que adopta igualmente el Código Penal suizo– es del todo acertado, pues coloca al delito de abuso como una figura penal programática que da cuenta de lo que sucede tanto en los delitos de fraude (colusión, exacción) y mal manejo de fondos (peculado, malversación) como de los propiamente delitos de corrupción funcional (cohechos pasivos propios e impropios y figuras especiales), todos delitos de abuso en diferentes áreas de manifestación: en el estricto ejercicio abusivo de las funciones, en las contrataciones y concesiones, en la administración del patrimonio público, en el quiebre de imparcialidad del funcionario o servidor público. El carácter programático globalizador del delito de abuso de autoridad nos coloca así en una característica transversal de los delitos funcionariales: el constituir todos comportamientos abusivos, penalmente relevantes, del funcionario y servidor público, donde el peculado, la colusión, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato vienen a ser especies de dicho amplio género de delitos de abuso, abuso que incluso llega a abarcar las ilicitudes administrativas.

La mínima penalidad y escasas criminalizaciones que la política criminal peruana le ha otorgado a los delitos de abuso funcional no le quita su naturaleza programática, es más, revela la preocupante propensión legislativa a enfatizar más punitivamente la corrupción que el abuso, en una lógica incoherente con el entendimiento del respeto a los derechos de la persona y un sobredimensionamiento de los intereses del Estado.

La norma penal 376 ha reunido aquí, sin describir sus características específicas, todos los abusos o extralimitaciones penalmente relevantes e imputables al funcionario público que no se hallen contemplados en otros tipos penales del Código o en leyes penales especiales, de ser el caso[286], o que no resulten subsumibles en dichos tipos penales especiales de abuso; de ahí la denominación que con frecuencia se usa en la legislación comparada de *abusos innominados*, es decir, no señalados, para diferenciarlos de los nominados o tipificados expresamente por la ley[287].

(286) El artículo 337 del Código Penal de 1924 era explícito al respecto cuando señalaba que el aludido acto arbitrario no debía hallarse clasificado especialmente en la ley penal.

(287) Se tienen abusos nominados de naturaleza típica autónoma en los artículos 382 y 383 (concusión), 419 (prevaricato), 389 (malversación de fondos), 390 (demora injustificada de pagos), 141 y 142 (celebración de matrimonio ilegal), 160 (allanamiento de domicilio), 167 (violación de la libertad de reunión), 169 (violación de la libertad de expresión) y otros.
Se tienen abusos o nominados de naturaleza no autónoma, imputables tanto al funcionario como al servidor público, es decir, a nivel de circunstancias agravantes o en función de la calidad especial

Y es que el funcionario puede incurrir en actos abusivos o arbitrarios de relevancia penal en una amplísima gama de comportamientos que resultan lesivos a diversos bienes jurídicos tutelados (Administración Pública, la familia, la libertad, la salud pública, la ecología, etc.). Esto significa, como explicábamos líneas atrás, que las conductas ilícitas abusivas de contenido penal cometidas por funcionarios públicos no solo se hallan ubicadas en la Sección XVIII del Código Penal, sino que también integran como tipos penales autónomos o como circunstancias agravantes otras figuras delictivas.

Resumiendo, los delitos de abuso de autoridad pueden ser clasificados en: **a)** genérico o innominado (artículo 376 del Código Penal peruano); y **b)** nominados o específicos. Al interior de estos últimos se dan diversas figuras nominadas contempladas sistemáticamente a nivel de delitos contra la Administración Pública y otras reguladas en diversos *nomen iuris*.

I. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

a) Es un *tipo penal genérico*. La naturaleza genérica del delito le viene de múltiples fuentes. Tanto por el posicionamiento totalizador del funcionario, el que puede estar ubicado en cualquier ámbito de la Administración Pública, como por la naturaleza amplia del abuso de funciones, no siendo restrictivo algún tipo de cargo público. Extrema generalidad que igualmente se aprecia con la utilización, en el tipo, de la frase «un acto arbitrario», con la que la norma penal abarca una serie de comportamientos que contienen acciones sujetas al capricho del funcionario público. La sustitución de la frase "acto arbitrario cualquiera" por "acto arbitrario" (modificación efectuada por la Ley N° 29703, 10/06/2011) tuvo el mérito de reducir la extrema apertura del tipo. Finalmente, completa su característica genérica la noción indeterminada del perjuicio y el empleo del pronombre "alguien", igualmente innominado.

b) Se trata de una figura penal subsidiaria implícita. A diferencia de la fórmula legal del Código Penal de 1924, que mantenía una subsidiaridad expresa (el tipo penal 337 hacía referencia al "acto arbitrario no clasificado especialmente en la ley penal"), el artículo

del autor, en las siguientes figuras: artículo 162 (párrafo segundo), artículo 297 (primer inciso), artículo 367 (tercer inciso), artículo 369, 404 (tercer párrafo).
Existen otros delitos de abuso nominado cometido por funcionario público con base en construcciones típicas complementarias (artículos 229, 353 y 360) y en delitos especializados (artículos 306, 312 y 352).

376 del Código Penal vigente utiliza la técnica de subsidiaridad implícita, la misma que se colige de la redacción y ubicación del tipo penal, y por la cual solo resultará imputable –el tipo genérico de abuso– a los actos del funcionario público de no existir un tipo penal específico (en el Código Penal o leyes penales especiales) que dé cuenta de las características de tipicidad del supuesto de hecho.

Luego de efectuada la evaluación por parte del juzgador, de resultar absorbidos los componentes de tipicidad del hecho imputado por algún otro tipo penal de abuso de funciones, desaparecerá dicha subsidiaridad, es decir, de darse tal circunstancia de subsunción, será preferida por principio de especialidad (aunque la pena sea menor) por el tipo penal más específico, lo que implica la primacía de la norma especial sobre la genérica.

c) El delito de abuso de autoridad requiere de un injusto penal de gravedad, tanto en el comportamiento como en el resultado "perjuicio", de modo que los abusos funcionales que puedan ser reconducidos por la vía disciplinaria, sin afectar los derechos del perjudicado, no deberían ingresar al ámbito de la relevancia penal. La existencia del acto arbitrario que tiene su causalidad en el abuso funcional debe estar al margen de justificaciones institucionales o de interpretaciones antojadizas en su configuración. El perjuicio leve o compensable administrativamente es igualmente un criterio a tomar en cuenta al evaluar la lesividad del abuso de autoridad[288].

d) El abuso genérico de autoridad cumple una función político-penal de primera importancia bajo los postulados de un Estado constitucional democrático: controlar, desde las posibilidades que ofrece el Derecho Penal, la legalidad del ejercicio de los cargos públicos, cerrándole al funcionario el camino a la arbitrariedad. De este

(288) Véase la ejecutoria suprema del 25/06/1998, Exp. N° 5541-97-Piura-Tumbes: "Para que se materialice el delito de abuso de autoridad se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias. Se le incrimina al acusado, en su posición de Alcalde, haber impedido a la agraviada realizar el estudio de un expediente administrativo en circunstancias que se encontraba en la oficina de la Dirección de Obras de la Municipalidad Provincial, habiéndola amenazado además con proceder con su detención si no abandonaba la oficina; teniendo en cuenta la negativa del encausado, el ingreso restringido por la naturaleza de los asuntos que allí se veían y que además en ningún momento se produjeron los actos que hace mención la agraviada, afirmación corroborada con las declaraciones testimoniales de autos; advirtiéndose de los actuados que la conducta incriminada al procesado no tiene las características ni contenido penal por delito de abuso de autoridad".

modo, el Derecho Penal contribuye a consolidar el esquema de un funcionariado profesional y objetivo, que necesariamente deberá prescindir de prácticas o tendencias sustentadas en las decisiones caprichosas o en el uso antojadizo del poder que posee legalmente a nombre de la Nación.

e) La naturaleza abierta del comportamiento típico no sujeto a modalidad determinada y la necesaria concurrencia de un acto arbitrario doloso caracterizan y diferencian este tipo penal de los otros cinco restantes contenidos en el rubro «abuso de autoridad».

f) El núcleo del comportamiento abusivo tiene como base el poder formal y material del que goza el funcionario público y le otorga el cargo público, esto es, su capacidad de tomar-adoptar decisiones o dictar actos administrativos con capacidad de imponerse contra los derechos del ciudadano(289).

g) Posee naturaleza comisiva (al respecto, véase la ejecutoria suprema del 26/10/2004, R.N. N° 779-2004-Piura: "Que en el caso de autos se tiene que la omisión atribuida al procesado por no haber efectuado una eficaz supervisión del dinero y bienes que ministraba no se adecua a ninguno de los dos supuestos del delito de abuso de autoridad").

h) El tipo penal de abuso de autoridad remite necesariamente a la normativa extrapenal, en especial la de naturaleza administrativa, para llenar de contenido las atribuciones inherentes al cargo público(290).

i) La existencia de dos verbos rectores que literalmente dan la idea de una progresión invertida en el *iter* delictivo (*comete* u *ordena*) le otorgan al diseño peruano de abuso genérico de autoridad una particular técnica de redacción.

---

(289) Al respecto, véase la ejecutoria superior del 12 de setiembre de 2000, de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 1897-2000, que en relación al delito de abuso de autoridad señala lo siguiente: "La conducta abusiva, presupone el poder o la facultad 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".

(290) Es bastante ilustrativa la jurisprudencia de nivel intermedio que nos dice, refiriéndose al tipo penal 376 del Código Penal: "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". Ídem, ejecutoria superior del 12 de setiembre de 2000, Exp. N° 1897-2000.

j) El modelo peruano de abuso de autoridad no contiene específicas finalidades a las que debe orientarse el acto abusivo y que configuren el acto arbitrario, como sí lo poseen otras legislaciones, por ejemplo, los Códigos Penales portugués y suizo, entre otros, cuyos artículos 382 y 312, respectivamente, aluden a la intención de obtener ventaja o beneficio ilegítimo[291].

II. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente inmediata se halla en el artículo 337 del Código Penal de 1924[292], que supuso un cambio radical en el diseño legislativo en comparación al Código de 1863 y que fijó el modelo del Código de 1991. El artículo 377 en referencia, como podrá apreciarse fácilmente de su lectura, significó la introducción de un criterio de subsidiaridad expresa y una redacción de los verbos rectores (ordenare-cometiere) de una progresividad más acertada que la que registra el tipo penal actual.

El Código de 1863 (artículos 168 al 169), siguiendo el modelo español, legisló sobre el abuso de autoridad de modo casuístico, es decir, describiendo caso por caso los supuestos de abuso, llegando a totalizar 18 modalidades típicas, de las cuales 5 le eran imputables al juez, 4 a los alcaides y el resto a los empleados públicos con capacidad de decisión. No tuvo nuestro primer Código Penal un esquema normativo genérico de abuso de autoridad.

La fuente legal de donde se tomó el modelo está constituida por el artículo 175 del Código Penal italiano de 1889[293], que fue el primero que ofreció técnico-legislativamente una fórmula genérica de abuso de autoridad. Decía dicho artículo, haciendo uso de una envidiable redacción y técnica legislativa: *El funcionario que abusando de su cargo ordena o cometa contra los derechos de otros cualquier acto arbitrario no previsto como infracción en una disposición especial de la ley.*

(291) Véase "Legislación extranjera".

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

(293) Código Penal italiano de 1889, artículo 175: *"El funcionario que abusando de su cargo ordene o cometa contra los derechos de otros cualquier acto arbitrario no previsto como infracción de una disposición especial de la ley, será castigado con prisión de quince días a 1 año".*

III. LA FIGURA PENAL: CONCEPTO Y TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

El Código Penal peruano de 1991, manteniendo la tradición histórica italiana en cuanto al esquema genérico y a la exclusividad del sujeto activo recaído en funcionario público, nos ofrece –excluyendo la subsidiaridad expresa– similar fórmula que el Código de 1924, con la diferencia de ubicación observada en la disposición de los verbos rectores; en efecto, el artículo 337 del Código Penal derogado aludía a "ordenara o cometiere".

La figura penal del abuso de autoridad puede ser definida jurídicamente como aquel delito genérico e innominado que castiga hechos abusivos del funcionario público que no se encuentran previstos, ni como delito autónomo ni como circunstancia agravante de otro delito, en el Código Penal o en otra disposición especial de la ley(294).

La puesta en vigencia del Código Penal francés de 1993 reiteró una importante tendencia de la política penal comparada con relación al abuso de poder, al enfocarlo no solo como delito contra la Administración Pública, sino, y sobre todo, como un ilícito penal orientado a afectar los derechos fundamentales de la persona, lo cual contemporizó el delito con los estándares de un Estado constitucional democrático, incrementando cuantitativamente la criminalización y la penalidad de tales prácticas abusivas de los funcionarios(295). En el fondo de tal tendencia está implícita la cuestión del respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas y la limitación al poder del funcionariado público, con la finalidad de evitar el abuso penalmente relevante.

El Código Penal de Guatemala (1973) registra una orientación legislativa bastante interesante en materia de delito de abusos de función. Su artículo 418, al tipificar el abuso genérico de autoridad, alude tanto al abuso del cargo como de la función, a los verbos rectores ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal, así como hace uso de la técnica de subsidiariedad expresa, cuando indica "que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código". Y lo que es más importante, al hablar del perjuicio alude tanto al ocasionado contra la Administración Pública o de terceras personas, sean particulares, funcionarios o empleados públicos, castigando el delito con pena de prisión de tres a seis años. Este

(294) MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III (*Delitos contra la Administración Pública*), Buenos Aires, Ediar, 1961, p. 299.

(295) Véase en el Código Penal español vigente los artículos 511 (incisos 1 y 3) y 529 al 533; y en el Código Penal francés, el artículo 432-1. Véase "Legislación extranjera".

Código igualmente regula el delito específico de abuso contra particulares (artículo 425) cometido por funcionarios o empleados públicos, mediante apremios indebidos, castigos infamantes, torturas, vejaciones o medidas que la ley no autoriza contra preso o detenido, castigando con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta.

Otra de las orientaciones que pugna por dotar de un mayor contenido material al injusto y, por lo mismo, de mayor taxatividad a la conducta se registra con el nuevo diseño italiano del *abuso d'ufficio,* que presenta la conducta típica –inmersa en el desarrollo de actos funcionales o de servicio del sujeto activo– caracterizada por el hecho de procurarse, para sí o para otro, el sujeto público una injusta ventaja patrimonial o acarrear un daño a terceros, con lo que rompe la indeterminación del acto arbitrario; nuevo diseño que ha supuesto un giro radical en el contenido y la naturaleza del injusto, que llega a chocar incluso con la idea de un abuso genérico de funciones. En esta línea, igualmente, la ampliación del círculo de autores para comprender al servidor público se revela igualmente como una tendencia, máxime si estos sujetos públicos son detentores –en menor concentración o entidad– de cuotas de poder público, de las cuales pueden abusar en perjuicio de terceros.

Actualmente, en la legislación alemana y española, el delito de abuso de autoridad no forma parte de los delitos contra la Administración Pública. El Código Penal español regula una serie de abusos funcionales en el rubro "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales" de su Código Penal. En el ámbito de la comunidad jurídica alemana, el Código Penal **de Austria** (*Österreichisch Srafgesetzbuch*), en su sección vigésimo segunda: De los delitos contra los deberes oficiales, mantiene la figura de abuso de autoridad en su artículo 302 (*MiBbrauch der Amtsgewalt)*, sancionando con pena de 6 meses a 5 años de prisión al funcionario que con la intención de perjudicar los derechos de otra persona, usa su poder en nombre del Gobierno federal, un estado, una asociación comunitaria, una comunidad u otra persona de Derecho Público como su órgano en la ejecución de las leyes. El modelo penal austríaco de abuso, diferenciándose de otros diseños comparados, contempla, además, en un segundo inciso, el abuso de poder en el ejercicio de actividades oficiales internacionales, con otro país, una institución supranacional o intergubernamental, supuesto en el cual la pena de prisión es de uno a diez años[296].

(296) *Österreichisch Strafgesetzbuch*, artículo 302. (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich miBbraucht,

Es, sin embargo, el **Código Penal suizo** el que mejor ha logrado concretar un modelo mixto de abuso de autoridad tanto en la perspectiva criminalizadora de la obtención de ventajas ilícitas como de abuso de poder contra los derechos de una tercera persona. En efecto, el artículo 312 castiga hasta con pena de 5 años de privación de libertad y multa a los miembros de una autoridad o a los funcionarios públicos que, con el propósito de procurarse para sí o para un tercero una ventaja ilícita o que con el propósito de perjudicar a terceros, abusan de su poder o de su cargo(297).

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para los contenidos de nuestra fórmula penal de abuso de autoridad y a efectos de determinar el bien jurídico protegido, conforme a lo ya indicado en este libro, para fijar correctamente el objeto de tutela penal se debe precisar bajo rango de especificidad dicho cometido, superando la tendencia a considerar que la mención al "correcto funcionamiento de la Administración Pública o de las funciones públicas" sea un criterio satisfactorio. Para ello, en primer lugar, es pertinente revisar las propuestas que la doctrina tiene al respecto.

En la doctrina italiana, Antonio PAGLIARO sintetiza, por un importante sector académico, en tres los criterios o posiciones que en la doctrina informan sobre el objeto de la tutela jurídico-penal al respecto: **a)** la probidad y corrección del funcionario público; **b)** el buen funcionamiento (*andamento*) de la Administración Pública; y **c)** la imparcialidad de la Administración Pública(298). PAGLIARO, reconociendo las limitaciones de la probidad y corrección en tanto deberes éticos y, por lo mismo, materias de difícil asimilación en las consideraciones jurídico-penales, revisa igualmente el criterio del *buon andamento* (adecuado desarrollo), al que considera el bien jurídico en sentido lato, lo que le lleva a buscar elementos de mayor precisión, que los encuentra precisamente en la imparcialidad, a la que considera el interés específico a tutelar por la norma penal del *abuso di ufficio*, en tanto derecho a la igualdad de trato hacia el ciudadano por

---

ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. (2) Wer die Tat bei Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer überoder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 40000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

(297) *Code pénal suisse*, artículo 312. Les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer á un tiers un avantage illicite, ou dan le dessein de nuire á autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

(298) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale, PE*, cit., p. 227.

parte de los funcionarios de la Administración Pública. En la orientación de la probidad, en la doctrina colombiana, MOLINA ARRUBLA anota que el interés tutelado con la figura penal de abuso de autoridad es la honradez, la pulcritud y la imparcialidad que debe presidir la actuación de los servidores públicos(299).

En la doctrina portuguesa, MIGUEZ GARCIA y CASTELO RIOS nos dicen, de conformidad con la jurisprudencia penal de dicho país: El crimen de abuso de poder presupone que el agente, investido de poderes públicos, actúe con violación de sus deberes funcionales, sacrificando los intereses públicos para satisfacer finalidades o intereses particulares que se traducen en un beneficio para sí o un tercero y en perjuicio para otra persona. El bien jurídico protegido es la autoridad y credibilidad de la Administración Pública al ser afectada la imparcialidad y eficacia de sus servicios(300). En el delito de abuso del artículo 376 se requiere que el sujeto activo haga valer abusivamente su cargo, con prescindencia de cuáles sean sus reales motivaciones y sin que ello implique de su parte búsqueda de beneficio económico para que se configure el comportamiento típico exigido por el delito.

En la doctrina penal argentina, Edgardo DONNA –junto a Ricardo NÚÑEZ– señala que el bien jurídico es la Administración Pública, debido a que puede verse afectada por el arbitrario ejercicio de la función pública, al margen de las constituciones, leyes o deberes que la rigen(301). Carlos CREUS considera que se trata de preservar la regularidad del funcionamiento de la Administración Pública, la legalidad de los actos administrativos(302). En esta segunda orientación, Vincenzo MANZINI anota que el objeto de la tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento de la Administración Pública en sentido lato, en lo que atañe a la conveniencia de garantizar el correcto y moderado ejercicio de las funciones públicas

(299) MOLINA ARRUBLA, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2000, p. 494.

(300) MIGUEZ GARCIA, Miguel y CASTELO RIOS, J. M.: *Código Penal Parte geral e especial*, Lisboa, Coimbra, Edições Almedina, 2015, p. 1328.

(301) DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública, segunda edición*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 184.

(302) CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, T. 2, cit., p. 256. No obstante, la distinta redacción que posee el artículo 248 del Código Penal argentino que regula el abuso de autoridad, interesa destacar la precisión conceptual que efectúa CREUS sobre el bien jurídico protegido. En esta misma línea, GARCÍA NAVARRO enfatiza la regularidad y legalidad de los actos funcionales, en tanto bien jurídico, que se proyecta tanto a la Administración Pública como a los derechos del particular perjudicado (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, pp. 41 y 45).

contra los abusos de los poderes funcionales de los oficiales públicos que no estén incriminados específicamente por la ley y se dirijan a irrogar injusto daño o producir ventajas a otros[303]. Al proteger así de forma genérica el artículo 376 al normal desarrollo de la Administración Pública y de forma específica la legalidad del acto funcional del funcionario en ejercicio, se está brindando, por efecto concomitante, protección a las personas perjudicadas. Se trata entonces, como nos lo recuerda MANZINI, de una doble garantía: del Estado y de los particulares frente a los funcionarios públicos[304]. Carlo BENUSSI, por su parte, efectúa una importante precisión de la mano de la jurisprudencia italiana: "El objeto jurídico específicamente tutelado, de un lado es la exigencia de garantizar el mejor ejercicio de las funciones y servicios públicos contra conductas activas u omisivas capaces de impedirlo, obstaculizarlo o turbarlo; de otra parte, el derecho del ciudadano a no ser turbado, en sus derechos constitucionalmente garantizados del comportamiento ilegítimo e injusto del funcionario público"[305].

Que, en el marco de las valoraciones penales, "la correcta y regular marcha de la Administración Pública" se constituya en un criterio genérico de bien jurídico supone que la misma tenga y deba ser desagregada en intereses o valores específicos a fin de precisar el objeto jurídico de tutela y, por lo mismo, los alcances de las conductas típicas.

Se puede indicar, entonces, que **el bien jurídico específico** del delito de abuso genérico de autoridad es pluriofensivo. Tiene, en *primer lugar*, como objeto central asegurar el correcto ejercicio de las atribuciones, derivadas del cargo o de las funciones, de los funcionarios públicos, referenciándolas con exclusividad en la ley y el ordenamiento jurídico, en el marco del respeto al Derecho, como forma de impedir el abuso funcional y garantizar la regularidad del desempeño, de modo que se excluyan comportamientos arbitrarios en tanto abuso de poder contra los derechos del ciudadano y de los colectivos sociales. En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encausar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones o, cuando ellos sean insuficientes, en criterios de finalidad pública y respeto a la dignidad y derechos fundamentales. Esto trae consigo, en segundo lugar, y como acto derivado, la protección del *derecho constitucional a la igualdad y la imparcialidad* administrativa dado que, conforme a la estructura típica

(303) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 298.

(304) MANZINI, *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 299.

(305) BENUSSI, Carlo: *I delitti contro la pública amministrazione, Tomo I: Delitti dei pubbblici ufficiali,* Padova, CEDAM, 2001, p. 561.

del delito de abuso de autoridad, esta se halla construida sobre decisiones funcionariales arbitrarias que causan perjuicio al tercero, de donde la existencia de decisiones por fuera de la igualdad e imparcialidad afectan dichos valores fundamentales. Pluriofensividad que, en tercer lugar, supone *la protección de los derechos del ciudadano* y de los colectivos sociales que pueden ser lesionados con el comportamiento abusivo-arbitrario.

En un Estado constitucional democrático resulta de capital importancia asegurarle al ciudadano y las personas que sus derechos están garantizados por la Constitución y las leyes, con las limitaciones que el mismo ordenamiento jurídico taxativamente ha previsto. Limitaciones que no son –lo que en una lectura superficial podría considerarse– una negación de la libertad, sino que forman parte de ella en un sentido mayor, la amplían y perfilan con mayor nitidez; contexto en el cual los sujetos públicos no solo no deben abusar de los cargos públicos, sino que en su relación con los ciudadanos están para proteger las libertades esenciales contra las injerencias abusivas del Estado. Y ese es precisamente el rol, entre otros que le toca cumplir al tipo penal 376 del Código Penal.

En la **jurisprudencia nacional** se ha logrado precisar que "el delito de abuso de autoridad se produce cuando el funcionario público abusando de sus atribuciones comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera; lo cual significa que el acto dispuesto por el sujeto 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 acontece cuando dicha acción se realiza voluntariamente"(306). Asimismo, se ha indicado que «el delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de 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»(307).

De otro lado, la delimitación concreta del bien jurídico penal en materia de abuso de autoridad plantea la necesidad de valorar el ámbito de los deberes funcionales en el plano administrativo como en el jurídico penal, en tanto ambos órdenes toman por igual a la correcta marcha de la Administración Pública como objeto de protección, en forma absoluta en el

(306) Ejecutoria suprema del 18/03/2009, R. N. N° 1174-2007-Cusco.

(307) Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 18/03/1998, Exp. N° 137-98. Baca Cabrera, Rojas Vargas y Neira Huamán: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 503.

primer caso, en forma genérica en el segundo. Para el caso del delito de abuso de autoridad del artículo 376, la violación de deberes administrativos radicados en el cargo público (deberes que le obligan al funcionario a adoptar procedimientos o tomar decisiones con arreglo a lo establecido en el ordenamiento jurídico) que afectan derechos e intereses de la persona se constituye en el sustrato que se halla en la base del abuso de poder o de autoridad. Deberes administrativos que, si bien se hallan regulados en normas de ley o de reglamentos, sin embargo, desde el enfoque penal carecen de autonomía, pues los mismos necesariamente tendrán que estar informados en parámetros legales y constitucionales a fin de evitar el empleo abusivo del reglamento o la interpretación aislada de una normativa no pocas veces extremada en sus alcances y consecuencias. El bien jurídico penal específico se halla así infiltrado por valoraciones de orden constitucional, consideraciones en atención a los fines de la función, además de las estrictas exigencias penales y de los derechos humanos de la persona, que permiten decantar sus alcances de las normas de deber administrativo. Ajustar a los rangos de legalidad el marco de atribuciones funcionario público, como forma de respeto al Estado constitucional de Derecho y la dignidad de la persona, resume el bien jurídico específico del artículo 376 del Código Penal.

V. SUJETO ACTIVO Y VINCULACIÓN FUNCIONAL

Sujeto activo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público(308) en ejercicio de funciones, lo cual incluye a las autoridades. Resulta difícil admitir un concepto anticipado de funcionario que posibilite abusar de algo que aún no se posee: el cargo.

El servidor o empleado público no es sujeto activo en esta figura penal. Tampoco la imputación puede ir dirigida solamente en atención a la calidad de funcionario, sino en relación a aquel que actúa en ejercicio de las funciones que su cargo faculta (relación funcional). Rige el principio de que solo se puede abusar de la atribución que se posee legalmente. Como indica correctamente FONTÁN BALESTRA, los hechos cometidos fuera de las funciones no constituyen abusos(309). Característica que nos muestra ya en este primer delito de función los alcances del componente de la vinculación

(308) Los cuadros directivos del Cuerpo General de Bomberos del Perú no son funcionarios públicos. Cfr. Ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones de Reos Libres de Lima, de 19 de junio del 2000. Exp. N° 4490-99.

(309) FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, T. VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 230. Véase en la misma idea, FRANCIA ARIAS, José: "Apuntes sobre el delito de abuso de autoridad", en *Apuntes de derecho*, Año II, N° 1, Lima, UNMSM, 1997, p. 165.

funcional que racionaliza la imputación en relación al marco de funciones y del sujeto público obligado con ellas(310), y que nos vincula de modo adecuado con el principio de legalidad. No basta entonces ser funcionario para cometer el delito. La Corte Suprema de la República, en ejecutoria del 06/08/2003, señala al respecto: «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, y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente»(311).

Los militares y policías son funcionarios para el Derecho Penal e igualmente responderán por abuso genérico de autoridad cuando mediante actos arbitrarios perjudiquen los derechos de civiles, personas jurídicas, colectivos sociales o de otros militares (salvo los supuestos de vinculación que contempla el Código de Justicia Militar), salvo que se trate de delitos militares(312).

(310) Un caso de inexistencia de vinculación funcional por no ser el imputado el funcionario obligado, se registra en la ejecutoria suprema del 16/03/1998, Exp. N° 5676-97 Cono Norte de Lima. ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 387. Precisa dicha ejecutoria: «No se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad imputado al oficial de la Policía Nacional, al no haber este ejercitado directamente un acto arbitrario en el cumplimiento de sus funciones, si se tiene en cuenta que la investigación policial estuvo a cargo de otro oficial policial».

(311) Ejecutoria suprema del 06/08/2003, R. N. N° 2240-2002-Arequipa, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 10, N° 75, diciembre 2004, p. 266.

(312) Al respecto, es importante apreciar lo indicado por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 2 de setiembre de 2008, Exp. N° 02284-2007-HC/TC. CUSCO, en la que analizó los delitos de función militar y el delito de infracción de deber de abuso de autoridad: fundamentos 10, 11 y 14, en los que se dijo: "Cabe señalar que en el caso concreto se imputa al recurrente la comisión del delito de exceso en la facultad de mando, previsto en el artículo 139 del Código de Justicia Militar Policial (tipo que en el Código de Justicia Militar Policial de 1980 se denominaba delito de abuso de autoridad), por lo que se le viene instruyendo ante el fuero militar. No obstante, es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376 el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico existe un delito de abuso de autoridad 'común' (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad 'militar' (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar). La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino solo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyan delitos de función". (...). El examen que realice el órgano jurisdiccional al momento

El artículo 179 del Código de Justicia Militar derogado tenía una tipicidad amplia en cuanto comprendía como afectados a los subalternos y a cualquier otra persona, lo que indudablemente trajo consigo conflictos de competencia con el fuero civil. Dicho artículo indica lo siguiente: «Constituye delito de abuso de autoridad, excederse arbitrariamente en el ejercicio de sus atribuciones en perjuicio del subalterno o de cualquiera otra persona; u omitir, rehusar a hacer o retardar, en perjuicio de los mismos, un acto correspondiente a su cargo». El artículo 139 del Código de Justicia Militar Policial vigente (Decreto Legislativo N° 961, del año 2006), en una fórmula relativamente aceptable técnica legislativa, señala: "*El militar o policía que, en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena no menor de 6 meses ni mayor a 5 años*". El legislador ha construido un delito de peligro con base en dos conductas típicas: excederse en las facultades y ordenare cometer cualquier acto arbitrario, donde el término "cualquier" (acto arbitrario) resulta objetable por su absoluta indeterminación que no va de acuerdo a los contenidos del ejercicio de la función militar-policial.

Entendiendo el delito como un ilícito en el cual el sujeto activo abusa del poder del que se halla legalmente conferido, llama la atención que la norma tome solo al funcionario como autor del delito y no así a los servidores públicos, quienes detentan igualmente cuotas de poder –por cierto, de menor entidad– en su relación con los administrados. Una democratización del ejercicio del poder presupone que respondan por los excesos cometidos con relevancia penal todos quienes utilizan las potestades públicas para causar efectos lesivos ilegales.

Aquellos que cumplen las órdenes del funcionario, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por este, responderán en calidad de cómplices o, según el caso, actuarán como instrumentos en el contexto de la autoría mediata.

VI. SUJETO PASIVO

El titular jurídico del sujeto pasivo es el Estado, en tanto forma jurídica concentrada de la Administración y la sociedad, que se ve afectado por el delito de abuso funcionarial, pues la buena marcha de la Administración

de subsumir los hechos al tipo penal aplicable, debe ser minucioso, a fin de evitar el juzgamiento de hechos que no configuran un delito de función en el fuero militar, y viceversa.

Pública –en tanto legalidad del ejercicio de los cargos públicos–, su objetividad e imparcialidad han sido melladas con el comportamiento del sujeto público abusivo. Sin embargo, el tema no es solo de una lectura unilateral, pues tanto la conducta como el centro de atención de la política criminal y de la norma penal han enfatizado el papel que cumple la víctima al punto de considerarla objeto de atención a nivel de bien jurídico protegido. Esto ha generado, en los círculos doctrinarios y jurisprudenciales, un debate académico que ha puesto a consideración la posibilidad de ampliar los alcances del sujeto pasivo para considerar también a la víctima objeto del abuso de poder funcionarial. En efecto, posiciones reduccionistas reputaban sujeto pasivo solo a la Administración Pública en sentido amplio; otras posiciones, en cambio, extendían la titularidad del sujeto pasivo también a los agraviados directos, sean estos personas particulares, grupos humanos o personas jurídicas(313), debate que ha consolidado una impronta inclusiva tanto en la interpretación doctrinaria como jurisprudencial.

Producto de esta discusión es particularmente ilustrativa la mutación operada en la jurisprudencia penal italiana, la que mediante una reiterada sucesión de sentencias de casación ha afirmado la pluriofensividad del delito de *abuso d'ufficio*, tomando al sujeto que sufre el daño o perjuicio también como sujeto perjudicado por el delito, al punto de ser parte en el proceso y tenga derecho además a solicitar una reparación civil, lo que va a tono igualmente con la fuerza que ha adquirido en el discurso penal la defensa de los derechos fundamentales de la persona(314).

De igual modo, la doctrina y jurisprudencia portuguesa abonan en cierto modo la tesis de la duplicidad de sujetos pasivos, cuando Albuquerque de Pinto nos dice que el bien jurídico protegido en el artículo 382 del Código Penal portugués es la integridad en el ejercicio de las funciones por parte del funcionario, y accesoriamente los intereses de otra persona(315).

En el Perú, Portocarrero Hidalgo es de la opinión de que sujeto pasivo es la persona contra quien se comete la conducta arbitraria,

(313) Pagliaro, en la doctrina italiana y junto a él Grosso, Della Monica y otros, es del criterio de que el particular no tiene la calidad de sujeto pasivo. Soler, en cambio, en la doctrina argentina, avala la tesis del particular como sujeto pasivo. Bernal Pinzón, en la doctrina colombiana, nos habla igualmente de un sujeto pasivo particular.

(314) Véanse las siguientes casaciones: Cass penal, sez VI, 21 ottobre 2003, n. 39751; Cass penal, sez V, 4 giugno, 1999, n. 2133; entre otras.

(315) Albuquerque de Pinto, Paulo: *Comentário do Código Penal á luz da Constituçao da República e da Convençao Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Catolica, 2010, p. 1013.

independiente del Estado[316]. Ángeles-Frisancho y Reátegui Sánchez ven en el Estado al titular del bien jurídico mencionado[317].

La Corte Suprema de la República, en ejecutoria de fecha 24 de setiembre de 1996, adopta el concepto restringido de sujeto pasivo, mientras que en la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2001, amplía el concepto para considerar que es el particular el sujeto pasivo[318]. En la ejecutoria de fecha 18 de julio de 1996 es considerada parte agraviada tanto la persona natural como el Estado[319]. En ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2001 se señala lo siguiente: «Se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que, en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es la autoridad»[320].

En la normativa penal internacional existe una marcada tendencia a reconducir la titularidad del sujeto pasivo hacia los particulares (personas naturales, colectivos sociales, instituciones, personas jurídicas, etc.) que se ven afectados con los actos arbitrarios.

No obstante la tendencia registrada, es importante efectuar algunas precisiones. La alusión expresa al término *«alguien»* en la fórmula peruana de abuso de autoridad permite legítimamente colegir que existe un perjudicado (una persona física o jurídica, un particular o un colectivo social) que es el que sufre el agravio directo del acto arbitrario. Considerar al particular agraviado sujeto pasivo específico podría generar algunas notas contradictorias que pueden entrar en colisión con la indisponibilidad del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, admitir el efecto justificador de la antijuridicidad del hecho de consentir el perjudicado el acto arbitrario.

(316) Portocarrero Hidalgo, Juan: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 107.

(317) Ángeles y Frisancho: *Código Penal VII,* cit., p. 3209. Reátegui Sánchez, James: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima, Jurista Editores, 2015, p. 263.
En la idea que aquí no se comparte, Jesús Bernal Pinzón habla de un sujeto pasivo primario de la infracción: el Estado, y de un sujeto pasivo perjudicado: el particular o tercero, en contra de quien se realiza el acto abusivo. Véase de dicho autor: *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Temis, 1965, p. 161.

(318) En el delito de abuso de autoridad, "el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular como erróneamente se ha consignado en la resolución materia de grado" (ejecutoria suprema del 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 895-96-Huánuco. "Se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que, en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular" (ejecutoria suprema del 23/08/2001, Exp. N° 1697-2001-Áncash).

(319) Véase ejecutoria suprema del 5 de diciembre de 1996, Exp. N° 2057-95-Arequipa, en la cual se considera a la Comunidad Campesina de Salamanca (Arequipa) y al Estado como sujetos pasivos.

(320) Ejecutoria suprema del 23/08/2001, Exp. N° 1697-2001-Áncash. Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 106.

La necesidad de dotar de garantías más eficaces al ciudadano, particular o colectivos sociales contra los abusos de los funcionarios públicos, otorgándole titularidad de sujeto pasivo implicaría sacar del rubro «delitos contra la Administración Pública» al delito de abuso de autoridad y ubicarlo a otro nivel legislativo –o incorporar un capítulo propio–, tal como han hecho las legislaciones penales alemana y española, o desdoblarlo en dos órdenes distintos de afectación (la Administración Pública, el particular), a usanza del modelo francés. Ello permitiría posesionarlo también como delito contra los derechos de la persona y dirigir la reparación civil al afectado con el acto arbitrario típico del delito de abuso de autoridad.

VII. TIPICIDAD OBJETIVA: COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

La conducta típica del funcionario público, para configurar este delito, está compuesta por tres elementos que deberán darse todos para constituir abuso genérico de autoridad, el primero de ellos es la base normativa personal sobre la cual se erige el comportamiento típico.

1. La calidad de funcionario público

Hemos ya estudiado con detenimiento la naturaleza jurídica y características principales de este sujeto especial, razón por la cual remitimos a lo dicho en líneas precedentes(321).

Se comprende por igual al funcionario *de iure* y al *de facto*(322). El ámbito de extensión del concepto funcionario público está delimitado en lo comprendido por el artículo 425 del Código Penal.

La alusión a la calidad de funcionario público no es formal, sino funcional, es decir, en actividad, en ejercicio de actos inherentes a su competencia. Por lo tanto, actos del funcionario en vacaciones, en situaciones de esparcimiento o fuera de jurisdicción y sin competencia no ingresan al tipo; tampoco son asimilables para la figura penal en estudio los supuestos contenidos en la concepción anticipada y extrema de funcionario público propuesta normativamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción(323).

(321) Véase *supra*, p. 73 y ss.

(322) Véase *supra*, p. 76.

(323) Véase *supra*, p. 175 y ss. ("Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público en la Convención Interamericana contra la Corrupción").

Se trata de un funcionario en sentido amplio y también de un funcionario autoridad, que desarrolla cualquiera de las dos conductas típicas ordena o comete en el marco de las funciones propias del cargo público. La relación funcional es intensa, por lo mismo, se trata de un delito en el que no cualquier funcionario público puede ser autor, pese a su naturaleza genérica.

2. El abuso de atribuciones(324)

«Atribuciones» son las facultades (aspecto subjetivo) y competencias (aspecto objetivo) poseídas legalmente por el funcionario público para desarrollar actos de función, a nombre y en representación del Estado. Atribuciones que se derivan del cargo y la función que el Estado y la Nación han depositado en el funcionario y que se hallan reguladas y establecidas en las respectivas normas legales o reglamento, que definen un espectro variado de competencias y deberes, de conformidad a las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico. Se trata de actividades que dan poder al funcionario, tanto dentro de la entidad o repartición pública a la que pertenece como en sus relaciones con los ciudadanos, personas jurídicas o colectivos sociales.

(324) Constituyen casos típicos de abuso de atribuciones por exceso o extralimitación dolosa: (véase Sumillas de Jurisprudencia).

1. Citar el policía a un ciudadano mediante notificación, sin que exista denuncia policial correspondiente, para esclarecimiento de hechos (ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, Exp. N° 1094-97-Callao.
2. Alcalde que, en su condición de funcionario público, se opuso a que se sepultara en el cementerio del lugar el cadáver de la hija de un vecino (ejecutoria suprema del 18 de abril de 1962, en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, 1962, p. 143; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397.
3. Juez que da una orden de allanamiento de domicilio en mérito a una simple petición de la autoridad política, sin existir instrucción ni juicio civil previo (ejecutoria suprema del 29 de mayo de 1952, en *Revista del Foro*, 1952, Lima, p. 609.
4. Juez que suspendió en el ejercicio de su profesión a la periodista que había realizado declaración televisiva en su contra, cuestionando su desempeño funcional como magistrado (ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 1996, Exp. N° 2695-95-B, Puno).
5. La siguiente ejecutoria es de por sí ilustrativa: "Que los dispositivos legales municipales que sancionan la venta ambulatoria de mercaderías en zona rígida en modo alguno justifican la conducta por los funcionarios municipales al haber procedido al decomiso de los bienes mediante excesivo uso de la violencia, lo que constituye abuso de las atribuciones inherentes al funcionario público" (ejecutoria superior del 20 de enero de 1998. Sala de Apelaciones, Exp. N° 7484-97. Ponentes: Baca Cabrera, Mac Rae Thays, Saquicuray Sánchez).
6. Intervención abusiva de efectivo policial, que privó de su libertad a la agraviada, quien se encontraba transitando por el primer piso del Palacio de Justicia de Lima, por tratarse al parecer de una "jaladora" o "captadora de clientes, sin que exista prueba alguna que evidencie la comisión de un delito" (ejecutoria superior del 22 de agosto de 1997. Sala de Apelaciones, Exp. N° 4344-97-A. Ponentes: Príncipe Trujillo, Salas Villalobos, Rojas Zuloeta).

La atribución tiene naturaleza legal y no debe estar reñida con los enunciados constitucionales, lo que le otorga su característica de legitimidad formal y material.

Al tratarse de un delito de infracción de deber, la atribución o competencia debe estar expresamente contenida en el marco de las funciones que posibilita el cargo público poseído, salvo excepciones cuando la ley o, extraordinariamente, la naturaleza de las cosas permita ámbitos de discrecionalidad en dicho desempeño y la atribución no se encuentre descrita en el marco legal o no lo esté suficientemente (descrita). La infracción a la norma administrativa –en sentido amplio, esto es, que cubre diversos escenarios en los que actúa el funcionario por razón del cargo– se constituye entonces en la vía posibilitadora de la infracción o ilicitud penal, de concurrir los especiales componentes requeridos por el tipo penal.

Para que exista abuso de atribuciones, estas deben formar parte de las competencias derivadas del cargo del funcionario imputado a título de abuso de autoridad. Es obligación de la Fiscalía acreditar ese marco fáctico normativo efectuando las precisiones de la normativa específica que corresponde al funcionario público a quien se imputa el delito. Así, la ejecutoria suprema de fecha 18/03/2009, R. N. N° 1174-2007-Cusco, que establece que el acto dispuesto por el sujeto activo debe ser contrario a las normas legales que rigen el cargo que ostenta; igualmente, la ejecutoria suprema de fecha 06/08/2003, R. N. N° 2240-2002-Arequipa, que enfatiza el ejercicio de funciones dentro de las facultades conferidas al funcionario público y precisa que el tipo penal 376 del Código Penal debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la Administración Pública.

El abuso de atribuciones o de poder se produce, con palabras de ANTOLISEI, cuando el funcionario público extralimita los límites de su competencia actuando fuera de los casos establecidos por la ley o reglamentos, o cuando no observa las normas o formalidades prescritas o las instrucciones que le han sido impuestas y, finalmente, cuando hace uso de sus poderes para un objetivo distinto de aquel para el cual le fueron conferidos dichos poderes(325); posición que es confirmada en la doctrina francesa por el profesor de la Universidad de París II, Philippe COLLET, quien nos dice: Más allá de las libertades individuales del ciudadano, estos comportamientos prohibidos violan, al mismo tiempo, el interés general y contravienen el propósito de los poderes conferidos a los funcionarios públicos. El abuso

(325) ANTOLISEI, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1954, p. 628.

de autoridad cometido contra individuos también se refiere a la idea de ir más allá de los límites externos del poder, ya que los actos que violan las libertades individuales siempre se llevan a cabo fuera de los casos previstos por la ley(326). RANIERI, por su parte, resume el abuso de atribuciones en los siguientes supuestos: cuando el funcionario público excede los límites de su competencia, obra fuera de los casos establecidos por la ley en relación con el tiempo, el lugar o las circunstancias; no observa las formalidades legales prescritas; excede sus facultades discrecionales, es decir, obra por un fin distinto de aquel para el cual se le concedió el poder discrecional(327). En la doctrina argentina, el abuso es concebido en el sentido de que el ordenamiento no le atribuye esa capacidad al funcionario, pues o está prohibida específicamente o no ha sido concedida, o cuando la actividad del funcionario, si bien se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto, se la ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio(328).

El abuso puede consistir, entonces, tanto en un mal uso doloso, que adquiere los contornos de decisiones caprichosas, de las atribuciones, esto es, cuando el funcionario vinculado desborda, sobrepasa o extralimita arbitrariamente una o varias de sus atribuciones inherentes a la función desempeñada(329), por igual cuando contraviene lo establecido en la norma legal o reglamentaria, asimismo, cuando con su comportamiento comisivo inobserva el procedimiento o las formalidades de ley o reglamento, que informan el desarrollo de los actos funcionales, en todos estos casos orientados a perjudicar a un tercero. Un ejemplo de esta última hipótesis es la retención de un ciudadano en las oficinas de la Policía, ordenada por el Fiscal, hasta su retorno a efectos de tomarle su indagatoria(330). El comportamiento abusivo puede ser muy diverso y consistir en la dación de resoluciones administrativas, judiciales o políticas que perjudican injustificadamente a terceros y/o afectan la Administración Pública. O, también, consistir en actos de decisión material o residir en órdenes verbales ejecutadas. Contrariamente, no pueden constituir abuso de autoridad: un acto

(326) COLLET, Philippe. *L'acte coercitif en procédure penale*, cit., pp. 791 & 1209.

(327) RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal*, Tomo III (Parte Especial), Bogotá, Temis, 1975, p. 286.

(328) Ver DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, p. 165.

(329) En tal sentido, la ejecutoria suprema del 12 de mayo de 1993, Exp. N° 1917-92-Junín.

(330) Sobre esto, véase ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones de Reos Libres de Lima (6 de noviembre de 1997), en la cual se indica que del hecho de que el Ministerio Público disponga que la autoridad policial realice una investigación contra una persona no faculta a los miembros policiales el detenerla (véase en: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999, p. 471).

legislativo, por injusta que sea la ley; una sanción disciplinaria arreglada a derecho; una resolución judicial que condena o absuelve en debido proceso y motivadamente de conformidad a derecho. No puede decirse lo mismo de las resoluciones judiciales que ordenan lanzamientos, embargos o decretan medidas coercitivo-cautelatorias (personales o reales) violando la normativa preestablecida o incurriendo dolosamente en excesos. Contextos de acción en los cuales se afirmarán imputaciones por abuso de autoridad. Decisiones judiciales que violen la normativa son susceptibles, de conformidad a las características del caso, de incorporar la tipicidad de una modalidad singular de abuso de autoridad: el prevaricato.

Tampoco existe abuso de atribuciones cuando el exceso se produce en el desempeño discrecional ajustado a las normas y al sentido de lo justo(331). En tales casos podrá existir negligencia, imprudencia o situaciones de fuerza mayor que harán atípica la figura y, según sea el caso, solo ameritarán procesos administrativos. La ilegalidad del acto, refieren THORMANN y OVERBECK, se da con un abuso de autoridad oficial; una vez que la autoridad se ejerce legalmente, no puede haber abuso(332). El desvío doloso de los procedimientos legales, siempre que se produzca en el ámbito de sus actividades funcionales, con la finalidad de perjudicar a tercero, ya sea a través de órdenes o en la comisión del acto abusivo, configura igualmente una específica modalidad de comportamiento abusivo.

Los motivos o fines por los que actúa el funcionario abusando de su poder pueden ser de distinto orden, el Código no ha privilegiado ninguno en específico: prepotencia, favorecimiento personal de intereses de terceros, venganzas, motivaciones políticas, ideológicas, religiosas, obsecuencias, ventajas económicas no manifiestas, en sentido amplio, etc.

Por el grado de lesividad material que pide el tipo penal 368 y la concurrencia necesaria del acto arbitrario, el delito de abuso de autoridad genérico se configura con comportamientos típicos de un intenso nivel cualitativo de injusto penal (dolo directo, abuso, acto arbitrario, perjuicio),

(331) La conducta del funcionario debe seguir las pautas establecidas en los respectivos reglamentos; no obstante, todo funcionario, en mayor o menor grado, goza de facultades discrecionales para un cabal ejercicio de su función. La razón de ello radica en la existencia de una variedad de hechos y circunstancias en las que le tocará desempeñar sus funciones, que escapan a los formalismos y limitaciones de las situaciones regladas. La *discrecionalidad* –es decir, la potestad de actuar y decidir racionalmente conforme a criterio propio– se convierte entonces en un instrumento que posibilita superar *impasses* y deficiencias de los reglamentos. Pero tal discrecionalidad a criterio, deberá estar siempre vinculada a los fines de la Administración Pública, los dictados constitucionales y los principios del Derecho peruano.

(332) Véase THORMANN y OVERBECK: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich, Schulthess & Co, 1941, p. 451.

no siendo tal la simple irregularidad administrativa o la inobservancia de normas que puedan explicarse por razones distintas de las del capricho y la arbitrariedad del funcionario público.

Cabe recordar, finalmente, que la conducta de abuso en la que incurre el sujeto activo es de carácter general, dejando la interpretación de conductas específicas a otros tipos penales también regulados en las modalidades concentradas de abuso de autoridad (artículos 377 a 391 del Código Penal) o dispersos a lo largo del Código Penal(333).

3. Las modalidades delictivas: comete u ordena (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien)(334)

Cabe indicar que el Código Penal peruano es uno de los pocos (junto al derogado Código Penal del Paraguay) que ha alterado, antitécnicamente, el orden secuencial de los verbos rectores: *ordena* y *comete*, que mantenía la fórmula del Código Penal italiano de 1889, la misma que fuera respetada en el anterior Código nacional de 1924 y que siguen manteniendo Códigos Penales que adoptan la figura genérica de abuso de autoridad como los de Costa Rica (artículo 338) y Panamá (artículo 355), entre otros, que aluden a la secuencia ordenare-cometiere de comportamientos típicos.

(333) Véase igual interpretación y tomando en cuenta el modelo de abuso de poder del Código Penal suizo, en THORMAN y OVERBECK: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 451.

(334) Son, entre otros, casos típicos de actos arbitrarios judicialmente evaluados los siguientes:

1. La conducta de los policías que al confeccionar el parte policial varían los hechos, detienen al agraviado y dejan en libertad al causante de las lesiones (ejecutoria suprema del 1 de octubre de 1997, Exp. N° 968-96-Lima).
2. Alcalde que, mediante resolución de alcaldía, ordenó la suspensión de la pensión de cesantía no obstante que la oficina de asesoría legal emitió informes en sentido contrario (ejecutoria suprema del 10 de octubre de 1997, Exp. N° 3867-96-La Libertad).
3. Detención de persona citada a dependencia policial para esclarecimiento por delito de apropiación ilícita: "Que de lo actuado se desprende que efectivamente el agraviado habría sido intervenido y detenido en forma arbitraria, ya que si bien existía una denuncia en su contra, el Ministerio Público dispuso las investigaciones preliminares para el esclarecimiento del caso, lo cual no facultaba a los encausados a detener a una persona, ya que de acuerdo a la Constitución Política (artículo 2, inciso 24, letra f) nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito" (ejecutoria superior del 6 de noviembre de 1997, Sala de Apelaciones, Exp. N° 6642-97. Ponentes: Alberca Pozo, Salas Villalobos, Rojas Zuloeta).
4. Efectivos policiales del serenazgo que proceden a llevarse con una grúa un vehículo automotor que estaba bajo custodia judicial cometen delito de abuso de autoridad (ejecutoria superior del 27 de agosto de 1997, Sala de Apelaciones, Exp. N° 3222-97. Ponentes: Alberca Pozo, Barandiarán Dempwolf, Cayo Rivera).
5. Funcionario competente del Banco de la Nación que arbitrariamente ordenó se suspendiera la venta al público de las especies valoradas comete abuso de autoridad (ejecutoria suprema del 1 de julio de 1963, en ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, cit., p. 397).

La acción típica se expresa con el significado de los verbos rectores *cometer* u *ordenar*. Se trata de verbos transitivos de acción que expresan o contienen el desarrollo de actos inherentes a las funciones del sujeto activo, mediante los cuales éste viola sus deberes administrativos reglados. El funcionario desarrolla sus funciones violentando parte de la normativa que regula sus actos funcionales, los inobserva y hace prevalecer su capricho, con lo cual en definitiva incumple legalmente sus funciones.

Comete quien (el funcionario público) realiza por sí mismo el acto arbitrario; aquí el funcionario personalmente ejecuta-consuma el delito. *Ordena* quien (el funcionario público) dispone que sean otras personas (otros funcionarios, empleados o personas dependientes o autorizadas por el funcionario) las que ejecuten el acto arbitrario.

Cometer y *ordenar*, para una primera lectura hermenéutica, son así dos de las modalidades delictivas típicas comisivas como puede manifestarse el delito de abuso genérico de autoridad, conforme ha venido siendo sostenido por la doctrina nacional(335). Según esta lectura, el delito de abuso de autoridad admite tanto una modalidad comisiva de lesividad material y otra de peligro y de consumación anticipada mediante la orden. El ordenar en perjuicio de alguien, el acto arbitrario, sería así un delito de peligro que no requiere perjuicio o que considera que el perjuicio está ya implícito en la existencia de la orden. Particularmente, considero que esta interpretación es insuficiente y puede ser errónea por las razones que a continuación se exponen.

El uso de ambos verbos, muy criticado en la doctrina italiana y que fuera superado con la redacción del Código italiano de 1930(336), ofrece al análisis e interpretación jurídica algunas dificultades. En efecto, la manera como ha sido redactada esta parte del tipo penal presenta dos problemas que pudieron ser evitados: uno de técnica de redacción y otro de contenido sustantivo. Trataremos conjuntamente ambas situaciones en las siguientes líneas.

Llama la atención que el legislador de 1991 haya presentado normativamente una fórmula (de la conducta típica del abuso de autoridad) que comienza con el verbo rector «comete» y concluye con «ordena», contrariando

(335) Posición también asumida por el autor de esta obra en la primera edición de la misma y que ahora rectificamos por considerar que colisiona con un Derecho Penal de acto, al proponer el adelantamiento de la punición a una fase de emprendimiento, convirtiendo la figura en un delito solo imputable a título de autoría mediata tentada, razones que complican el análisis dogmático hermenéutico y dificultan percibir el principio de lesividad.

(336) Véase "Legislación extranjera".

todo sentido de lógica en la construcción del *iter criminis*(337), apartándose de los diseños comparados que asumen el modelo de abuso genérico de autoridad, pues se da por establecido que en la consumación de todo delito –ya que el principio no rige únicamente para el ilícito de función en estudio– la ejecución, o mejor aún la comisión, nunca antecede a la orden o disposición causal previa a la concreción material del delito. Esta situación nos plantea la interrogante de si estamos ante una evidente arbitrariedad en el uso de los verbos rectores o es que su lectura admite acaso una interpretación racional posible de modo que halle legitimación normativa el susodicho diseño peruano; en todo caso, puede ser también que se trate de un asunto de mal uso lingüístico sin trascendencia. Esta última posición la descartamos de plano desde una perspectiva de uso razonable del idioma en los constructos normativo-penales.

Afirmar la arbitrariedad lingüística, y, por lo mismo, el desatino en la redacción de la figura de abuso de autoridad, al haberse hecho uso de dos verbos rectores que no son más que partes componentes del proceso ejecutivo del delito, implicará señalar que una de las dos modalidades delictivas es inejecutable normativamente: no se puede cometer el delito y luego ordenarlo. Cometer el delito presupone ya la orden del mismo, en la hipótesis de concurrencia de personas y de actos cortados y secuenciales, y donde la existencia de terceros que ejecutan materialmente el delito no puede por sí sola fundamentar modalidad alguna de la figura penal de abuso de autoridad, al carecer tales ejecutores de la calidad funcional.

Sin embargo, y desde otra perspectiva de análisis que trasciende los parámetros sintácticos y literales, puede señalarse que la fórmula «comete u ordena» empleada por el Código Penal peruano vigente sí admite estándares de razonabilidad normativa y por lo tanto razonabilidad hermenéutica, si es que tomamos en consideración que con ella no se quiere secuenciar fases del proceso ejecutivo del delito, sino, y sobre todo, enfatizar dos títulos de imputación comisiva dirigidas al funcionario público sobre la base de la realización material del delito: tanto consuma el delito de abuso de autoridad el funcionario que abusando de sus funciones comete el acto arbitrario como aquel otro que lo ha ordenado. Hay aquí matices de sutileza que es necesario exponer y esclarecer:

(337) Cabe recordar que el Código Penal de 1924 utilizó la fórmula "*el funcionario público que abusando de sus funciones* ordenara *o* cometiera *en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera*". Se observa aquí una coherente presentación de los verbos rectores, coherencia que no los exime, sin embargo, del problema de su legitimación en cuanto modalidades comisivas. Este problema no se presenta, por ejemplo, en los Códigos Penales italiano y colombiano, que han suprimido la alusión al verbo "ordena".

a) *Ambos títulos de imputación (por ejecución material como por orden) están dados en atención a funcionarios públicos.* Es desacertado, por lo mismo, interpretar que la modalidad (de abuso de autoridad) cometiendo el acto arbitrario se circunscriba a actos de ejecución material realizados por terceros no funcionarios o por funcionario abusivo en actos desvinculados de la orden necesaria dada por este. Comete el delito quien al ejecutarlo ha ordenado previamente, salvo que la orden y la ejecución sean simultáneas o que el delito no requiera de orden expresa, estando ella implícita en la ejecución.

b) *Ambos títulos de imputación se perfeccionan por igual sobre una base de lesividad material*, es decir, en ambos casos el acto arbitrario debe haberse cometido en perjuicio de alguien. En tal sentido, la situación del funcionario que ordena, para ser categorizada a nivel delictivo, deberá tener como correlato típico de relevancia la comisión material del delito; en otras palabras, la modalidad *«u ordena el acto arbitrario»* es una situación típica que requiere de la concreción de dicho acto por parte de terceros. No resultaría aceptable en términos de rigor, en la idea de un delito de resultado con perjuicio para alguien –que es precisamente la naturaleza de lesividad del abuso de autoridad genérico–, considerar que la simple orden sin ejecución material de la misma sea susceptible de adquirir relevancia a título delictivo consumatorio, tanto por su escasa entidad lesionadora como porque cierra la posibilidad de admitir tentativa cuando esta orden es notificada, pero no logra sus efectos de lesividad(338).

c) *No estamos con el esquema «u ordena» ante un supuesto de peligro en el que se produce anticipación de la punición estatal para un caso en el que hay solo simple actividad o, lo que es peor, únicamente actos preparatorios* cuando la orden no trasciende la esfera pública interna del ámbito del funcionario. Dicha fórmula solo adquiere sentido en el contexto de la tutela penal, si constatamos ya la comisión del delito (en su nivel típico lesivo), en la cual el funcionario que ha ordenado el acto arbitrario –cumpliéndose los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo– despliega su

(338) Participan de la tesis de que la orden perfecciona el delito, sin requerir ejecución de la misma, entre otros: Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 229. García Navarro: El delito de abuso de autoridad cit., p. 75. Dice Navarro, en el contenido de la orden se aprecia el peligro concreto a la afectación del bien jurídico y, además, se constata el destino perjudicial de los derechos de particulares.

aporte significativo y trascendente. El contexto típico de la frase *«u ordena el acto arbitrario»* admite un desdoblamiento de actos, donde la ejecución material se produce por acción de terceros que llevan a su concreción fáctico-lesiva el acto arbitrario implícito en la orden. Estos terceros pueden ser otros funcionarios que no dieron la orden como servidores, asistentes u otras personas dispuestas *ex profeso* para ello; incluso pueden producirse situaciones complejas donde los que ordenan intervienen junto a otros que tan solo ejecutan, generándose cuadros múltiples con diversidad de aportes y de imputaciones.

d) *Si bien queda claro que quien comete el acto arbitrario en abuso de sus atribuciones funcionales se halla en el marco de tipicidad reservado para el que, además de producir actos ejecutivos, haya dado la orden*, no se debe razonar *a contrario sensu* en el sentido de que quien solo ha dado la orden, en tanto comportamiento formal, resulte ya imputable a título delictivo por la simple existencia de la misma. Dos razones avalan tal razonamiento: (i) el tipo penal de abuso es uno de resultado, pues exige del perjuicio a alguien para perfeccionarse; (ii) "ordena el acto arbitrario" no se reduce a la sola existencia de la orden, sino supone una acción con un destino preciso que permite entender que el acto arbitrario perjudique a alguien. La sola existencia de la orden, con independencia de su tracto o trámite, no reúne la suficiente entidad para ser considerada momento consumativo del delito de abuso del artículo 376 del Código Penal.

Como se apreciará, la perspectiva de interpretación de base teleológica, de mucha mayor riqueza dogmático-conceptual, permite efectuar mejores aproximaciones al sentido significativo de los verbos rectores del tipo penal de abuso de autoridad, posibilitando considerar que los dos problemas señalados anteriormente (redacción antitécnica y necesidad de legitimación normativa de existencia) se desvanecen ante la fuerza argumentativa de una interpretación que, más que referenciarse en los límites gramaticales de los términos o de la sintaxis ofrecida, busca hallar la fundamentación de tales vocablos en los fines de la tutela penal.

Operando con la lectura que considera que la orden por sí es ya consumación del delito, y buscándole una *ratio* (razón fundante) y un *telos* (finalidad racionalizadora) al comportamiento, la orden comunicada, que se sale del marco del funcionario que la emite, debe ser lesiva, esto es, no solo un acto arbitrario de formalidad interna, sino en rigor un perjuicio ilegal a los intereses del ciudadano. La orden arbitraria que interrumpe el funcionamiento de un local comercial, la que detiene un movimiento de

desaduanación de mercancías, aquella que puesta en conocimiento de la *mass media* afecta la reputación social de un ciudadano; órdenes resultado de un comportamiento abusivo, que expresan acto arbitrario y contienen el perjuicio requerido por el tipo penal. Solo en esta orientación cabe entender la relevancia penal a título de delito consumado de la modalidad "ordena acto arbitrario", que en suma tiene igual significado que la tesis aquí defendida.

Bajo las premisas explicadas anteriormente, describiremos a continuación ambos comportamientos típicos:

- **Funcionario público que *comete* acto arbitrario.** En esta modalidad comisiva de abuso de autoridad, el sujeto activo imputado de cometer dicho acto es también quien lo ha ordenado; la orden se halla implícita en la tipicidad del hecho ilícito. El proceso ejecutivo del delito vincula directamente actos de orden y actos de ejecución-consumación, ambos imputados al funcionario público, quien puede que también cuente con la ayuda de otras personas (particulares, servidores públicos o funcionarios no dadores de la orden) imputables a título de cómplices; sin embargo, el contenido de la imputación penal va dirigido a él, ya que cumple con los requisitos típicos de la decisión a través de la orden y de actuación directa en la ejecución material.

  Argüir desde la perspectiva administrativa por la existencia de hipótesis de acto arbitrario con prescindencia de una orden, tratando de perfeccionar la modalidad comisiva en estudio con base exclusiva en referentes fácticos, implicaría salirnos del marco normativo que delimita el tipo penal, el cual exige que el funcionario actúe de modo abusivo en el ejercicio de sus atribuciones para generar el acto arbitrario lesivo a terceros, lo que supone obviamente actos de ejercicios funcionales como base del supuesto delictivo. Ello, sin embargo, y para determinados casos, no descarta dicha idea, aplicable sobre todo a los abusos arbitrarios súbitos, inmediatos y/o circunstanciales, en los cuales, por las especiales características de producción del acto arbitrario o por la inmediatez con que se suceden, la orden no se presenta en su formalidad y actualidad exigibles, sin embargo, no representan la mayoría de tipicidad penalmente relevante del abuso de autoridad bajo estudio.

- **Funcionario público que ordena el acto arbitrario.** Resulta aplicable esta submodalidad delictiva comisiva cuando el sujeto activo o funcionario público no interviene en la ejecución de la orden

abusiva que ha generado el acto arbitrario lesivo a los intereses del afectado (persona natural, jurídica de Derecho Privado o de Derecho Público). Es aquí, en la lectura efectuada, condición necesaria para que se configure esta submodalidad de abuso de autoridad que el hecho típico –en sus elementos acto arbitrario y perjuicio– se haya producido objetivamente y el mismo resulte imputable en su concreción material a persona distinta del funcionario que dio la orden, ya sea que esta actúe por disposición y trámite regular administrativo (sujetos encargados de llevar a la práctica las órdenes de los funcionarios), o que haya sido contratada o instrumentalizada por el funcionario que dio la orden o mandato, lo que podría articular hipótesis de un funcionario autor mediato. En una segunda lectura interpretativa de esta modalidad, que no sustituye o reemplaza la anterior, sino que la complementa, la orden debe contener el perjuicio –objetivamente verificado– a tercera persona, su materialidad la debe caracterizar.

Esta submodalidad comisiva es la que por lo general se observa con gran frecuencia, y la que más detenimiento interpretativo ha merecido por parte de fiscales y jueces. Tales características de incidencia e interés jurisdiccional son fácilmente explicables, pues por el trámite administrativo y las cargas del oficio del funcionario, la ejecución del acto arbitrario suele ser competencia de personas adscritas a la esfera funcional del agente estatal o que actúan a nombre de él e, incluso, como anota FERREIRA DELGADO[339], se lleve a cabo utilizando cosas (vías informáticas) para tales tareas de cumplimiento. Basta entonces que luego del análisis *ex post* se llegue a determinar que el funcionario que abusó de sus funciones firmó, ordenó o dispuso la realización del acto arbitrario que lesionó los derechos e intereses del afectado en un nivel significativo de lesividad.

Sobre el tema de la *orden*[340], necesaria para la ejecución del acto arbitrario, es pertinente efectuar las siguientes precisiones:

- La orden deberá ser expresa, tener un contenido idóneo para perjudicar y haber sido emitida o dictada en el ejercicio de las competencias

(339) Así, por ejemplo, al actuar utilizando la computadora o imágenes para emitir datos u órdenes que perjudiquen a terceros. Véase FERREIRA DELGADO, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1995, p. 149.

(340) Sobre las características, límites y posibilidad de realización de la orden, véase *infra*, p. 579 ("La orden impartida").

y potestades del funcionario o de la autoridad; no basta su sola dación para la consumación del delito[341], tampoco el rumor, la impresión o la idea de que ella existe o se habría dado.

- Las órdenes que quedan en la oficina del funcionario y que no llegan a ejecutarse constituyen actos penalmente irrelevantes.
- Las órdenes idóneas –en el marco de exigencias del tipo penal– firmadas (por el o los funcionarios competentes) que son notificadas constituyen ya actos ejecutivos que hacen tentativa de delito.
- Las órdenes idóneas ejecutadas, pero que no producen el efecto perjudicial del «alguien» al que alude la norma penal, ya sea por razones externas o internas que frustran la realización del acto arbitrario, configuran tentativa acabada o delito frustrado. La existencia de órdenes inidóneas en su potencial dañoso constituye delito imposible.
- Las órdenes ejecutadas que resultan perjudiciales al tercero consuman ya el delito de abuso de autoridad.

En conclusión, la diferencia observable entre las modalidades cometer u ordenar no es de grado de desarrollo ejecutivo del delito[342], pues ambas son lesivas materialmente, sino de esferas de imputación al sujeto activo, lo cual explica la identidad de penas, basada en el presupuesto de que en ambos casos hay resultado lesivo. Considerar que solo la submodalidad "ordena" posee contenido conceptual, mas no así la submodalidad "comete" es ontologizar el supuesto de hecho delictivo, esto es, establecer diferencias.

4. El acto arbitrario

Acto arbitrario es toda decisión funcional personal que sustituye o reemplaza lo regulado o mandado por la ley y/o reglamento; en tal sentido, lo arbitrario se corresponde con lo ilegal, aquello que violenta la legalidad. Acto arbitrario es lo que carece de legitimidad formal y se aparta del Derecho. Es **característica del acto arbitrario absorber tanto la ilegalidad e ilegitimidad**. En cambio, no es posible indicar que lo arbitrario se corresponda necesariamente con lo injusto como por igual que lo legal lo sea con lo justo, pues la noción de lo injusto –altamente debatible– supone un nivel de decisión errada o cuestionable en aplicación de la ley o el reglamento.

(341) Como acertadamente indica PORTOCARRERO HIDALGO, la simple orden no va a ocasionar el perjuicio que el tipo exige, ya que este será consecuencia de la realización del acto arbitrario (*Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 109-110).

(342) Sobre este punto véase MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Vol. III, cit., p. 303.

La conducta funcional del funcionario que genera acto arbitrario no está guiada por los intereses públicos y la ley, sino por finalidades personales distintas y diversas de carácter doloso –es decir, ilegítimas– en el desempeño de sus funciones, por lo mismo, los actos arbitrarios no son instrumentos constitutivos de función pública.

Todo acto arbitrario posee una naturaleza doble: **a)** *es subjetivo*, supone la interferencia y predominio del motivo personal; y **b)** *es objetivo o material*, ya que requiere de un contenido de acción y resultado objetivado que implique lesión o perjuicio, conforme a lo dispuesto por la fórmula legal penal peruana. Consecuentemente, no será acto arbitrario, por más que ello produzca forzamientos o actitudes de fuerza –necesaria y prudencial–, si el comportamiento o resultado está amparado en la ley o el ejercicio de la función(343), o si se ha fundado en una decisión discrecional ajustada a los principios del Derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico.

El acto arbitrario lesivo propio del delito de abuso de autoridad tiene así sus fuentes de producción tanto en el ámbito de las funciones regladas que se tornan abusivas o extralimitadas como en lo discrecional alejado del «espíritu» y las finalidades del ordenamiento jurídico o de los cometidos específicos de la actividad administrativa (en sentido amplio).

Recasens Siches, el notable iusfilósofo guatemalteco-español, nos indica que la *arbitrariedad* consiste en el hecho de que el poder público con un mero acto de fuerza salte por encima de la que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la sustituya. El acto arbitrario es aquel que no se funda en un principio general –aplicable a todos los casos análogos–, sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana, en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general(344).

Lo arbitrario es entonces todo lo que se opone a lo reglado y ajustado a ley, lo que no encuentra justificación en el ordenamiento jurídico, lo impredecible y sujeto a decisión personalista o voluntarista, y, por lo mismo, ilegítimo; aquello que no puede ser sustentado mediante algún método de interpretación de conformidad a Derecho ni tiene fundamentación jurídica distinta a la voluntad del funcionario público. Lo arbitrario es una derivación

(343) Ejecutoria suprema del 28 de octubre de 1950: "Los actos propios de la función del Juez, pueden dar lugar a los recursos legales correspondientes, pero no a denuncia por abuso de autoridad (...)".

(344) Recasens Siches, Luis. *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 216. En el Perú, Juan Portocarrero Hidalgo considera que lo arbitrario es el acto contrario a la razón, la justicia y la ley.

del ejercicio abusivo de funciones y presupone, obviamente, el abuso, poseyendo un contenido inaceptable para el Derecho y el ordenamiento jurídico. El acto arbitrario puede hallarse en órdenes formalizadas (actos administrativos), de ejecución directa o de tracto sucesivo; en órdenes verbales de ejecución inmediata; y también en simples vías de hecho. Este plexo arbitrario se funda necesariamente en el dolo del agente y en la consideración de que la conducta resulta perjudicial no solo al bien jurídico «Administración Pública», sino también al afectado físico o jurídico.

Lo dicho anteriormente no va a negar en modo alguno que existan actos arbitrarios de escasa intensidad, desprovistos de relevancia penal en diferentes órdenes de conducta y reconducibles al ámbito de las negligencias sancionadas administrativamente. Pero al referirnos a la estricta esfera del artículo 376 se requiere vinculación necesaria del acto arbitrario con el abuso y el perjuicio, producido con dolo.

Dice Hugo Álvarez, donde hay abuso de atribuciones hay acto arbitrario, sea en la modalidad de ordenar o de ejecutar. No existe un uso arbitrario sin abuso de atribución. Abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente(345).

La norma penal, consecuente con el carácter genérico del delito, no precisa cuál sea dicho acto arbitrario; naturaleza del acto que por sí da cuenta ya de su naturaleza indeterminada, al no tener consigo signos comunicativos acompañadores que le doten de precisión. Como decíamos en líneas precedentes, el mensaje comunicativo explícito de la norma no va dirigido necesariamente al acto injusto, pues este supone una valoración de orden extranormativo que no es determinante para apreciar o concluir por la existencia del acto arbitrario. Que un acto arbitrario sea injusto no autoriza a indicar que el acto injusto es arbitrario.

El funcionario público tiene que actuar conforme a la ley y al Derecho, en no pocas ocasiones su comportamiento legítimo puede que choque o interfiera con la justicia y la razón, categorías estas últimas de diversa acepción y contenido que deben ser usadas con sumo cuidado y rigurosidad en los ámbitos del Derecho.

Resulta de interés lo establecido por la **jurisprudencia del Tribunal Supremo español (STS) en materia de arbitrariedad**:

(345) Hugo Álvarez, Jorge: El delito de abuso de autoridad por acto arbitrario, determinado, en *Gaceta Penal*, Tomo 33, marzo, 2012, Lima, Gaceta Jurídica, p. 154.

"Es arbitraria la resolución contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, dictada solo por la voluntad o el capricho. No basta con la mera ilegalidad, sino que es preciso un plus de antijuridicidad, tanto si se trata de una actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional" (*STS N° 226/2006, del 19 de febrero*).

"La arbitrariedad comienza allí donde el funcionario se aparta de la ley y la reemplaza por su voluntad, y se aprecia tal situación cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el Derecho sino solo la voluntad del funcionario" (*STS N° 773/2008, del 19 de noviembre*).

"Obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación normativamente reglado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades. Es pues, en la patente subversión de la *ratio legis* donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. En efecto, para satisfacer tal requerimiento del tipo no basta con que esta sea irregular y ni siquiera ilegal sin más. 'Injusta' en sentido ilegal por 'arbitraria' es un calificativo que únicamente puede darse en presencia de un modo de actuar en el que la propia voluntad de un sujeto público se convierte en impropia fuente de una norma particular" (STS N° 343/2005, del 17 de marzo).

5. El perjuicio de alguien producto del acto abusivo arbitrario[346]

Es importante tomar en cuenta que con el delito de abuso genérico de autoridad se protege al ciudadano del Estado abusivo –por lo menos de parte de él, de alguno de sus órganos– como bien precisa François Terré[347].

El perjuicio constituye el límite objetivo, la condición que coloca la norma penal para perfeccionar la tipicidad del delito, debiendo tratarse de

(346) Ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 1996, Exp. N° 3436-96, Lambayeque: "El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien".
Cfr. también la ejecutoria superior del 30 de junio de 1998 (Sala de Apelaciones con Reos Libres, Exp. N° 918-98-Lima. Ponentes: Mac Rae Thays, Eyzaguirre Gárate, Cayo Rivera-Schreiber): "Al no haberse acreditado el perjuicio ocasionado a los agraviados, máxime si las decisiones de Alcaldía fueron tomadas en aplicación de las normas y facultades delegadas a los Concejos Distritales, no existe delito de abuso de autoridad".

(347) Terré, François: "Sur la notion des libertés et droit fondamentaux", en *Libertes et droit fondamentaux. Maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, Rémy Cabrillac (sous la directions), 24 édition, París, Dalloz, 2018, p. 6 & 17.

un perjuicio real mensurable, inmerecido, producto de la arbitrariedad y comprendido en el elemento cognoscitivo del sujeto activo. Algunas legislaciones extranjeras emplean el término «daño»[348], otras en cambio no lo mencionan.

Se produce el «perjuicio» cuando se ocasiona daño, lesión o menoscabo a los derechos de otra persona. El perjuicio está empleado en su acepción genérica, por lo mismo, puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional (para los negocios, trámites, viajes, etc.), moral (a la imagen del afectado: persona natural o jurídica), aflictiva, política, civil, etc. Es evidente que el perjuicio, al poseer naturaleza amplia, no necesariamente está circunscrito a materia patrimonial; sin embargo, hablar de posibilidad de perjuicio[349] (perjuicio potencial) para ampliar el significante de dicho componente del tipo de abuso genérico de autoridad supondría perder los límites de la lesividad derivada de la conducta típica. Incluso en los casos de órdenes de contenido arbitrario, la norma penal exige perjuicio. Cuando el legislador ha querido diseñar un esquema de apertura que excede el perjuicio efectivo ha acudido a fórmulas tales como «puede resultar algún perjuicio» (artículo 427 del Código Penal).

Lo anterior nos lleva a tener que precisar que no es posible delito consumado de abuso de autoridad si no se produce perjuicio, tanto en la modalidad cometer como ordenar. Es debatible indicar que el perjuicio de alguien, ante la ausencia de dañosidad real, se concentraría en el que se causa formalmente al Estado. Esto para ser admisible tendría que tener en el tipo penal dos modalidades de abuso, uno contra la Administración Pública en sentido excluyente y otro contra los derechos del ciudadano y los colectivos sociales.

Así, como es genérico el perjuicio, igual de impreciso y amplio resulta el *«alguien»* a quien se lo causa. Puede tratarse de una persona natural o jurídica, menor o mayor de edad, imputable o inimputable, un particular, un colectivo social (una comunidad, sindicato, un colegio, etc.) o una persona jurídica. Resulta incorrecto considerar que *«alguien»* sea el mismo funcionario público, es decir, quien realiza la acción típica. Sí es acertado señalar, en cambio, que el sujeto indeterminado sea la propia Administración Pública a través de alguna de sus entidades. Ese «alguien» es la persona que sufre el acto abusivo y arbitrario del funcionario. Igualmente no puede tratarse de cosas o animales, pero sí de derechos de la persona sobre ellos.

(348) Así, el artículo 323 del Código Penal italiano.

(349) Posición de Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., segunda edición, p. 233.

El elemento perjuicio es de naturaleza objetiva, de modo tal que debe resultar perfectamente medible, verificable con base en criterios objetivos de observación-contrastación. Y ello va a implicar por partida doble una lesión al bien jurídico tutelado con el delito de abuso de autoridad (la Administración Pública y los derechos del tercero). Olvidar esta indesligable biofensividad para priorizar o solo destacar el perjuicio de la persona afectada tendría la desventaja de que se pudiera argumentar el consentimiento como factor de legitimación del comportamiento ilícito.

El *principio de lesividad* ha sido destacado por la Corte Suprema a fin de no penalizar actos de negligencia o de mero trámite administrativo o de aquellas otras decisiones arbitrarias que tengan en el marco procedimental administrativo las vías pertinentes para recurrir ante las instancias de apelación respectivas(350). En virtud de tal principio, el acto arbitrario, típico del abuso de autoridad, deberá asumir niveles de significatividad y comprometer de modo no removible los intereses de la persona afectada. Con ello focalizamos la atención penal en actos que, siendo significativos, tienen una etiología dolosa y han sido cometidos en ejercicio de atribuciones. Ni las simples órdenes no ejecutadas (con la excepción de las notificadas) o no ejecutables, ni los actos arbitrarios de base negligente son reconducibles a las exigencias del abuso de autoridad como figura delictiva.

VIII. EL COMPONENTE SUBJETIVO: EL DOLO

El sujeto activo funcionario público debe actuar dolosamente, es decir, con el conocimiento de los componentes objetivos y normativos que forman el tipo penal, esto es, que está abusando de las atribuciones que administrativamente posee, que está vulnerado la legalidad, que la comisión del acto abusivo o la orden tienen ingredientes de un acto caprichoso, y que actúa con voluntad de cometer el delito en perjuicio de una tercera persona(351). Comportamiento comisivo que supone una abierta infracción de lo dispuesto por las leyes y reglamentos. El dolo requerido es el dolo directo(352).

(350) Al respecto véase ejecutoria suprema del 25 de junio de 1998, Exp. N° 5541-97, Piura-Tumbes.

(351) Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 1981, Exp. N° 1110-80-Lambayeque: "Los errores en que incurren las autoridades judiciales al practicar diligencias, al margen de actuación dolosa, no constituyen delito de abuso de autoridad, sino faltas de carácter disciplinario".
Cfr. también la ejecutoria superior del 31 de marzo de 1998 (Sala de Apelaciones, Exp. N° 7540-97. Ponentes: La Rosa Gómez, Téllez Portugal, Peña Farfán): "Que el hecho de no haberle otorgado información ni tramitado su expediente de regulación y nombramiento como profesora titulada, constituye a lo sumo una negligencia administrativa, sin embargo, para la consumación del delito de abuso de autoridad es necesario el dolo".

(352) En ediciones anteriores se había sostenido la suficiencia del dolo eventual para el delito de abuso genérico de autoridad. Se corrige dicha apreciación.

El delito de abuso genérico de autoridad es el mal uso o extralimitación de las atribuciones o ámbitos específicos de competencia del funcionario público que, en el caso concreto, violentan o sustituyen el sentido normativo de la ley o el reglamento –que fija el comportamiento funcional del sujeto público–, y que al generar arbitrariedades termina perjudicando los intereses de una persona, natural o jurídica. Se trata de un comportamiento abusivo desde una posición de poder detentado o administrado por el funcionario público, abuso que resulta insoportable de tolerar tanto desde la perspectiva del Estado de Derecho como de la perspectiva del directamente afectado con dicha conducta. El agente o sujeto activo no actúa fundado en respeto a los derechos del ciudadano y con observancia de las formas y procedimientos, sino que antepone su voluntad caprichosa y voluntarista, por lo que actúa con dolo directo. Por cierto, que la conceptualización de esta clase de dolo no tiene una significación unánime en la doctrina. Así, se puede manejar una concepción tradicional de la tripartición del dolo en directo de primer grado, de segundo grado o de consecuencias necesarias y eventual, en el cual se identifica la intención con el dolo de primer grado(353); o, en cambio, utilizar la clasificación del dolo en dolo de intención, dolo directo y dolo eventual (JESCHECK), siendo que el dolo directo no incluye la intención o propósito, sino el conocimiento con seguridad, por parte del autor, de que concurren los elementos del tipo y particularmente que prevé como cierto el acaecimiento del resultado típico(354).

Esta segunda concepción de dolo directo en la que faltaría la determinación de la voluntad hacia un objetivo propuesto, siendo predominante o totalizador el factor cognoscitivo, hace –para determinados penalistas– más aceptable el criterio del dolo directo; posición que, sin embargo, no es pacífica ni de consenso, más aún ahora que se postula la eliminación de las clases de dolo, para referirnos solo a dolo y culpa, conforme al esquema que exclusiviza el conocimiento como único componente del dolo(355). Temas todos sometidos a debate.

Un dolo directo, en el abuso de autoridad genérico, entendido preferentemente como intención, por lo mismo, un dolo restrictivo de la tipicidad, supone considerar que el sujeto activo busque deliberadamente el resultado del delito: el acto arbitrario perjudicial a alguien, esto es, que comprometa

(353) Así, la posición de MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, octava edición, Montevideo, Editorial IBdeF, 2008, p. 261.

(354) JESCHECK, Hans: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, quinta edición, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 320.

(355) Al respecto, BACIGALUPO: *Parte general*, cit., p. 324.

su voluntad de realización para lesionar específicamente determinados intereses, lo que, sin embargo, puede que no sea una lectura adecuada en todos los casos para captar los componentes de la figura peruana de abuso de autoridad del tipo 376 del Código Penal(356).

BABBONI, en la perspectiva de un *dolus malus* y en términos bastante expresivos, sostiene que en materia de abuso de autoridad el dolo del agente contiene ingredientes de animosidad, prepotencia, capricho, arbitrio y, en general, de cualquier baja pasión(357).

La existencia del dolo, condición necesaria para que podamos hablar del delito de abuso genérico de autoridad, permite diferenciar este ilícito penal de los casos que obedezcan a simples irregularidades en el ejercicio funcional, las que a veces –como acota SOLER(358)– determinan u obligan a correcciones administrativas con la revocación de la medida, y que no producen usualmente consecuencias penales. Nuestra legislación penal no castiga los casos de abuso de autoridad –como sí lo hace la española vigente(359)– cometidos con grave negligencia.

Si el funcionario público actúa bajo los efectos del error de tipo(360) de modo inevitable o insuperable, su comportamiento no asumirá tipicidad, será irrelevante a los efectos de responsabilidad penal: por ejemplo, si cree firmemente que está actuando fuera del alcance de la función pública o bien considera que actúa de acuerdo a los deberes de oficio(361). De ser el error evitable, es decir, superable con medidas de celo en el cumplimiento del deber, tan solo constituirá delito de existir una modalidad culposa de abuso de autoridad, lo cual igual afirmará atipicidad al inexistir en el Código Penal dicha modalidad.

(356) Estas consideraciones corrigen incluso la posición que di en mi artículo «El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales», en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Año 1, Nº 9, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2002; reproducido en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, El Jurista, 2004, p. 385.

(357) BABBONI: "L'abuso di autorità, la illegitimità degli atti dei pubbliti funzionari", en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Vol. I, Milano, 1910, p. 219.

(358) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, T. V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, p. 139.

(359) Véase "Legislación extranjera".

(360) Véase *supra*, p. 123 y ss. ("Falta de tipicidad o atipicidad").

(361) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 247.

IX. CONSUMACIÓN DEL DELITO

Habrá delito de abuso de autoridad cuando el funcionario, en mal uso o extralimitación de sus atribuciones, comete u ordena dolosamente un acto arbitrario que resulta perjudicial a los derechos de un tercero(362).

El proceso ejecutivo del delito de abuso genérico de autoridad (artículo 376) admite dos supuestos de imputación que configuran una sola forma de consumar el delito: **1)** cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros; y **2)** ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros. En el *primer supuesto*, el delito se consuma al producirse el acto arbitrario y el perjuicio del tercero. En el *segundo supuesto*, el delito se consuma igualmente al producirse el acto arbitrario lesivo o perjudicial a los intereses del tercero afectado, solo que en esta hipótesis legal la imputación penal por la realización del delito va dirigida exclusivamente al funcionario que ordena abusivamente el acto arbitrario ejecutado por otros, mientras que en la primera hipótesis el funcionario público abusivo es quien ordena y comete los actos ejecutivos materiales del delito o los comete en la hipótesis de actos arbitrarios inmediatos no requeribles de orden.

Por las características de estar formado el delito por varios actos fragmentables materialmente (ejercicio de funciones, decisión arbitraria, ejecución del hecho abusivo, perjuicio ocasionado), admite formas de tentativa inacabada y situaciones de delito frustrado –llamado también tentativa acabada–, como igualmente la figura del desistimiento voluntario. En aquellos supuestos específicos en los que la orden y la ejecución se hallan en una relación tan estrecha de continuidad que forman una unidad tempo-espacial de realización simultánea, el tema de la tentativa será difícil o de improbable admisión.

La simple orden del acto arbitrario no consuma el delito, pudiendo constituir actos preparatorios (la sola existencia del documento) o tentativa, si es que la misma ya ha sido notificada o genera actos subsiguientes de ejecución que por razones diversas no producen perjuicio al afectado.

X. PENALIDAD

Las sanciones penales, al igual que en los demás países latinoamericanos, son sumamente benignas: de dos días a tres años de pena privativa

(362) En sentido distinto, Abanto Vásquez, quien considera que el delito de abuso de autoridad es de simple actividad y, por lo tanto, la consumación se da cuando se lleva a cabo el acto arbitrario tendente a perjudicar a alguien.

de libertad e inhabilitación que puede ir de 6 meses a 10 años, de conformidad al artículo 39 del Código Penal, según lo dispuesto por el artículo 426 del citado Código. De 2 a 4 años en el caso del abuso agravado, esto es, cuando el acto arbitrario perjudicial deriva de un procedimiento de cobranza coactiva.

Se diferencia así nuestro sistema del establecido en el sistema penal de los países europeos desarrollados, que establecen severas sanciones al funcionario que comete, en perjuicio de particulares o de la misma Administración Pública, abuso de autoridad(363).

XI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Por tratarse de un delito especial en atención a la calidad del agente y la violación de deberes funcionales, como ya se ha indicado, solo y exclusivamente el funcionario público resulta imputable a título de autor. La autoría puede ser *simple* o *colegiada*. En esta segunda modalidad son varios los funcionarios que cometen u ordenan el hecho ilícito (autoría colegiada a título de coautoría), teniendo todos la misma atribución o acto de competencia. Estos coautores deben actuar concertadamente conjunta o a través de actos secuenciados. Si su actuación se produce sin vinculación, se tratará de autoría múltiple. La autoría también puede ser *directa* con intervención personal del funcionario en los actos de ejecución o *indirecta* a través de órdenes, las que pueden ser de distinta naturaleza (verbal, escrita, telefónica, radial, vía computadoras, etc.) y hacerse –como indica Portocarrero Hidalgo(364)– por cualquier medio (incluido el telefax, las redes electrónicas, etc.) sin el uso de violencia o amenaza. Asimismo, es admisible autoría mediata cuando se utiliza a otros funcionarios en paridad de atribuciones.

Lo que no resulta admisible es la responsabilidad penal de la entidad administrativa donde se halle ejerciendo actividades el funcionario público, en virtud del Derecho Penal de autor que informa nuestro Derecho Penal. Sin embargo, el tema de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas por los actos arbitrarios dolosos cometidos por sus funcionarios públicos, en una lectura tradicional, choca con la consideración formal de que el delito de abuso de autoridad tiene al Estado como sujeto pasivo, no siendo por lo mismo la persona natural o jurídica afectada titular del bien jurídico, lo que la inhabilitaría para objeto de resarcimientos pecuniarios;

(363) Véase "Legislación extranjera" (Francia [1993], España [1995]).

(364) Portocarrero Hidalgo: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 109.

rigidez que, sin embargo, empieza a desmoronarse con el énfasis colocado últimamente en los derechos fundamentales de la persona, en lo concerniente a la obligación del Estado de resarcir por la actuación defectuosa de la Administración Pública(365).

Los aportes que prestan los particulares, servidores públicos e incluso otros funcionarios no vinculados, cuando no son determinantes para la consumación del hecho, constituyen estrictamente participación por complicidad en delito de abuso de autoridad cometido por funcionario público. Cuando se presenta esta figura de concurrencia de personas de distinta calidad (sujetos calificados y comunes) en la realización de un hecho ilícito se configura lo que PAGLIARO llama la «plurisubjetividad del delito»(366), en virtud de la cual es suficiente que uno de los concurrentes sea calificado, en este caso un funcionario público, respondiendo los concurrentes con títulos de imputación distintos (determinadores o cómplices) por el mismo delito.

La tesis, sostenida por algunos autores, que considera que los actos de complicidad de los particulares en un delito propio de funcionario público no ingresan a la esfera de imputación por el delito especial basa su argumentación en la idea de que resulta inaceptable comprometerles por delito de abuso genérico de autoridad por tratarse de sujetos en quienes no concurre la calidad de funcionario ni la violación de deberes especiales. La consecuencia de dicha tesis es que los cómplices responderán por delito o delitos comunes. Tal posición, para argumentar de esta manera, pasa por alto que la complicidad no es un hecho principal por sí solo, careciendo, por lo mismo, de autonomía jurídico-penal. La accesoriedad de los actos de los cómplices legitima dogmática y jurídicamente incluirlos en la órbita del delito especial, lo cual implica que responderá penalmente a título de autor (o coautor) el funcionario especial y normativamente vinculado, en tanto que a título de cómplices (en delito de abuso genérico de autoridad) lo serán los particulares o incluso otros funcionarios o servidores. Tesis de la unidad de la imputación que ha recibido aceptación legal con la reforma practicada en el artículo 25, al ser incorporado un último párrafo en dicho artículo que establece que el cómplice siempre responde por los actos del autor, aunque no concurran en él los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal.

Cabe la hipótesis de complicidad como también imputación a terceros, a título de instigadores o determinadores.

(365) Al respecto, véase *supra*, p. 88 y ss.

(366) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 22.

XII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE: HECHOS DERIVADOS DE UN PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA[367]

El procedimiento de cobranza coactiva es uno de los procedimientos reglados por ley extrapenal que la norma punitiva de abuso de autoridad ha privilegiado a efectos de agravar el injusto del delito. El legislador lo presenta expresamente a título de circunstancia agravante, esto es, no le confiere el rango de modalidad delictiva autónoma ni de un subtipo de abuso de autoridad. Se explica el interés político criminal del Estado de incorporar dicha agravante en razón a las altas tasas de incidencia de abuso y arbitrariedad que acontece (aconteció con abundante y anómala profusión antes de la dación de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, Ley N° 26979) en las decisiones de los ejecutivos coactivos y, por lo mismo, en la necesidad de brindar una mayor y eficaz tutela en este campo tan sensible de afectación de derechos ciudadanos y prepotencia administrativa[368].

Se entiende el interés de extremar la tutela penal en este ámbito de interacciones de la Administración Pública con los ciudadanos deudores obligados, dado que determinados sectores de la Administración Pública (Sunat, gobiernos locales y otros), mediante los procedimientos de ejecución coactiva o forzosa contenidos tanto en la Ley N° 26979 como en el Código Tributario, gozan de atribuciones excepcionales para hacerse cobro directo de los adeudos que los ciudadanos tienen frente a ella, pasando por encima de los órganos jurisdiccionales, si bien después puede activarse la vía de la revisión judicial de dichos actos. La facultad de «autotutela directa» de la que goza la Administración Pública justifica plenamente la existencia de la agravante, ya que dicha facultad en situaciones anómalas que desbordan los legítimos intereses de la Administración Pública suele ser un frecuente factor de abuso y extralimitaciones en perjuicio de los derechos del ciudadano.

La agravante nos remite a las normas extrapenales aludidas para dotar de contenido el ámbito de la ilicitud penal por abuso de autoridad, de modo que dichas leyes juegan una doble función: legitimadora del desempeño

(367) Agravante incorporada en el artículo 376 del Código Penal por así disponerlo la sétima disposición final de la Ley N° 28165, publicada el 10/01/2004.

(368) Danós Ordóñez, Jorge y Zegarra Valdivia, Diego: *El procedimiento de ejecución coactiva*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, pp. 11 y 12, señalan que la primera disposición final de la Ley N° 26979 cierra toda una época en la que los operadores de la norma distorsionaron, en su propio beneficio económico, mecanismos como el del «embargo preventivo», entre otros, de forma tal que el propósito de la ejecución coactiva como un procedimiento administrativo para asegurar el cobro de deudas de carácter público a favor del Estado había pasado a constituirse en un arma para presionar al pago de supuestas obligaciones carentes de base legal.

funcional de los ejecutores, cuando los procedimientos de ejecución se ajusten a Derecho, y justificante de la injerencia penal cuando se haya infringido la concepción y el trámite del procedimiento, de forma que se llene de contenido material a los componentes del abuso delictivo de autoridad.

Cabe señalar que la referencia hecha a la naturaleza coactiva del procedimiento rompe con el esquema de generalidad y subsidiaridad que conserva el tipo básico de abuso de autoridad, ya que la naturaleza del abuso se desprende del incumplimiento doloso de la normativa administrativa que regula el procedimiento de ejecución coactiva. Restringe la autoría con exclusividad al ejecutor coactivo, funcionario designado por la entidad a la que representa y encargado de hacer cobro de las acreencias tributarias y no tributarias que las personas naturales y jurídicas tienen a favor de ella. Los auxiliares coactivos, considerados como funcionarios en la ley de la materia (artículo 7.2) y que prestan colaboración al ejecutor, por excepción pueden asumir el rol de sujetos activos del delito, en tanto la delegación de funciones que le practica el ejecutor (conforme lo establece el inciso c) del artículo 5) implique actos de ejecución del acto arbitrario. El Reglamento de la Ley N° 26979 en su artículo 3 establece que las acciones de coerción solo podrán ser realizadas por el mismo ejecutor.

La función que desarrolla el ejecutor consistente en llevar a cabo el procedimiento de ejecución coactiva ejerciendo coerción sobre los obligados, esto es, la misión de asegurar las acreencias de la entidad administrativa, se halla reglada tanto en los artículos 3, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y otros de la Ley N° 26979 como en el artículo 116 y siguientes del Código Tributario; no obstante que, como indica NAKAZAKI SERVIGÓN, la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva ofrezca limitaciones en materia de fijación de competencia(369).

Los abusos dolosos generadores de acto arbitrario perjudicial que cometan los ejecutores en infracción de la normativa específica y en desbordamiento de sus atribuciones supondrá la activación de la relevancia penal por delito de abuso: así, por ejemplo, cuando continúe con el procedimiento existiendo razones legales que lo obligan a suspenderlo, cuando practique actos de ejecución coactiva contra personas que no son las obligadas, cuando las medidas cautelares hayan sido adoptadas con omisión de los plazos que fija la ley, cuando los embargos y otras medidas de coerción superen el monto de la materia adeudable, cuando efectúe descerrajes sin

(369) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: «La actuación de los ejecutores coactivos municipales: ¿delito de abuso de autoridad?», en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 31, enero-diciembre, 2000, p. 196.

contar con autorización judicial; etc.[370], supuestos todos que deberán implicar ejercicio de actividad dolosa en un marco de correspondencia con las exigencias del tipo básico del artículos 376.

El Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979, Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, en los alcances del segundo párrafo del artículo tercero, establece limitaciones en el sentido de que, tratándose de gobiernos locales que cuenten con ejecutor y auxiliar, y que deban realizar una medida de embargo fuera de su jurisdicción territorial, deberán librar exhorto a cualquier ejecutor de la municipalidad provincial donde se desea ejecutar la medida de embargo. Obviamente que, de producirse dicho supuesto de ejercicio funcional por fuera de la jurisdicción local, se estará no ante un caso de abuso de autoridad, sino de usurpación de funciones[371]. También la Ley N° 28165, del 10/01/2004, que incorporó la agravante en estudio, efectuó precisiones acerca de la función del ejecutor coactivo (artículos 12, 33-A, quinta disposición final, entre otros) y del ejecutor exhortado, así como con relación al procedimiento de ejecución y la responsabilidad solidaria de la entidad por el perjuicio causado por la actuación defectuosa del ejecutor y del auxiliar en el caso de las medidas cautelares trabadas sobre bienes que tengan la calidad de inembargables expresamente establecida en ley; responsabilidad solidaria del ejecutor y la entidad que, sin perjuicio de la responsabilidad penal y/o administrativa que corresponda, el citado Texto Único Ordenado ha reiterado y precisado en su artículo 22, mediante ocho incisos, una serie de actos ilícitos en los que puede incurrir el ejecutor coactivo (inicio de procedimiento sin que exista acto o resolución administrativa o no hubiera sido notificada, o sin esperar el vencimiento del plazo fijado por ley para impugnar el acto o resolución, cuando no se levante la orden de retención sobre las cantidades retenidas en exceso, se incumpla el procedimiento para la tercería de propiedad, o se trabe embargo sobre bienes inembargables, entre otras), que servirán de pauta para la interpretación de los casos que superen la ilicitud administrativa.

(370) Véase también los supuestos que establece el artículo 22 de la Ley N° 26979. Véase la ejecutoria suprema del 03/06/2001, Exp. N° 4562-Lima, que indica: "Se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la Municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la agraviada, quien no tenía ninguna obligación con la citada comuna".

(371) Nakazaki, César considera que se trata de un caso de abuso de autoridad: "El ejecutor coactivo no es competente para realizar actos de coerción fuera del ámbito de la competencia territorial de la Municipalidad a la que representa, por lo que la afectación a los derechos de las personas que genere mediante actos de ejecución coactiva en lugares donde es incompetente, puede configurar la acción típica del abuso de autoridad, es decir, el acto arbitrario", cit., p. 200.

El ejecutor coactivo, en tanto funcionario público y sujeto activo del delito, está sometido, además de los parámetros constitucionales, por expresas limitaciones en el ejercicio de su función que se coligen de las normas legales y reglamentarias que regulan su actividad.

Particular interés representa para efectos del análisis acerca de la participación y la responsabilidad de la Administración Pública en la realización del abuso arbitrario las relaciones que se configuran entre el ejecutor, en tanto funcionario que ejerce coerción y la autoridad administrativa que mediante acto administrativo le ordena inicie el procedimiento de ejecución forzada. El ejecutor, en tanto funcionario, está en el deber de analizar la legalidad de dicho pedido (existencia de la obligación, de su exigibilidad y otros requisitos de naturaleza formal: notificación válida, cumplimiento de plazos, etc.), no basta el argumento del cumplimiento de la orden y que el análisis de legalidad ya ha sido efectuado por la entidad administrativa competente. Ello contradice el título de funcionario poseído por dicho sujeto público.

XIII. CONCURSO DE DELITOS

El tipo genérico del artículo 376 de abuso de autoridad puede entrar en concurso con una serie de otras figuras delictivas especiales y comunes que le serán igualmente imputables al funcionario público, siempre y cuando no constituyan modalidad específica de abuso contemplado en el Código Penal. De esta manera, habrá concurso:

- Con el delito de usurpación de funciones (artículo 361). Es bastante frecuente que una conducta de abuso genérico de autoridad o bien concurse con el delito de usurpación o sea confundida con dicha figura penal. Al respecto, la línea divisoria entre el abuso y la usurpación habría que fijarla en el marco de atribuciones del funcionario público, de modo que el exceso o la extralimitación en el ejercicio de la función significará abuso genérico, mientras que el asumir o arrogarse otras funciones para las cuales no tiene competencia, siendo el sujeto un funcionario, supondrá una usurpación de funciones. Hay que observar que el funcionario que se excede abusivamente tiene como base un marco legal de funciones que le son inherentes a su cargo o puesto, mientras que el funcionario que usurpa atribuciones carece de dicho marco normativo de sustento de la función que le pueda servir de referente o de remisión del exceso. Habrá usurpación de funciones y no abuso de autoridad cuando el funcionario actúa por fuera del ámbito de su competencia invadiendo otros ámbitos; existirá

abuso cuando, actuando en el contexto de su competencia, dolosamente comete acto arbitrario perjudicial. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el funcionario que se extralimita usurpe por error una función que cree propia; en este caso, el error deja subsistente tan solo el tipo de abuso genérico, lo cual nos grafica el hecho de que detectar usurpación en el funcionario abusivo significará también enfatizar el dolo de usurpación con el que se conduce dicho agente. Asimismo, en el caso de que la extralimitación implique invadir áreas de actividad para las que no es competente el funcionario, pero que no se hallan incorporadas en función alguna, se presentará un supuesto de delito imposible de usurpación de funciones.

- Con el delito de coacciones (artículo 151).
- Con el delito de daños (artículo 206), lesiones, contra la libertad general, etc.
- Con el delito de peculado (artículo 387)[372].

Cuando el hecho denunciado por abuso genérico de autoridad se halle legislado en un tipo especial del Código o en leyes penales especiales, por principio de especialidad no existirá concurso de delitos, ya que la norma especial prevalece por sobre la genérica. Cuando el mismo hecho importa abusos genéricos de autoridad y a la vez implica la comisión de un ilícito penal más grave, es decir, exacción ilegal o colusión contra la Administración Pública, por principio de consunción (artículo 48 del Código Penal) regirá el delito más grave, es decir, la concusión o la colusión, que absorberán al tipo de abuso genérico de autoridad. El tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376, dada su naturaleza genérica y subsidiaria, solo será invocable cuando se hayan descartado en el análisis los demás tipos penales de abuso, vale decir, cuando los componentes de tipicidad del supuesto imputado no hayan sido cubiertos por los tipos especiales o de menor generalidad.

(372) Véase en el ítem Sumillas de jurisprudencia la ejecutoria suprema del 05/10/2009, R. N. N° 2065-2008-Lima.

XIV. FASES NEGATIVAS DEL DELITO[373]

1. Atipicidad

El sujeto activo no reúne la calidad de funcionario público[374].

- Existencia de error de tipo invencible, es decir, falta del elemento cognoscitivo del dolo.
- El sujeto imputado carece de facultades decisorias[375].
- El acto no es arbitrario, al estar ajustado a la legalidad[376].
- No existe perjuicio.
- Ausencia de dolo[377].

(373) Para una mejor comprensión de esta parte, véase *supra*, p. 123 y ss. ("Las fases negativas del delito en los delitos contra la Administración Pública [la teoría analítica de afirmación]").

(374) Ejecutoria suprema del 18 de diciembre de 1997 (Dictamen Fiscal Supremo N° 3240-97), Exp. N° 106-97: "No cometen delito de abuso de autoridad los auxiliares coactivos que en una ejecución, embargan bienes que no debieron ser materia de dicha medida, pues no tienen la calidad de funcionarios públicos". V. también: ejecutoria suprema del 6 de enero de 1970: "Si el acusado no obró en función de su cargo de Guardia Civil sino como particular bajo el amparo del uniforme, su actitud no configura el delito de abuso de autoridad" (Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, cit., p. 397); ejecutoria suprema del 14 de enero de 1998, Exp. Cons. N° 22-97-Tacna: "No se ha acreditado la participación del acusado en el delito de abuso de autoridad, ya que la paralización de las obras fue ordenada no en su calidad de teniente gobernador del Anexo Ticopampa, sino como integrante de la Junta de Desarrollo Vecinal, no habiendo ejercido por lo tanto como funcionario público"; un caso similar en ejecutoria suprema (Sala Penal C) del 17 de setiembre de 1998. Exp. 335-98-Callao.

(375) Al respecto, la ejecutoria suprema (Sala Penal C) del 17 de setiembre de 1998, Exp. N° 335-98-Callao, que declara la atipicidad de la conducta de los procesados, al carecer estos de las facultades decisorias que les habrían permitido dictar las medidas arbitrarias atribuidas.

(376) Véase ejecutoria superior del 11 de diciembre de 1997, Exp. N° 7062-97, Ponentes: Príncipe Trujillo, La Rosa Gómez, Cayo Rivera: "No constituye delito de abuso de autoridad el operativo policial que para capturar a los autores de un delito ingresó al interior de un asentamiento humano, toda vez que los policías han intervenido en cumplimiento de sus funciones".
Véase también la ejecutoria superior del 19 de enero de 1998, Exp. N° 6329-97-A. Ponentes: Martínez Maraví, Báscones Gómez, Cavero Nalvarte: "El expedir resolución en un expediente administrativo regular, negando o accediendo a una solicitud, no constituye delito; por el contrario, resulta un acto no solo lícito y dentro de las facultades de la autoridad aludida, sino también al cumplimiento de sus obligaciones edilicias. La Resolución que declara improcedente la renovación de licencia de funcionamiento de local comercial podrá dar lugar a los recursos impugnatorios respectivos o acciones legales correspondientes, pero no a denuncias como la que nos ocupa".
Véase, asimismo, ejecutoria superior del 9 de marzo de 1999, Exp. N° 4063-98, de la Sala de Apelaciones de Reos Libres de Lima.

(377) Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1998, Exp. N° 571-97-Lambayeque (véase Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 385). Igualmente, la ejecutoria suprema (Sala Penal Transitoria) del 23 de enero de 1998, Exp. N° 2377-97-Huánuco, que declara no haber nulidad en la sentencia absolutoria de alcalde que actuó sin dolo al multar a compañía

- La imputación se basa en la simple existencia de orden no notificada.
- El imputado cometió el acto arbitrario no estando en ejercicio efectivo de funciones[378].

2. Justificación de la antijuricidad[379]

- Estado de necesidad justificante que autoriza al funcionario, en situaciones excepcionales, vulnerar con su acto arbitrario bienes jurídicos de menor valía que el que protege.
- Cumplimiento del deber[380].
- Obediencia jerárquica.

Por tratarse de un sujeto activo que ocupa una posición de garante para con la sociedad y el Estado, no caben la legítima defensa invocada por el funcionario ni el consentimiento del afectado.

3. Causas de exculpación (inculpabilidad)

- Estado de inimputabilidad psíquica del funcionario público.

---

minera, como modo de intentar poner fin a la contaminación de las aguas de un río (cfr. ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal*, T. I, cit., p. 634).

(378) Ejecutoria suprema del 11 de julio de 1988, Exp. N° 372-87-Cajamarca: policía que estando de franco (estado de disponibilidad) agredió a ciudadano causándole lesiones. El Tribunal Supremo, coincidiendo con el dictamen fiscal, declaró nula la sentencia del colegiado superior que condenó por abuso de autoridad, ya que no encontrándose el sujeto activo en ejercicio de sus funciones no pudo abusar de ellas. La Suprema ordenó que se remitan los autos al fiscal provincial de turno a fin de que emitan acusación por delito de lesiones (véase en RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Idemsa, 1994, p. 345).

(379) Ejecutoria suprema del 25 de junio de 1997, Exp. N° 188-96-Ayacucho: "El hecho de que los sujetos hayan cometido un homicidio no justifica los maltratos físicos conferidos a los mismos, atribuidos al jefe de una base militar". Asimismo, la ejecutoria suprema del 5 de mayo de 1998, Exp. N° 2610-97, Chimbote-Áncash: "El hecho de haber la Directora de Colegio Nacional dispuesto el no ingreso al Centro Educativo de los anteriores directivos de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) con el fin de salvaguardar los bienes de la referida asociación no constituye hecho punible".

(380) En tal sentido, la ejecutoria suprema del 17 de setiembre de 1998, en la cual se evalúan los actos de un grupo de procesados que solo se limitaron a ejecutar e implementar un mandato (sobre embargo de las cuentas bancarias de Petróleos del Perú) dispuesto por el alcalde de Ventanilla mediante resolución de alcaldía. Actos que consistieron en fraccionar y suscribir las órdenes de pago de la obligación tributaria, los informes técnicos sustentatorios y cumplir con la orden dispuesta (esto último en cuanto al aporte del secretario del juzgado coactivo).

No cabe la inexigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, pues por ser el funcionario público un garante[381] está obligado a actuar conforme a Derecho.

- Error de prohibición[382].

XV. CASOS

Son numerosos los casos de abuso genérico de autoridad cometidos por funcionario público. Así, tenemos:

- Privar de su empleo público a una persona con base en una sanción disciplinaria injusta.
- Director de establecimiento penal que inflige castigos más graves que los contemplados por el reglamento.
- Juez que nombra como perito a un dependiente del vendedor con la finalidad de favorecer a este último.
- Alcalde que por motivos de encono personal incluye en la información requerida por autoridad competente juicios desfavorables sobre la conducta referida a un particular.
- Secretario judicial que en una diligencia de embargo permite que se sustraigan más bienes o por un importe mayor al autorizado en la resolución.
- Alcalde que revoca o no autoriza licencia municipal de funcionamiento de negocio sin causa justificable.
- Funcionario público que utiliza en provecho propio el servicio de mano de obra de los dependientes retribuidos por la Administración Pública[383]. Hipótesis muy debatible, al no tratarse de un quiebre de infracción de deber reglado inherente al ámbito de funciones.
- Policía o funcionario público que detiene sin orden judicial motivada a ciudadano, o lo hace injustificadamente al no existir flagrancia delictiva. Cuando es el juez el que maliciosamente, o sin

(381) Véase *supra*, p. 193 y ss. ("Los sujetos públicos y los deberes de garante").

(382) Un caso de error de prohibición vencible puede verse en la sentencia de la Primera Sala Penal de Lima del 29 de mayo de 1998, Exp. N° 104-98, DD. Prado Saldarriaga.

(383) Véase también la posibilidad de calificación de dicho supuesto como peculado de uso (*infra*, p. 787 y ss. ["Usar o permitir que otro use"]).

motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad del detenido, estando legalmente obligado a ello, se perfeccionará el delito de detención ilegal (artículo 419), considerado por nuestra legislación penal como una forma de prevaricato.

- Funcionario que ordena se rebaje el nivel del empleado en el escalafón respectivo.
- Incomunicar indebidamente a un detenido.
- Prolongar indebidamente la detención de un preso preventivo o la pena privativa de un condenado.
- Infligir castigo físico a un ciudadano o a un detenido en prisión, siempre que ello no suponga tipicidad por delito de torturas (artículo 321 del Código Penal).
- Citar el funcionario policial a la comisaría a un ciudadano sin que exista denuncia policial previa(384).
- Trabar el ejecutor coactivo embargo en un procedimiento de ejecución forzosa sobre bienes de quien no es la persona obligada(385).
- Trabar embargo sobre bienes declarados legalmente inembargables.
- Detener a un ciudadano en la dependencia policial a la que había sido citado y, luego de dar su declaración en un proceso por faltas, bajo el argumento de ver si tenía requisitoria tan solo con la imputación de la agraviada y no de autoridad judicial(386).

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1930)

Por la importancia de la doctrina y jurisprudencia italiana y por haber tomado el legislador peruano como modelo del delito de abuso genérico de autoridad al Código Penal italiano de 1889, como por la orientación de las recientes reformas adoptadas por dicha legislación, interesa comentar

(384) Así, la ejecutoria suprema del 21/01/1998, Exp. N° 1094-97-Callao, Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 636.

(385) Así, la ejecutoria suprema del 03/06/2000, Exp. N° 4562-2000-Lima, Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Idemsa, 2005, p. 173.

(386) Así, la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 24/07/1998, Exp. N° 7963-98. Baca Cabrera, Rojas Vargas y Neira Huamán: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios,* cit., p. 511.

brevemente algunas características de los dispositivos penales contenidos tanto en el Código de 1889 como en el vigente y reformado de 1930.

Fue muy criticado el uso conjunto de los verbos *ordenar* y *cometer* que contenía el artículo 175 del Código italiano de 1889. Era una redundancia innecesaria y se prestaba a interpretaciones antojadizas, a decir de CRISPIGNI y MANZINI. Se sostuvo que era suficiente el verbo *cometer*, pues el mismo contiene ya la orden, dadas las características formales de las decisiones de los funcionarios públicos. Tal criterio cogió fuerza en la doctrina italiana, motivando que en el artículo 323 (abuso genérico de función) del Código Penal de 1930 se emplee el verbo declinado "procura".

Por otro lado, el referido artículo 175 del Código Penal italiano de 1889 era bastante claro al señalar que el abuso del funcionario no debería estar previsto como infracción en una disposición especial de la ley. Igualmente enfatizaba que el acto arbitrario fuera cometido contra los derechos de otros. Se agravaba la pena de existir un fin particular en la intención del funcionario. El Código peruano de 1924, a través del artículo 337, recogería directamente tales precisiones del modelo italiano, con exclusión del elemento intencionalidad.

La fórmula del artículo 323 del Código Penal italiano de 1930 en su redacción original solo castigaba al funcionario público. La Ley N° 86 del 26 de abril de 1990 amplió la autoría al servidor público o empleado. Las novedades con relación al Código de 1889 consistieron en incluir en la nueva fórmula la ventaja no patrimonial para sí o para otro. El tipo agravaba la penalidad si la ventaja para sí o tercero era económica, componentes no recogidos ni especificados en el artículo 376 del Código peruano de 1991.

La reforma producida por la Ley N° 234 italiana, del 16/06/1997, alteró sustancialmente la redacción contenida en los diseños anteriores en tres puntos decisivos: a) cambió radicalmente el sentido no patrimonial de la conducta abusiva (cometida por el funcionario público o encargado de un servicio público) por otra de eminente contenido patrimonial: «se procura para sí o para otro una injusta ventaja patrimonial o bien ocasiona a otro un daño injusto», con lo que ingresó al tipo básico lo que en la redacción anterior constituía una circunstancia agravante; b) condicionó dichos elementos del tipo al hecho que el sujeto público viole, en el desarrollo de sus funciones o del servicio, normas de ley o de reglamento; y c) restituyó el elemento taxativamente expreso de subsidiaridad contenido en el Código de 1889; modificaciones que nos presentan un nuevo diseño del delito de abuso genérico de autoridad y cuyas razones político-criminales obedecen a la necesidad, con palabras de FIANDACA y MUSCO de: a) limitar el

control penal sobre la actividad de los administradores públicos dentro de los confines compatibles con el principio constitucional de la división de poderes; b) consecuentemente, describir el hecho punible de manera más precisa y definida[387].

«Código Penal de Italia (1930, texto reformado por ley 234 de julio de 1997 y Ley 190 de nov de 2012), artículo 323: *Salvo que el hecho no constituya un delito más grave el funcionario público (il pubblico ufficiale) o el encargado de un servicio público (l'incaricato di pubblico servizio) que, en el desarrollo de las funciones o del servicio, en violación de normas de ley o de reglamento, o bien omitiendo abstenerse ante la presencia de intereses propios o de un cercano allegado o en los otros casos prescritos, intencionalmente procura para sí o para otro una injusta ventaja patrimonial o bien ocasiona un daño injusto, será castigado con reclusión de uno a cuatro años.*

La pena será aumentada en los casos en los cuales la ventaja o el daño tengan caracteres de notable gravedad».

«Código Penal de Italia (1930, texto derogado), artículo 323: *El funcionario público o el encargado de un servicio público que, con la finalidad de procurar para sí o para otro una ventaja no patrimonial injusta o para ocasionar a otro un daño injusto abusa de su poder, será castigado, si el hecho no constituye delito más grave, con reclusión de hasta 2 años.*

Si el hecho es cometido para procurarse a sí o para otro una ventaja patrimonial injusta, la pena de reclusión será de dos o cinco años».

Como se aprecia, el texto reformado del artículo 323 del Código Penal italiano, además de precisar el esquema subsidiario que ofrecían los textos anteriores, ha incorporado como uno de los modos de realización del *abuso di ufficio* cuando el agente con su comportamiento acarrea daño a terceros, con lo cual se observa en este extremo semejanza con el diseño nacional[388]. El daño o la ventaja –señalaba MANZINI (de conformidad al diseño anterior derogado)– caracterizan únicamente la orientación subjetiva del hecho[389].

(387) FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Diritto Penale parte speciale*, Volume I, seconda edizione, Bologna, Zanicheli editore, 1999, p. 236.

(388) La imposibilidad de tentativa es tesis sostenida por MANZINI, posición opuesta expone ANTOLISEI, para quien la tentativa depende de si el hecho presenta o no fragmentación de actos.

(389) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 306.

2. Colombia (1980)

Tampoco la legislación colombiana fue inmune a la gran influencia y prestigio del Código Zanardelli de 1889. Así, el artículo 171 del Código de 1936 reprodujo con algunos agregados la comentada fórmula del artículo 175 del Código Penal italiano. Irradiación que se aprecia incluso en el reciente Código del 2000, el que sigue manteniendo el esquema de subsidiaridad heredado del referido cuerpo punitivo italiano. La legislación colombiana, en un hilo de continuidad que no ha variado a la largo de sus Códigos Penales del siglo XX, sigue ofreciendo criterios normativos de mínima criminalización y penalidad al regular el abuso genérico de autoridad.

«Código Penal de Colombia (1936), artículo 171: *El funcionario o empleado público que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona, contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos».*

«Cometa» o *«haga cometer»* y la frase *«acto arbitrario o injusto»* originaron debates sobre la corrección de la técnica legislativa de dicho artículo(390). El Código Penal de 1980 suprimió la duplicidad de los modos verbales, sustituyendo las denominaciones *funcionario* y *empleado público* por la escueta y genérica de *servidor público*, ofreciendo la siguiente fórmula:

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 152: *El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años».*

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 416: *El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público».*

(390) Véase FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Themis, 1995, p. 149.

3. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 248: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictase resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existente o no ejecutare las leyes cuyo incumplimiento le incumbiere».*

Como es fácil concluir, el abuso de autoridad de la fórmula argentina de 1922, que enfatiza la conducta típica en la violación a la legalidad mediante el dictado de resoluciones u órdenes, obedece a fuentes distintas de la italiana. Dicha fórmula deriva del proyecto penal de 1906, que acusaba influencias de los Códigos francés de 1810 (artículo 127), holandés y español de 1870. Son utilizadas formas activas y omisivas mediante los verbos *«dictare»*, *«ejecutare»* o *«no ejecutare»* para definir la naturaleza de los comportamientos delictivos. En realidad, y a diferencia de las fórmulas italianas, colombiana o peruana, el tipo penal argentino llega a señalar a grandes rasgos las arbitrariedades en que debe incurrir el funcionario público para que su comportamiento asuma tipicidad de abuso de autoridad. La construcción típica argentina, de naturaleza compleja (agrupa tres comportamientos diferentes), no exige un daño material –como la peruana– para consumar el delito. Asimismo, admite formas activas y omisivas de comisión delictiva, a diferencia de la peruana, que solo contempla formas activas de comisión.

4. Francia (1993)

El novedoso Código Penal francés que entrara en vigencia en 1993 nos trae un doble sistema de tratamiento legal del tema del abuso de autoridad, dentro del rubro «Delitos contra la Administración Pública cometidos por las personas que ejercen una función pública»:

a) Abusos de autoridad dirigidos contra la Administración Pública (artículos 432-1, 432-2 y 432-3).

b) Abusos de autoridad cometidos contra los particulares (artículos 432-4, 432-5 y 436-6), incluyendo además las discriminaciones, la violación de domicilio y contra los secretos de correspondencia como otras manifestaciones de abuso de autoridad.

El Código Penal francés de 1993 contempla un primer esquema genérico de abuso de autoridad en el artículo 432-1, que castiga hasta con 5 años de prisión y 500,000 francos de multa a la persona depositaria de autoridad

pública que dentro del ejercicio de sus funciones realiza un hecho abusivo destinado a burlar la ejecución de la ley, pena que se aumenta hasta 10 años si al hecho ha seguido efectos lesivos o resultados, según el artículo 432-2.

«Código Penal de Francia, artículo 432-1: *Le fait, par una personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercise de ses fonctions, de prendre des mesures destinées â faire échec a l'execution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75,000 euros d'amende».*

A su vez, el artículo 432-4, mediante un segundo esquema genérico, castiga hasta con 7 años de prisión y multa de 100,000 euros a la persona depositaria de la autoridad pública o al encargado de un servicio público que, dentro del ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, ordena o ejecuta arbitrariamente un acto atentatorio a la libertad individual, pena que se eleva hasta 30 años y 450,000 francos cuando la detención arbitraria dura más de 7 días.

5. España (1995)

La legislación española tiene una política penal y una sistemática legal distinta a la peruana. Los delitos de abusos cometidos por funcionarios contra particulares están agrupados bajo el rubro «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales y contra la libertad individual». El actual y vigente Código de 1995 no tiene una fórmula genérica de abuso de autoridad, siguiendo la tradición de los Códigos anteriores. En cambio, ofrece una serie de secciones que protegen al ciudadano de los abusos de los funcionarios y autoridades, detallando los casos en que se producen tales abusos. Así, los artículos 529 al 533 garantizan los derechos de los detenidos de las prácticas violatorias en que incurren los magistrados y funcionarios penitenciarios (entrega ilegal de causas a funcionarios militares; prolongación con violación de plazos y garantías de la privación de libertad del detenido, preso o sentenciado; prolongación ilegal de las incomunicaciones; sanciones o privaciones indebidas o uso de rigor innecesario en la corrección de menores). Asimismo, los artículos 534 al 536 protegen al particular de las violaciones domiciliarias producidas sin respeto a las garantías constitucionales o legales; de las interceptaciones de correspondencia privada, postal, telegráfica, telefónica, etc. Los artículos 537 al 542 protegen al ciudadano de los abusos de los funcionarios contra otros derechos individuales. Es más, se penalizan los abusos de autoridad cometidos con grave negligencia (artículo 532).

Como se observa, la legislación penal española ha optado por un sistema garantista que toma al ciudadano como objeto de tutela penal. No

existe delito de abuso de autoridad concebido como lesión al bien jurídico «Administración Pública».

6. Cuba (1988)

«Código Penal de Cuba (1988), artículo 133: *El funcionario público, que con el propósito de perjudicar a una persona o de obtener un beneficio ilícito, ejerza las atribuciones inherentes a su cargo de modo manifiestamente contrario a las leyes, o se exceda arbitrariamente de los límites legales de su competencia, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientos a mil cuotas, siempre que el hecho no constituya un delito de menor entidad».*

7. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 382: *Abuso de poder. O funcionario que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar perjuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal».*

2

ABUSO DE AUTORIDAD ESPECÍFICO CON FINALIDAD POLÍTICA Y/O ELECTORAL

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** El bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico: 1. Valerse de la condición funcional. 2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos. 3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral. **VI.** Aspectos subjetivos del delito. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad.

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 según el artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004, que reubicó y reformó este artículo).

I. ANTECEDENTES LEGALES

Sin referentes normativos en la legislación penal comparada latinoamericana. Se puede encontrar un cercano modelo referencial en el artículo 432-14 del Código Penal francés de 1993 vigente, que regula una modalidad de favoritismo político para tercero de parte de la persona depositaria de la autoridad pública o encargada de servicio público[391]; y en el artículo

(391) Código Penal de Francia, artículo 432-14: *"Se sanciona con dos años de prisión y multa de 200.000 euros, cuyo importe podrá ser el doble del producto de la infracción, realizado por un titular de la autoridad pública o encargado de una misión de servicio público o investido de un mandato público electivo o ejerciendo las funciones de representante, administrador o agente del Estado, autoridades locales, establecimientos públicos, empresas de economía mixta de interés nacional encomendadas a una misión empresas de servicios públicos y empresas semipúblicas*

146.2 de la Ley Orgánica N° 5/1985, del 19 de junio, Régimen Electoral General de España.

II. LA FIGURA PENAL

La presente figura penal fue incorporada al Código Penal por el artículo 1 de la Ley N° 27722, del 14 de mayo de 2002, como artículo 393-A, modalidad de delito de cohecho pasivo, siendo dos años después y por Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2004, reubicada en el marco normativo de los abusos de autoridad.

Nos encontramos ante una especial figura de abuso de autoridad caracterizada por una finalidad específica, que fuera incorrectamente catalogada como modalidad de cohecho, peor aún, de un cohecho pasivo impropio.

Llamaba la atención que el legislador nacional hubiera conceptualizado una fórmula de presión o sometimiento de la voluntad de los destinatarios de los bienes o servicios sociales como modalidad de cohecho, si tenía la opción más coherente, sistemática y correcta de construir un tipo penal agravado de abuso específico de autoridad. No justificaba este ostensible defecto de formación dogmática y de pobreza técnico-legislativa el argumento de las urgencias por criminalizar una conducta muy reiterativa en el país por parte de los funcionarios cortesanos de los gobiernos de turno ni la necesidad político-criminal de dar respuesta a un clamor social ante supuestos desde todo punto de vista lamentables si tomamos en cuenta que se trata de funcionarios o servidores públicos que constitucional y funcionalmente se deben a la Nación y no a intereses personales o de terceros.

Igual de preocupante, por su ligereza, fue también la manera como el legislador nacional infringió la regla general establecida en el artículo 426 referida a la pena de inhabilitación tasada que acompañó de modo imperativo –antes de su reforma– a los delitos de infracción de deber contenidos en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal. En efecto, la sanción establecida de modo conjunto que trajo consigo la incorporación de esta modalidad delictiva, para quien incurra en este supuesto delictivo,

---

locales o por cualquier persona que actúe por cuenta de alguna de las mencionadas procurar o intentar procurar para terceros una ventaja injustificada mediante un acto contrario a las disposiciones legislativas o reglamentarias destinadas a garantizar la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los contratos públicos y los contratos de concesión". La Ley Orgánica N° 5/1985, referida al Régimen Electoral Español (LOREG), en su artículo 146, numeral 2 castiga –entre varios supuestos– con pena de 6 meses a 3 años a los funcionarios públicos que usen de sus competencias para presionar o solicitar el voto de algún elector o le induzcan a la abstención.

comprendía una pena privativa de libertad que osciló entre 3 y 6 años, y una pena de inhabilitación accesoria, es decir, por el mismo tiempo que el de la condena privativa de libertad, con lo cual se quebraba el esquema hasta entonces mantenido por el Código en materia de inhabilitaciones para los delitos de infracción de deber en el contexto de los delitos contra la Administración Pública y de justicia.

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.

Para tener una mayor configuración conceptual y normativa del delito en estudio habrá que estar a lo dispuesto en la Ley N° 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(392).

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal busca preservar la legalidad del ejercicio del poder público, procurando evitar comportamientos abusivos por parte del funcionario o servidor que, en determinadas coyunturas políticas o electorales, y poniendo de manifiesto la violación del marco de incompatibilidades, se aprovecha del poder que le otorga su estatus público para buscar ventajas políticas y/o electorales coaccionando o manipulando las necesidades de sectores vulnerables de la ciudadanía. No se trata entonces de un abuso que se origina en el ejercicio de funciones o que nazca de extralimitaciones fundadas en el cargo, esto es, no pertenece al ámbito interno

(392) Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública (13 de agosto de 2002):
"Artículo 8.- Prohibiciones Éticas de la Función Pública
(...)
1. Mantener Intereses de Conflicto
   Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.
2. Obtener Ventajas Indebidas
   Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
3. Realizar Actividades de Proselitismo Político.
   Realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.

(...)".

de las funciones o servicios públicos, sino a contextos de prevalimiento y de quiebre de las reglas de incompatibilidad.

A diferencia del abuso genérico de autoridad del artículo 376, en este tipo penal el comportamiento abusivo tiene una finalidad específica de aprovechamiento del poder funcional. Es por lo mismo una modalidad nominada de dicho delito.

Era problemático sustentar, cuando esta figura delictiva fue ubicada como forma de cohecho pasivo, que el bien jurídico protegido era el principio de imparcialidad, por cuanto no se trataba de que los funcionarios o servidores actúen libres de presiones en la formación de sus decisiones, sino que ellos precisamente coaccionan la voluntad de los ciudadanos, los perjudicados directos, sobre quienes orientan su comportamiento a efectos de obtener determinados direccionamientos volitivos.

En una formulación general es igualmente válido considerar que lo que se busca es proteger el regular y correcto ejercicio de los cargos públicos, dicho de otro modo, garantizar la correcta marcha de la Administración Pública, preservándola de comportamientos abusivos de los sujetos públicos. Sin embargo, al tratarse dicha figura penal de un caso de prevalimiento que busca alterar la voluntad político-electoral del ciudadano mediante la "presión o condicionamiento", como bien señala Maza Martín –al aludir al tipo penal-electoral 146 de la LOREG–, el bien jurídico comprende igualmente la protección de la libertad individual de ese elector(393). Aquí igualmente se amplía el sujeto pasivo en una dimensión jurídica y material, que marcha a tono con una democratización del concepto bien jurídico en los delitos de abuso de autoridad, a efectos de proteger derechos fundamentales del ciudadano.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Con exclusividad puede ser autor únicamente el funcionario o servidor público que se aprovecha de su calidad funcional vinculada con bienes o prestación de servicios que corresponden a programas de apoyo o programas sociales. En la hipótesis de que el sujeto público considere que está actuando de conformidad a reglamento u obedeciendo órdenes superiores, es decir, sin hacer prevalimiento del cargo, existirá en el supuesto de hecho una causal de atipicidad o de antijuridicidad para ver en él al sujeto activo de dicho delito. El ámbito de comprensión del funcionario

(393) Maza Martín, José Manuel: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2018, p. 143.

no tiene restricciones: puede ser tanto un funcionario público civil o militar; de carrera o de confianza; uno de alto rango jerárquico o uno intermedio; un funcionario que actúa por razón del cargo o uno delegado; un funcionario desde la perspectiva administrativa o desde la lectura penal extensiva. Cabe incluso que se trate de un funcionario que al momento de los actos se encuentra de vacaciones o en situación de no ejercicio efectivo, pero sin que haya perdido su calidad funcional. Se aprecia así que la vinculación funcional se halla sumamente relativizada, a diferencia de otros tipos de abuso de autoridad de vinculación estricta con el cargo o la función desempeñada.

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

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

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Son componentes objetivos de la conducta típica del autor:

1. 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 que estamos frente a un comportamiento gravemente infuncional, una manifestación abusiva, dolosa, inaceptable en la conducta del sujeto público explicada por el prevalimiento, el aprovechamiento realizado de su posición. Hipótesis de comportamiento que no excluye o limita la posibilidad de que el funcionario o servidor, en una muestra insoportable de negación de su profesionalismo, comprometa sus atribuciones y, por lo mismo, la función en las prácticas de condicionamiento, en la entrega de bienes o prestación de servicios, pese a que ello no sea propiamente exigencia del tipo penal.

2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos

El uso del verbo *«condicionar»* implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la ejecución del programa social. Supone una suerte de presión psicológica sobre la voluntad a efectos de conducirle al beneficiado o beneficiados a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo. La referencia a la palabra *«distribución»* hace mención tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa. Los bienes, vale decir, los objetos provistos de contenido patrimonial valuables en dinero, son entendidos en sentido genérico, tanto muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, de escaso o gran valor. El referente del escaso valor de los bienes en juego merecerá, sin embargo, la estimación del fiscal o del juez a efectos de aplicar los sucedáneos derivados de los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho Penal (lo mismo cabe señalar con relación a la prestación de servicios) o, en todo caso, reputarlas circunstancias de aminoración de pena, de considerarse que el monto económico resulta irrelevante dado que se trata de un delito de infracción del deber vía condicionamiento. 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 dos restricciones a la tipicidad objetiva del delito que debe registrar el supuesto de hecho: (i) la primera de naturaleza objetiva, expresada en que la acción se contextualice en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social. Tanto la distribución de bienes como la prestación de servicios deberán corresponder a estos fines sociales. En el marco de esta restricción, el legislador ha separado los programas de apoyo, asistencia o desarrollo social llevados a cabo por organismos internacionales o entidades privadas, lo cual nos parece razonable. Cabe referirse, por ejemplo, al desaparecido Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), encargado de aliviar la pobreza de un importante sector de población del país y que, según datos estadísticos para el año 2012, cubría a más de 2'000,000 de personas (aproximadamente el 20 % de la población pobre del Perú), para entender lo que significa condicionar la distribución de bienes con fines políticos o electorales, más aún si los planes de expansión de dicho programa oficial apuntan a cubrir 7'000,000 de beneficiarios en el año 2003, vale decir el 50 % de pobreza

del país[394]. (ii) En segundo lugar, su orientación final, que restringe los alcances del tipo penal y delimita externamente el abuso, es decir, la finalidad de obtener ventaja política o electoral como producto de la presión o coacción ejercida sobre el ciudadano o colectivos sociales.

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

3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral

Define la tipicidad del tipo penal en estudio el propósito, la motivación de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros, componente subjetivo que dota al dolo de un particularismo que lo hace distintivo de otros delitos de abuso de poder. Por *ventaja política* puede entenderse toda posición de predominio o privilegio que otorga más poder, que ayuda a adquirirlo o a reconquistarlo, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario o servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas. Las ventajas electorales están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la Administración Pública. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las exigibles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades. La obtención de ventaja política plantea al análisis la búsqueda por parte del sujeto activo de una serie de posicionamientos que refuerzan su poder tanto al interior de la Administración Pública como frente a la ciudadanía, lo que se advierte básicamente en determinadas coyunturas o momentos críticos.

En cuanto a la dirección o beneficio de la ventaja, se coloca la norma penal en dos supuestos que llenan el contenido final del comportamiento típico, ya que tanto puede ser para propio beneficio del funcionario o servidor, quien reafirma así sus cuotas de poder o sus posibilidades de aumentarlas, como para favorecer a terceros con poder político o sin él, particular o funcionario, candidato o potencialmente candidato. Si el funcionario o servidor ha renunciado a sus condiciones legales públicas, existirá una

(394) Cfr. *El Peruano*, Lima, 4 de setiembre de 2002, p. 49.

condición de atipicidad. El término *terceros* que se benefician con la conducta del agente puede abarcar a particulares como a otros sujetos públicos; esta hipótesis legal extiende su marco significante para comprender los escandalosos casos de sujetos públicos que colaboran con las campañas políticas de allegados partidarios *extraneus* o de altos funcionarios que, a su vez, en una estrategia de copamiento, puede que exijan o «sugieran» desarrollar este tipo de acciones de incondicionalidad y obsecuencia cuando no sea ello consecuencia de un pésimo entendimiento de adherencias político-ideológicas desde el interior de la Administración Pública.

VI. ASPECTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

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

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

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., pero siempre será un dato objetivo, a no obviar, y definidor de la posibilidad que exista tentativa o consumación del delito el hecho de que los bienes o la prestación de servicios en juego deban inscribirse en los alcances de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, con lo

cual se limita la tipicidad a condicionamientos desprovistos de estos delimitadores típicos.

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 admisible, aunque remota.

VIII. PENALIDAD

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

La pena de inhabilitación, en un primer momento, fue modificada con la reubicación a nivel del artículo 376-A efectuada por la Ley N° 28355, a diferencia de la fórmula original incorporada al Código Penal que despertó extrañeza, ya que el legislador había fijado una pena de inhabilitación accesoria agravada por igual tiempo que la pena privativa de libertad, con lo que se quebraba el esquema general de la inhabilitación establecido por el Código para los funcionarios y servidores incursos en delitos contra la Administración Pública. La fórmula anterior incluía además un nivel más de incapacidades que las reservadas para los demás delitos de función, que solo contemplan las contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y no el inciso 4 referido a la prohibición para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria a especificar en la sentencia; inhabilitación que, sumada a la privación de la función, cargo o comisión y a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, importaba una muerte civil para el sentenciado.

Ahora la inhabilitación para los sujetos públicos sancionables por este delito se regula por la regla del artículo 426, que ha impuesto la inhabilitación principal del artículo 38, primer párrafo, del Código Penal, y según lo establecido por el artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal: incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia. Ambas restricciones se hallan igualmente contempladas en el marco general establecido por el artículo 426.

3

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Tipicidad objetiva y subjetiva. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación. **VIII.** Penalidad.

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 modificatoria de la Ley N° 30327, publicada el 21/05/2015).

I. ANTECEDENTES LEGALES

Este tipo penal fue incorporado al Código Penal por la quinta disposición complementaria transitoria de la Ley N° 30327, ley publicada el 21 de mayo de 2015, disposición que igualmente anexó agravantes al artículo 204 referido al delito de usurpación de bienes inmuebles.

La Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, fue una propuesta del Poder Ejecutivo, quien mediante Proyecto de Ley N° 3941-2014-PE hizo llegar, el 5 de noviembre de 2014, a Mesa de Partes del Congreso de la República una iniciativa prelegislativa para normar la promoción de inversiones para

el crecimiento económico y desarrollo sostenible en zonas de mayor exclusión social; proyecto que fuera objeto de evaluación, suscitara el normal concurso de observaciones, añadiduras, precisiones y modificaciones de varias comisiones y organismos públicos, para ser dictaminada según el trámite parlamentario respectivo, mereciendo textos sustitutorios de dictamen de la Comisión de Economía, Banca y Finanzas como de la de Trabajo y Seguridad Social, para finalmente convertirse en autógrafa remitida al Poder Ejecutivo y publicada en el diario oficial *El Peruano.*

Esta ley tuvo dentro de sus objetivos el simplificar los permisos y los procedimientos, así como dictar medidas de promoción a la inversión pública. Ley aplicable a las entidades públicas relacionadas con el otorgamiento de licencias, permisos, autorizaciones y similares aplicables a los proyectos de inversión privada, público-privada o de capital mixto, que fijó beneficios tributarios, precisó normas de registro de predios en Sunarp y de ejecución coactiva; reguló igualmente sobre títulos habilitantes y procedimientos de expropiación de bienes inmuebles, para la ejecución de obras de infraestructura. Tal es el contexto normativo en el que tanto el Proyecto como el dictamen final y la ley trajeron consigo el artículo 376-B, sin que en ninguno de dichos cuerpos prenormativos y el dispositivo legal existiera una exposición de motivos que sustente y explique la existencia de dicho tipo penal, su necesidad, así como los alcances jurídicos de los contenidos del tipo penal, de forma tal que sirviera de pauta para efectuar interpretación histórico-legislativa de dicho delito.

II. LA FIGURA PENAL

Nos encontramos ante un delito de infracción de deber, por lo mismo, donde no puede ser autor el particular ajeno a la Administración Pública, e incluso el funcionario o servidor no vinculado; delito especial propio con un círculo restringido de autores y con intensa vinculación funcional de estos con sus atribuciones u obligaciones regladas.

El tipo penal se halla caracterizado por la presencia de numerosos elementos normativos del tipo (derecho de posesión, título de propiedad, bienes de dominio público, dominio privado estatal, propiedad privada, etc.) y por remitirnos a normativa extrapenal para completar el marco de atribuciones y competencias del funcionario autor del delito: así, entre otras, la Ley de Gobiernos Regionales, *Ley N° 27972* (artículos 10.1-J y 15-I, que autoriza la transferencia de bienes muebles e inmuebles del gobierno regional) y la Ley de Municipalidades, *Ley N° 27967* (artículos 20.3, 27 [facultad del Alcalde de otorgar títulos de propiedad] y 59 [disposición de bienes en vía de transferencia, concesionamiento en uso o explotación, o

arrendamiento]); al igual que la *Ley N° 30025* o Ley de Adquisición, Expropiación y Posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura declaradas de necesidad pública o interés nacional (artículo 2, sujeto activo de las expropiaciones: ministerio competente del sector), ley que ha sido derogada por el *Decreto Legislativo N° 1192* (Texto Único Ordenado del 9 de marzo de 2019: Decreto Supremo N° 011-2019-VIVIENDA), dispositivo legal que aprueba el marco de adquisición-expropiación de inmuebles de "dominio privado" (artículos 9 y 24); *Decreto Legislativo N° 1089* (27 de junio de 2008), que establece el régimen temporal y extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, así como de su Reglamento.

Esta remisión a "la normatividad vigente" para completar el tipo penal descriptivo le confiere características de una ley parcialmente en blanco.

Como podrá advertirse del marco normativo de la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N° 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), no siendo aplicable a los terrenos o inmuebles de propiedad de pueblos indígenas o de comunidades campesinas o nativas.

Se trata, en resumen, de una figura especial nominada de abuso de autoridad, localizada en determinadas entidades públicas en el ámbito del otorgamiento de títulos de propiedad o derechos de posesión de bienes inmuebles. Subyacen en la base del delito comportamientos inescrupulosos de ciertos funcionarios y servidores públicos que, en materia de concesión de títulos y derechos de posesión sobre inmuebles públicos, como afirma correctamente Peña Cabrera, desbordan el umbral de la legalidad, constituyendo conductas arbitrarias lesivas a los intereses de la comunidad(395).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de protección de la norma penal busca asegurar el normal desenvolvimiento de la Administración Pública. El bien jurídico específico es de carácter múltiple. En primer lugar, la norma penal tiene como objeto asegurar la legalidad del ejercicio funcional de determinados funcionarios públicos con capacidad para adoptar decisiones sobre bienes públicos y privados, referenciándolo con exclusividad en la sujeción a la ley y el ordenamiento jurídico. Busca igualmente proteger la legalidad

(395) Peña Cabrera, Raúl: "El delito de otorgamiento ilegítimo de derechos sobre bienes inmuebles", en *Actualidad Penal*, mayo 2016, volumen 23, Lima, Instituto Pacífico, p. 154.

de la transferencia de parte del patrimonio público, a fin de excluir actos abusivos de poder y con ello el patrimonio público y en parte también 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 de emisión de títulos de propiedad u otorgamiento de derechos de posesión conforme a los requisitos establecidos por la normativa vigente.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo solo puede ser el funcionario público con capacidad de emitir títulos de propiedad u otorgar derechos de posesión sobre bienes de dominio público o de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, capacidad legal derivada de las atribuciones concedidas por la ley.

Con exclusividad, autor únicamente es el funcionario o servidor público competente para otorgar legítimamente títulos de propiedad o derechos de posesión que incurra en el otorgamiento ilegítimo de derechos de posesión o emita títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normativa vigente. Así, funcionarios de gobiernos regionales, de municipalidades, entre otros entes públicos con relación a los bienes de dominio público o los bienes de dominio privado que temporalmente administran, incluso jueces de paz, en el caso de constancias de posesión, por delegación de facultades notariales (artículo 17.5 de la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz).

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 de bienes privados, es de considerar posible extender la titularidad del sujeto agraviado también al propietario particular, sea este una persona natural, colectivo social o persona jurídica.

V. TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

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

Para tener un mayor manejo jurídico-conceptual y normativo de los componentes formales del delito en estudio habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (Ley N° 27867) y la Ley de Municipalidades (Ley N° 27972), leyes que regulan la competencia de estos organismos autónomos y de sus funcionarios en materia de transferencia de bienes, titulación y derechos de posesión, al igual que en lo establecido en las leyes orgánicas de los ministerios competentes para dichas finalidades, además del ROF y MOF respectivos; al igual que en la normativa extrapenal hecha mención en párrafos precedentes.

En este tipo de delitos se presupone la existencia de una base administrativa que regula los procedimientos de titulación y el otorgamiento de derechos posesorios, de competencia del funcionario público, y cuya normatividad es quebrantada, inobservada por el sujeto público. Para que se impute este delito 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 le está imputando no forma parte de sus atribuciones, no podrá producirse este delito.

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 normativa vigente. Ello significa un comportamiento funcional que inobserva el contenido del requisito establecido; es así lo realizado de manera irregular, lo no permitido por la ley, el comportamiento que se encuentra por fuera de lo establecido en la normativa vigente, en materia de exigencias formales y materiales para acceder al título o al derecho posesorio sobre bienes de dominio público, privado estatal o inmuebles de propiedad privada. La regulación a nivel típico de la modalidad "emite títulos" –nos dice Meneses Gómez– "se produjo a consecuencia de los múltiples actos de corrupción que se han visto a nivel nacional, donde Gobiernos Regionales, COFOPRI (antes el PETT) titulaban la propiedad de bienes de dominio público y de propiedad privada indiscriminadamente, sin que los beneficiarios hayan cumplido con los requisitos necesarios regulados en las citadas normas"[396].

Son componentes objetivos del tipo penal:

a) ***La condición funcional.*** El agente debe ser un funcionario público vinculado, esto es, con capacidad legal, que le brindan sus

(396) Meneses Gómez, Alberto: "El delito de otorgamiento ilegítimo de derechos sobre bienes inmuebles", en *Gaceta Penal*, Tomo 78, diciembre, 2015, Lima, Gaceta Jurídica, p. 98.

atribuciones para emitir títulos de propiedad u otorgar derechos posesorios. Este componente juega el papel de restringir autoría.

b) ***Otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.*** El uso del verbo declinado "*otorga*" significa expedir títulos o autorizar derechos de posesión a favor de terceros distintos a la Administración Pública, omitiendo tomar en cuenta los requisitos legales o, también, conforme a exigencias o requisitos no contemplados en las leyes vigentes. Se aprecia así un delito de naturaleza mixta formado por un comportamiento comisivo (otorga) que se posibilita mediante un comportamiento omisivo (incumpliendo 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 ilegítimo es lo que desconoce la legalidad, inobservándola, pasando por encima de ella y 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 procedimiento 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.

Ambos, tanto el título de propiedad o el derecho de posesión, son otorgados ilegítimamente por el funcionario público sobre bienes de dominio público, de dominio privado estatal o de propiedad privada, los que han sido calificados como tales por la normativa vigente.

"*Bienes de dominio público*" y de "*dominio privado estatal*" son categorizaciones conceptuales históricamente usadas –no obstante sus objetores– en el Derecho Público francés desde el siglo XIX, para establecer dos clases de bienes públicos con distinto régimen jurídico; clasificación que sirve, como nos lo indica Caroline CHAMARD, para determinar si los mismos están afectados o no a un uso o servicio público(397) como para diferenciar el otro gran escenario –pese a sus mutuas vinculaciones– de los bienes de propiedad privada, empujado y sustentado por el Derecho liberal que entronca el Derecho Romano con el Derecho actual.

De conformidad con la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su Reglamento (D. S. N° 007-2008-VIVIENDA: artículo 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, calles, vías férreas, caminos, canales, puentes, edificios, palacios, sedes institucionales, escuelas, universidades, estadios, locales penitenciarios, museos, puertos aeropuertos, minas, recursos naturales y otros) son 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. A estos bienes, denominados en doctrina "bienes demaniales", la ley, en términos generales, los considera de carácter inalienables, inembargables e imprescriptibles. 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, por lo que estos bienes no pueden ser dispuestos en enajenación que suponga transferencia de propiedad, incurriendo el funcionario en responsabilidad penal.

(397) CHAMARD, Caroline: *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution a la defintion de la notion des biens publics*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 237 & 333. La profesora Chamard –de la Universidad de Lyon– lleva a cabo en su libro una analítica exposición histórica del surgimiento del dominio público –que hace radicar sus orígenes en Mesopotamia-Egipto-Grecia- Roma– en sus relaciones con la propiedad privada. Establece las distinciones sobre bienes públicos y privados en los sistemas jurídicos occidentales. La naturaleza jurídica y disponibilidad jurídica de los bienes públicos, el papel del mercado en la creación de los diferentes bienes, los bienes públicos en los países del socialismo real. Nos muestra el debate producido en el siglo XIX, entre otros numerosos tópicos tratados en la brillante tesis de la destacada jurista francesa.

Los bienes públicos, en doctrina, admiten clasificaciones diversas: bienes estrictamente estatales no destinados a uso público, bienes de dominio público para uso y disfrute público, bienes públicos de dominio compartido con el sector privado, bienes públicos de dominio interestatal, bienes de dominio compartido en bloques o uniones de Estados, etc.

Bienes de dominio privado estatal son aquellos bienes de propiedad del Estado (edificios, fincas, terrenos eriazos o cultivados, etc.) que tienen 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 a 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(398). La alienabilidad de los bienes de dominio privado estatal se ha considerado que alivia, en parte, las cargas fiscales de la Administración y a la vez permite que bienes considerados por lo general "muertos" ingresen al tráfico jurídico, con la consiguiente vigorización de la economía.

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, Ley N° 27972, hacen referencia a los bienes de patrimonio municipal.

Los *bienes inmuebles de propiedad privada* son aquellos bienes de particulares que, por razones de necesidad pública o seguridad nacional, a que alude tanto el artículo 4.5 del Decreto Legislativo N° 1192 como el artículo 29 de la Ley N° 30327, se hallan bajo el marco de los bienes expropiables, dispuestos por ley, previo pago justipreciado por parte del Estado. Aquí la norma efectúa una precisión al indicar que dichos bienes son inmuebles, lo cual daría a entender que en el caso de los bienes de dominio público ellos pueden ser tanto inmuebles como muebles. Igualmente, no hace

(398) Al respecto, véase de Gosálbez Pequeño, Humberto: *Régimen jurídico general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Madrid, Editorial Lex Nova, 2002, p. 21 y ss.

uso del término "dominio", sino "propiedad", lo que puede entenderse en el sentido de que la propiedad es un poder que produce una relación directa material y personal entre el titular (el sujeto particular) y la cosa con valor patrimonial, a diferencia del "dominio", circunscrito a una forma de poder que incluye relaciones impersonalizadas sobre el bien o cosa con valor patrimonial en el mercado.

Como se puede advertir fácilmente, este delito tiene como base necesarios filtros administrativos que establecen el contenido de la infracción del deber y, por ende, permiten una diferenciación de la relevancia penal de la administrativa. Otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emitir ilegalmente títulos de propiedad supondrá entonces una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar seriamente el patrimonio y servicio público, y, por lo mismo, la imagen de la Administración.

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 las posibilidades legales de transferencia de propiedad o de traslado de derechos de posesión de los bienes de dominio público, privado público como de los bienes de propiedad privada. Tanto la Ley de Gobiernos Regionales como la Ley de Municipalidades, entre otras, fijan requisitos para proceder a la transferencia o titulación de bienes públicos en favor de terceros.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El dolo con el que actúa el agente comprende tanto el conocimiento de su condición funcional, la calidad de los bienes de dominio público, de dominio privado estatal como de los inmuebles de dominio privado. Igualmente, el agente debe representarse mentalmente que se halla actuando de modo ilegítimo al otorgar derechos de posesión y emitir títulos de propiedad, ello no implica necesariamente conocimiento de la ilicitud del procedimiento previo. Finalmente, el conocimiento abarca el de los requisitos legales, que para el caso concreto del derecho posesorio o del título no se cumplen; conocimiento que es integrado por la voluntad de adoptar decisiones de conformidad con dicho conocimiento.

VII. CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando se otorga el derecho posesorio al favorecido indebidamente o cuando se emite el título. Es un delito de resultado que admite momentos de tentativa dado el conjunto de pasos previos para llegar a dichos resultados comisivos.

VIII. PENALIDAD

El artículo 376-B conmina al autor con pena privativa de libertad de cuatro a seis años.

El tipo penal contempla una modalidad agravada de este delito, por 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 inmuebles; hipótesis legal que deberá ser de conocimiento por parte del funcionario para que pueda imputársele la modalidad agravada del delito.

4

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** El elemento normativo: «ilegalmente». **VII.** Los comportamientos típicos: 1. Primera modalidad delictiva: omitir algún acto de su cargo. 2. Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo. 3. Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido. **VIII.** El elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Incumplimiento funcional agravado. **XI.** Participación. **XII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación y exculpación. **XIII.** Penalidad. **XIV.** Casos. **XV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Italia (1930). 3. Panamá (1982). 4. Costa Rica (1970).

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 modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23/11/2015).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente directo del tipo básico lo hallamos en el artículo 338 del Código Penal de 1924[399], que en lo sustancial es idéntico al elaborado en 1991, difiriendo en el uso en tiempo presente de los verbos y en lo relativo a las sanciones.

(399) Código Penal de 1924, artículo 338: *"El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare o retardare algún acto de su oficio será reprimido con multa de la renta de tres a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por no más de un año".*

La fuente extranjera de donde se tomó el modelo, por orden de importancia, está constituida por el artículo 249 del Código Penal argentino de 1922[400], aún vigente; el artículo 178 del Código Penal italiano de 1889; y más lejanamente el artículo 328 del italiano de 1930.

II. LA FIGURA PENAL

La figura penal peruana de incumplimiento de obligación es un esquema cuya técnica legislativa es de receptación-integración. Es decir, ha sido –reajustando los tiempos verbales– construido tomando los componentes de otros modelos legales extranjeros. Así, del Código argentino se ha copiado todo el componente descriptivo: «El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusase hacer o retardare algún acto (...)». Del Código italiano de 1889 se ha tomado la frase «acto de su cargo». El reajuste o readaptación de los tiempos verbales se ha producido al cambiar el tiempo futuro al presente en los verbos rectores «omite, rehúsa o retarda». Otra adecuación observada en el texto peruano con relación al argentino es no haber copiado completo el núcleo rector «rehusare hacer», idéntico al italiano, sino únicamente «rehúsa».

Con este dispositivo legal, que contiene en su estructura el elemento normativo «ilegalmente», que además acude a verbos rectores omisivos y que extiende la relevancia penal a los «actos propios del cargo» del funcionario, nos hallamos al igual que en el caso anterior –en menor grado de intensidad, por cierto– frente a un tipo genérico de incumplimiento de función, no siendo correcto señalar que sea este delito un abuso específico o nominado de abuso de autoridad.

En el tipo penal de incumplimiento de funciones se entrecruzan, objetivamente, la relevancia administrativa con la relevancia penal de los actos funcionales, jugando un papel de primera importancia la existencia del dolo para diferenciar, en tal contexto, la simple infracción culposa o administrativa de los actos u omisiones jurídico-penalmente relevantes.

Al igual que sucede con el abuso genérico de autoridad, este delito es un escenario de transgresiones dolosas en el cual se aprecian las circunstancias anómalas de la relación entre el Estado (las diferentes reparticiones públicas) y el ciudadano o, más ampliamente, las personas naturales o jurídicas. Donde debieran existir interacciones ajustadas a legalidad y

(400) Código Penal argentino, artículo 249: *"Será reprimido con multa de 750 a 12500 pesos e inhabilitación especial de 1 mes a 1 año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".*

respeto por los derechos de los ciudadanos, que materialicen los fines institucionales se producen comportamientos arbitrarios de incumplimiento funcional que contrarían la legalidad de los actos funcionales. Sin embargo, el ámbito de relevancia penal por este delito no puede construirse con expectativas de comportamiento carentes de exigibilidad o legalidad o en pretensiones subjetivizadas de hacer o cumplir a capricho del ciudadano o persona jurídica. Existe el deber del intérprete de analizar los contenidos administrativos de actuación que contienen las competencias de los actos del cargo al igual que las posibilidades materiales de realización de los actos exigibles, lo primero, para descartar tipicidad; lo segundo desde el ángulo de la justificación o exculpación de comportamientos. Solo entonces, una vez superados dichos enfoques analíticos, podrá afirmarse el ámbito de relevancia penal del incumplimiento funcional.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina argentina e italiana es unánime al considerar que el objeto de la tutela penal consiste en proteger el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública; la que debe estar asegurada contra la inercia y/o la lentitud dolosa de los funcionarios públicos(401).

Si bien el tipo penal en estudio está materialmente orientado a proteger al ciudadano y la colectividad de los actos abusivos de los órganos del Estado, también la protección comprende a otros sujetos públicos que potencialmente pueden resultar perjudicados con el comportamiento del funcionario. Sin embargo, al tratarse de un delito de peligro y al no requerir el tipo penal de perjuicio real, la circunstancia de que el delito afecte a personas naturales y jurídicas (distintas de la Administración Pública) no es razón suficiente ni válida para considerarlas titulares del sujeto pasivo del delito. Obviamente, ello no implica negar que quien resulte perjudicado –sin que ello constituya elemento del tipo penal–, es decir, el tercero agraviado, puede requerir el resarcimiento que el Derecho Penal le debe asegurar(402).

Al haberse incluido este tipo de comportamientos bajo el rubro «abuso de autoridad», se está connotando con ello que estamos ante una variedad

(401) Véase al respecto: SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. V, cit., p. 143; CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, T. 2, cit., p. 261; MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Vol. III, cit., pp. 363-367; PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 284; ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, cit., p. 636.

(402) Véase PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 285.

de abuso de naturaleza omisiva que, a diferencia del artículo anterior del Código, se circunscribe a los actos o pasos inherentes al desarrollo de los deberes funcionales administrativos del funcionario público, y que pueden presentarse tanto al interior de la Administración Pública como fuera de ella en relación directa con las expectativas legítimas de los administrados.

El bien jurídico específico, por tanto, con este delito se concreta en garantizar un correcto funcionamiento –en su ejercicio– de los actos de función –interna como externa–, inherentes a los cargos públicos, detentados por funcionarios, bajo criterios de eficiencia y rapidez como forma de evitar perjudicar formalmente la Administración Pública y potencialmente a los terceros, en la orientación constitucional de garantizar la realización de los fines institucionales de la Administración.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Al tratarse de un delito de infracción de deber, autor tan solo puede ser el funcionario público a título singular o colegiado –en las diversas jerarquías o escalas de competencia que señale la ley o el reglamento respectivo– que se encuentra obligado a cumplir con el acto de función, no otro funcionario que carece de dicha obligación o a quien le falta competencia por la función para realizar el acto (salvo delegaciones expresas realizadas por autoridad competente). Tampoco puede ser autor el servidor o empleado público, ni el auxiliar o asistente, dado que la autoría es restrictiva a los vinculados especiales, es decir, a quienes tienen la facultad legal o reglamentaria de realizar el acto por exigirlo así el marco de sus funciones. Tiene que tratarse de un funcionario –no necesariamente una autoridad– que haya asumido formal y materialmente sus funciones, ya sea que se halle integrado a la estructura de la administración estatal o participe del ejercicio de funciones públicas, o sea a quien se le ha asignado debidamente el rol de cumplir los actos de función. Al cesar la calidad pública del funcionario (jubilación, renuncia aceptada, destitución, cese, término contractual, etc.) finaliza también su calidad de sujeto activo de delito.

Es determinante para configurar el sujeto activo del delito "funcionario público" que incumple los deberes del cargo, tener que recurrir a la normativa administrativa –legal o reglamentaria– que fija las atribuciones y competencias específicas al tiempo en que sucedieron los hechos, con base en las jerarquías y funciones correspondientes. Ello será decisivo para efectuar el análisis del comportamiento típico en cualquiera de las tres modalidades establecidas en el tipo legal.

Igualmente, el factor tiempo es importante para delimitar actos penalmente relevantes de los que ya no lo son. El tiempo de desempeño funcional desde una perspectiva jurídico-penal se puede definir como el ámbito temporal de posibilidad de actos delictivos. Cabe precisar que el tiempo de desempeño funcional abarca incluso el lapso que reglamentaria o decisoriamente se requiera para la rendición del estado de cuentas por parte del funcionario que por diversas causas haya definitivamente terminado en su cargo.

V. SUJETO PASIVO

Es sujeto pasivo la Administración Pública (el Estado).

El particular, no obstante, que puede resultar agraviado no es sujeto pasivo del delito. La razón de esto último radica en la eventualidad y accesoriedad representada, para el Derecho Penal, de los perjuicios producidos sobre el particular; lo cual no impide que, como agraviado, pueda exigir la reparación civil al Estado. BENUSSI participa de la idea de que sujeto pasivo es la Administración Pública como igualmente la colectividad en cuyo interés deben desarrollarse las actividades propias del funcionamiento de la Administración[403].

VI. EL ELEMENTO NORMATIVO: «ILEGALMENTE»

Con el empleo, en el tipo penal de incumplimiento de obligaciones propias del cargo, del adverbio «ilegalmente» se ha querido enfatizar la gravedad del comportamiento del sujeto activo, quien orienta dolosamente su conducta en inobservancia de lo ordenado por la ley o contra lo reglado por la misma en el desenvolvimiento de sus actos, de forma tal de diferenciarlo de aquellas conductas que resulten por negligencia u otras variedades de culpa, por imposibilidades funcionales o técnicas, o se sustenten en comportamientos indebidos, hipótesis todas que radican relevancia administrativa. Se aparta así el modelo peruano de las hipótesis legales italiana (artículo 328 del *Codice penale*) y colombiana (artículo 424), que utilizan la palabra "indebidamente".

El agente actúa "ilegalmente" cuando, debiendo actuar de conformidad a lo que establece la ley o el reglamento, en el marco de la competencia (atribuciones y funciones) de su cargo; sin embargo, no lo hace, configurando un caso bastante ejemplificativo de un delito de infracción de deber,

(403) BENUSSI, Carlo: *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 695.

que excede la sola infracción administrativa. Se trata así de un comportamiento del funcionario público que conoce su deber y, por lo tanto, toma conciencia de la ilegalidad de sus actos omisivos, de rehusamiento o retardo.

La relevancia penal de los comportamientos de incumplimiento funcional rebasa entonces las simples implicancias de las faltas administrativas, ya que deben estar necesariamente acompañadas por el dolo y la ilegalidad. De no existir ilegalidad –por permitirlo así alguna norma, reglamento o protocolo conforme al ordenamiento jurídico– en el incumplimiento del funcionario, el hecho dejará de ser relevante penalmente, conforme ha tenido oportunidad de así declararlo la jurisprudencia nacional. En tal sentido, la ejecutoria suprema del 6 de octubre de 1997, Exp. N° 4464-96-Arequipa, que declaró la ausencia de comisión del hecho delictivo al no concurrir dicho componente esencial del tipo penal(404). La ausencia de ley o normativa reglamentaria sobre la obligación de actuar apunta en igual dirección de atipicidad (faltaría el elemento normativo legal que obliga a actuar), dado que la norma es puntualmente precisa en determinar que el comportamiento se inscriba en el ámbito de legalidad, lo cual supone que el funcionario pueda actuar incumpliendo una obligación legal poseída por él, lo que resulta imposible si no tiene el deber de actuar o carece de la facultad funcional, o su ámbito de competencia es distinto del exigido, y que constituye el fundamento de la imputación penal. Así, la ejecutoria suprema del 16/04/1998 decidió que: «*No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado consistente en haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos*»(405).

El ámbito de las facultades discrecionales podría limitar en parte este espacio de atipicidad en la medida que la ley lo prevea para determinados funcionarios, en defecto de previsión legal, situación en la cual se constituirá en un marco debatible para abonar la irrelevancia penal, lo que no dificulta dejar expedita la vía administrativa para dilucidar el ámbito de responsabilidad. La imposibilidad de actuar por razones técnicas o de infraestructura, objetivamente verificadas, es una razón que le quita igualmente fuerza a la ilegalidad del supuesto. Mendoza Troconis resume en una frase bastante ilustrativa el estado de dificultades que debe el funcionario

(404) Véase en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, cit., p. 395.

(405) Ejecutoria suprema del 16/04/1998, Exp. N° 4689-97-Junín. Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 644.

superar con base en el espíritu de la función y del cumplimiento del deber: "No puede un funcionario abstenerse de decidir so pretexto de oscuridad, porque está en la obligación de aplicar su criterio y conocimientos; ni de insuficiencia, porque las leyes señalan los medios para hacerlas suficientes; ni de silencio, porque las mismas indican lo que debe hacerse en caso de que no exista disposición especial aplicable; ni de contradicción, porque con la apreciación de los hechos, puede estimarse cuál disposición de las que colidan debe aplicarse"[406]. Recomendaciones que será útil tomar en cuenta a efectos de filtrar los supuestos de incumplimiento doloso.

El vocablo «ilegalmente», contenido en el tipo penal 377, es de sentido específico y genérico. *Específico*, en cuanto quiere decir contra la ley, fuera de la ley o con inobservancia de lo dispuesto por la ley y reglamento para el caso concreto. *Genérico*, por cuanto no pormenoriza el contenido de dicha ilegalidad, la misma que tiene como referentes para completar su significado contextual a los verbos rectores y las características que ofrezca el supuesto de hecho imputado, así como la información jurídico-legal en posesión y bajo conocimiento del juez, que muestre el marco de competencias y atribuciones del funcionario[407]. Si el sujeto público tiene, como señala RANIERI, la facultad de rechazar, omitir o retardar el cumplimiento del acto, deberá excluirse la ilegitimidad de su conducta, con tal de que el ejercicio de esa facultad no exceda las normas que regulan el ejercicio del cargo o servicio, o también no sea contrario al fin para el cual se ha constituido dicha facultad[408]. No obstante, continúa dicho eximio penalista, el delito existe si el funcionario se niega a cumplir el acto porque lo considera ilegal, pero el motivo de su negativa no se funda en la ley ni en ninguna disposición de autoridad competente, es decir, no bastará el argumento de que el funcionario está autorizado a incumplir.

La ilegalidad del comportamiento omisivo comporta, por lo tanto, una arbitrariedad asumida por el funcionario público, en el marco de un derecho por parte del que puede resultar potencialmente agraviado, y un abuso contra la Administración Pública, la agraviada jurídicamente. *Ilegalidad* es aquí, en términos prácticos, sinónimo de *ilegitimidad formal*. Si bien el primer término jurídico tiene que ver con el derecho positivo quebrantado;

(406) MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de Derecho Penal venezolano. Compendio de Parte especial*, Caracas, Empresa el Cojo, 1967, p. 135.

(407) No se trata de que el juez haga una valoración, como sostiene PORTOCARRERO HIDALGO (*Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 111), pues donde la ley fija obligaciones y pautas de ejercicio funcional, la labor del juez se circunscribirá a recoger la información vigente y suficiente al respecto para cerciorarse de lo ilegal o legal de tales comportamientos.

(408) RANIERI: *Manual de Derecho Penal*, Tomo III (Parte especial), cit., p. 305.

y la segunda expresión, con calificaciones jurídicas de los actos del funcionario, ambas locuciones se encuentran a través del delito 377 del Código Penal peruano en una equiparidad funcional de significados.

La condición de ilegalidad del comportamiento que exige el tipo penal se convierte así en una característica normativa de primera importancia, en un filtro de tipicidad, en un presupuesto típico imprescindible e indesligable –desde la perspectiva de enfoque de los actos del funcionario– para el análisis del supuesto de hecho denunciado, que le permitirá al operador posesionar correctamente la labor de interpretación jurídico-penal y no extraviarse en los solos quebrantamientos administrativos de las competencias del cargo.

VII. LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Es suficiente que el agente dolosamente incurra en alguna de las tres modalidades establecidas en el tipo penal y señaladas mediante los verbos rectores *omite*, *rehúsa* o *retarda*, para que su conducta sea típica del delito de incumplimiento de obligaciones, no obstante que a la omisión o al rehusamiento le puedan seguir el retardo, lo cual no implica progresividad en el delito, pues cada modalidad se reputa de por sí consumada. Constituye punto básico de partida para la tipicidad de los comportamientos del funcionario que este se halle obligado por ley o por el cargo a cumplir los actos omitidos, rehusados o retardados.

1. Primera modalidad delictiva: omitir algún acto de su cargo

El sustantivo *«cargo»* es sinónimo de puesto u oficio, es decir, la previsión de atribuciones y obligaciones legalmente establecidas y cohesionadas en un marco específico de competencias, y que le son previas e inherentes a un funcionario público. Actos del cargo son así competencias administrativas, políticas o roles a los que está obligado a cumplir el funcionario, actos de cuya legalidad y legitimidad no debe existir duda sobre su existencia.

Se aprecia con el uso de la frase "algún acto del cargo" que el tipo penal sigue manteniendo una naturaleza genérica, aunque, claro, supeditada a tres modalidades específicas de comportamiento omisivo, lo que le confiere una nota menor de vaguedad que la que registra el tipo penal 376. Y su generalidad está dada por el hecho de que no hace precisiones, por ejemplo, si el acto de su cargo (omitido, rehusado o retardado ilegalmente) tiene que ver con cuestiones relacionadas a la economía, salud, ambiente, orden público, seguridad, higiene o sanidad, o con criterios de

justicia jurisdiccional o administrativa, que le hubieran dado mayor precisión, como sucede con otros tipos penales del contexto legislativo comparado. La única precisión que se ha producido es con la incorporación de la agravante introducida por la Ley N° 30364. "Algún acto del cargo" no lleva consigo ninguna calificante específica que permita restringir o circunscribir el análisis a determinados actos funcionales por la materia, esto es, posee un rango amplio de aplicación.

Omitir es el acto de inercia, el no realizar el acto funcional debido, es la negativa voluntaria –no en tanto respuesta, sino de actitud del sujeto público– a cumplir con un acto al cual está obligado, por ley o reglamento, realizar el funcionario público en el marco de las competencias de su cargo. Es, igualmente, dejar de hacer el acto al que está obligado por ley, exista o no requerimiento al respecto –tema que, sin embargo, dependiendo del caso, deberá ser evaluado por el juez en sus particularidades de modo tal que no lo conviertan en un supuesto delictivo de rehusamiento–. Omitir, también tiene el significado de actuar de modo distinto a lo debido, ya que la concepción penalmente relevante de la omisión no solo es la inactividad. Manifestaciones del verbo rector omitir todas dolosas[409]. RANIERI puntualiza que la omisión penalmente relevante por este delito también puede consistir en la formación dolosa de un acto nulo o arbitrario, que equivale a la negación o la omisión del acto que debe ejecutarse; constituyendo el obstruccionismo una expresión de delito si es pretexto para la negativa, la omisión o el retardo de un acto del cargo[410].

No se trata, obviamente, de cualquier omisión de actos de cumplimiento en la que incurre el funcionario, que pueda tener su origen en causalidades que no interesan al Derecho Penal, sino solo aquella que tiene el suficiente poder o idoneidad para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido, por lo que no será suficiente que el acto esté dentro de sus facultades o competencias ni de que pueda realizarse, sino que deba ser realizado, no siendo –en rigor– un asunto a discreción del funcionario público, sino un deber (su deber) llevar a cabo el acto propio del cargo.

(409) En la doctrina argentina, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia italiana, se diferencia entre omisión expresa y tácita, siendo la primera aquella que resulta cuando hay una petición tanto de un particular como de un superior jerárquico; será implícita cuando se presenta la realización consciente de un acto nulo y el llamado obstruccionismo burocrático (DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 173).

(410) RANIERI: *Manual de Derecho Penal*, Tomo III (Parte especial), cit., p. 305. Véase también BUOMPADRE, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Mave Editor, 2001, p. 144.

La omisión tiene, como el resto de verbos rectores que concentran tipicidad por delito de incumplimiento, una naturaleza genérica, en tanto permiten conglobar un amplio y abierto cúmulo de comportamientos, que, de presentarse una omisión de acto funcional específico regulado en la ley penal, perderá aplicabilidad en virtud del principio de especialidad, que obliga a preferir el tipo especial frente al genérico, en una suerte de solución del concurso de normas penales. Esto sucede, por ejemplo, con relación al delito de omisión de denuncia regulado en el artículo 407 del Código o frente al incumplimiento de la función fiscal de ejercitar denuncia penal, establecida en el artículo 424.

No se requiere, en esta modalidad de incumplimiento, que previamente exista requerimiento, puesto que está en el marco de los deberes del funcionario público cumplir con los actos funcionales que omite ilegalmente. Si el agente que omitió cumple con el acto –sin que existan causas de justificación–, se perfecciona entonces el retardo, lo cual no le quita tipicidad al hecho, simplemente varía el modo o forma de comisión. Sin embargo, y en determinados casos que deben ser evaluados minuciosamente, puede llegar a tener importancia el requerimiento hecho llegar –administrativamente o de forma directa y expresa al funcionario– por el particular o incluso por otro funcionario (superior jerárquico) o servidor público a efectos de verificar probatoriamente el comportamiento doloso omisivo. Considerar, de modo general, que el requerimiento previo forma parte intrínseca de la conducta típica podría significar confundir las características de la omisión con el rehusamiento.

Es interesante destacar la acotación hecha por Sebastián SOLER[411], quien, siguiendo a MANZINI, sostiene que el incumplimiento de los actos se refiere a los que sean el contenido de la función y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos (que, por ejemplo, consisten, entre otros, en faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario, etc.), que a lo sumo constituirán infracciones administrativas. Estos actos se convierten en delictivos cuando pasan a vincularse dolosamente con el contenido de la función, es decir, cuando se presentan para omitir algún acto propio del cargo, por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional: tramitar un hábeas corpus, emitir una resolución, practicar una diligencia, formular una denuncia, etc.).

La doctrina (ANTOLISEI, PAGLIARO, TAGLAIRINI, BENUSSI, entre otros) y la jurisprudencia italiana distinguen entre actos omisivos explícitos e

(411) Véase SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. V, cit., p. 143; MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Vol. III, cit., p. 370.

implícitos. Los primeros, referidos a respuestas orales, por escrito, solemne o formalmente al requerimiento de cumplimiento; los segundos cuando no existe respuesta o el aplazamiento del acto se torna indefinido, operando por *facta concludentia,* esto es, por hechos inequívocos de la voluntad omisiva: actos obstruccionistas, cumplimientos afectados de vicios de nulidad.

Se puede omitir el acto funcional debido dejando correr dolosa e indefectiblemente los plazos, practicando huelga blanca(412), colocándose dolosamente en la imposibilidad de cumplir (por ejemplo, destruyendo documentos), ausentándose intencionalmente para no asumir sus deberes, etc. Pero igualmente se puede omitir el acto debido haciendo lo no debido (por ejemplo, el alcalde, viciando dolosamente una licencia o autorización municipal, extraviando la documentación, o concediendo el funcionario, intencionalmente, autorización, licencia, registro o concesión sin firma ni sello, etc.)(413).

La Corte Suprema, en ejecutoria del 14/01/2000, precisa lo siguiente: omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer en un determinado tiempo o momento; rehusar, cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente; mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función(414).

El silencio administrativo positivo es atípico para configurar delito de incumplimiento funcional, al considerarse cumplido el acto. El silencio administrativo negativo, dependiendo de las características del caso, puede habilitar la interposición sustentable de una denuncia penal para el esclarecimiento del caso, en un escenario complejo en el cual las acciones legales, administrativas y judiciales están expeditas para su activamiento.

(412) Siempre y cuando no se trate de la materialización de un legítimo derecho de huelga, con las restricciones legales al respecto, lo que tornaría atípico el delito.

(413) Un caso explícito de incumplimiento de obligaciones en la modalidad omisiva es aquel en el cual un mayor de la Policía Nacional y un instructor formulan un atestado por faltas, no obstante tener en su poder el certificado médico legal que da como resultado 7 días de atención facultativa por 45 días de incapacidad para el trabajo. Ocurrido en la Delegación Policial de Apolo –La Victoria– Lima el 21 de junio de 1995 (ejecutoria suprema del 15 de enero de 1998, Exp. Consulta N° 1029-97-Lima). Asimismo, el caso de los policías que no siguen el procedimiento policial establecido en sus intervenciones, no dan cuenta en el momento a sus superiores, no levantan el acta correspondiente, ni llevan a la persona intervenida a la delegación respectiva (ejecutoria suprema del 2 de diciembre de 1997, Exp. N° 236-97-La Libertad).

(414) Ejecutoria suprema del 14/01/2000 (Sala C), Exp. N° 5201-99-Loreto, *Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas legales, Tomo 288, mayo, 2000, p. A-74.

2. Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo

Rehusar es rechazar el acto funcional, propio del cargo, peticionado, comunicar al recurrente la voluntad de no cumplir. Dice PAGLIARO, rehusar significa manifestar a quien ha requerido el acto la voluntad de no cumplirlo, la negativa a cumplir(415).

El rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario (el superior jerárquico o autoridad competente), el particular o un colectivo social requiera, con las formalidades del caso, del sujeto activo la realización de un acto debido o conforme a sus deberes y que este rechace, niegue o no acepte realizar el acto funcional mediante escrito, verbalmente o a través de otro acto que implique negativa (no admitiendo el recurso, rompiendo el documento, etc.).

Esta modalidad de incumplimiento funcional se construye, en su lógica de tipicidad, con la necesaria presencia de un previo requerimiento expreso que la parte interesada o destinataria del acto de función o el superior jerárquico haga llegar al funcionario competente, requisito que permitirá patentizar la petición y el deber de actuar como el comportamiento doloso de rehusamiento a cumplir con el acto del cargo. Ello permite entender que esta modalidad delictiva acontece en escenarios que han sido demandados o accionados, generalmente, por fuera de la Administración por personas distintas al funcionario obligado, como por igual al interior del procedimiento interno de la propia Administración Pública que obligan a cumplir al sujeto público vinculado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha asumido la tesis de que si no ha existido requerimiento previo, no se produce el hecho típico. Así, la ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002, Exp. N° 3071-2011-Puno(416).

Como es fácil advertir, el rehusar es un comportamiento complejo, a diferencia de la simple omisión, pues supone necesariamente una actividad en sentido negativo. Asimismo, constituye una delicada tarea del juez llegar a la prueba o convicción de la existencia del rehusamiento, por cuanto pueden interferir a menudo circunstancias que podrían tornar atípico o justificado el rechazo (por ejemplo, amenaza, violencia, causas de justificación, etc.).

(415) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 290.

(416) Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 108.

3. Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido

El *retardo* (o *demora*), a diferencia de los anteriores comportamientos delictivos contenidos en verbos rectores, es un cumplimiento diferido del acto debido sin justificación alguna, esto es, ilegalmente, deteriorando de esta manera la imagen de la Administración Pública[417] y, en determinados casos, generando potenciales efectos perjudiciales a terceros.

El retardo del acto debido presupone que el agente pospone, aplaza, retrasa o atrasa ilegalmente el cumplimiento del acto más allá de los términos legalmente fijados o fecha límite (piénsese, por ejemplo, en las notificaciones fuera de término imputables a dolo del funcionario, en la orden para la salida del penal, la resolución de hábeas corpus luego de dos años de su trámite en el juzgado o el tribunal constitucional). A diferencia de la omisión, en la que simplemente no se ejecuta el acto esperado del funcionario, y del rehusamiento, en el que hay una expresa renuencia a cumplir con sus deberes, en el retardo existen plazos establecidos que el funcionario dolosamente no observa, realizando el acto debido inoportunamente a capricho suyo.

La lógica penalmente relevante del retardo implica, en primer lugar, que el acto debido tiene que cumplirse bajo determinados plazos o temporalidades, es un acto indiferible no sujeto a criterio discrecional o caprichoso del funcionario; en segundo término, que el retardo doloso contiene un elemento de potencialidad lesiva a los intereses del usuario o recurrente. Es, en suma, una expresión de menosprecio del poder estatal para con los derechos o intereses legítimos del ciudadano o colectivo social, que en determinados y sensibles casos puede tener consecuencias de suma lesividad, no incluidas en el tipo penal.

El retardo puede manifestarse también mediante prácticas obstruccionistas imputables al funcionario, aduciendo razones subjetivas, esto es, sin base objetiva de su ocurrencia material o exagerando la existente (excesiva carga procesal, por ejemplo), o inventadas imposibilidades materiales (falta de personal, etc.). Los plazos juegan un papel vital para que se perfeccione el delito, el juez deberá tener en cuenta los plazos ordinarios y perentorios para graduar la ilicitud del comportamiento. En defecto o inexistencia de

(417) La ejecutoria superior del 22/09/1998 de la Sala Penal de Apelaciones con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima señala que «se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna, ver en BACA CABRERA: cit., p. 514.

plazos, como indica MANZINI, se deberá tomar como referente el «tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales»[418].

Debido a las múltiples deficiencias del sistema de la Administración Pública, la carencia de adecuados sistemas de gestión de trámites, procesos y causas –en sentido amplio–, además de los endémicos males del burocratismo, son muy comunes en el país los retardos de base administrativa que no llegan a adquirir relevancia penal, incluso con cuadros de mora procedimental bastante apreciables, como la que sucede en el área sanitaria, judicial o procesal constitucional, con marcado perjuicio potencial y real a los usuarios, ciudadanos y colectivos sociales.

Asimismo, es frecuente que las fiscalías y juzgados acudan a esta modalidad del tipo penal de incumplimiento funcional ante la ausencia de criminalización en el denominado delito de retardo en la administración de justicia consignado en el *nomen iuris* "Denegación y retardo de justicia" que precede al artículo 422 del Código Penal, que fuera anómalamente receptado de la legislación argentina olvidándose los legisladores de copiar el texto descriptivo que dotara de contenido a dicho delito, que decía, en el segundo párrafo del artículo 273 del Código Penal argentino: *"En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia, después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales"*. La pena a la que se refiere dicha norma es la del primer párrafo, que establece la de inhabilitación absoluta de 1 a 4 años para el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio en la ley.

Resultan de interés los siguientes desarrollos de la **jurisprudencia penal casatoria italiana** con relación al delito de *Rifiuto di atti d'ufficio* del artículo 328 del Codice Penale:

> "En tema de omisión de actos de oficio el deber de respuesta del funcionario público (*pubblico ufficiale*) presupone que se haya iniciado un procedimiento administrativo, quedando fuera de la protección penal aquellas solicitudes que por capricho o puntualidad irrazonable solicitan de la Administración Pública una actividad que la misma considera razonablemente superflua e innecesaria" *(Cass. Pen., sez. VI, 4 gennaio 2012, n. 79).*

(418) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 371; PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 306.

"Si bien el delito de omisión de actos de oficio protege los intereses de la Administración en vista de la búsqueda de fines públicos, ello no excluye –en línea teórica– que el interés público pueda coincidir con un interés privado, hipótesis en la cual el delito adquiere carácter pluriofensivo. Sin embargo, para que esto suceda es necesario que el juez determine si el interés público coincide con el interés privado" *(Cass. Pen., sez. VI, 3 maggio, 2000, n. 1181).*

"La solicitud del particular que corresponde a una obligación de responder o ser activada por el funcionario público, debe reflejar un interés personal y directo en la emisión de un acto o disposición identificable en una posición jurídica subjetiva de derecho o de interés legítimo" *(Cass. Pen., sez. VI, 13 novembre 2003, n. 43492).*

"Para los fines de la configuración del elemento subjetivo del delito de denegación de actos oficiales, es necesario que el funcionario público sea consciente de su comportamiento omisivo, debiendo representarse y desear la realización de un evento contra la ley, sin que la negativa de cumplimiento encuentre alguna justificación plausible a semejanza (*alla stregua*) de las normas que regulan el deber de actuar" *(Cass. Pen., sez. VI, 10 settembre 2015, n. 36674).*

"En el delito de omisión de actos oficiales subsiste el elemento sicológico cuando el funcionario público tenga consciencia de haber injustificadamente omitido de dar respuesta al requerimiento del particular" *(Cass. Pen., sez. VI, 2 agosto 2007, n. 31669).*

La **jurisprudencia penal argentina,** por su parte, efectúa las siguientes importantes precisiones:

"Para que se configure el delito de violación de los deberes de funcionario público, contemplado en el artículo 249 del Código Penal, que reprime al funcionario que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio, este debió haber obrado con conocimiento de que retardaba un acto de su función pública, por lo cual la existencia de una justa causa para apartarse del dispositivo legal o reglamentario pertinente, excluye el tipo referido. No comete delito el director ejecutivo de ANSES que dio cumplimiento tardío a una sentencia judicial, pues justifica su obrar –y por ende, elimina la ilegalidad de su conducta– la delicada situación por la que atraviesa el sistema previsional, siendo un estado generalizado en el ámbito de aquella dependencia" *(CN Crim. y*

Correc., sala I, 12/06/2000, Bramer, Markovic, Alejandro, La Ley 2001-B, 552, DJ 2001-2, 406 La Ley Online).

"Cabe sobreseer al jefe de gobierno de la ciudad de Buenos Aires por el delito de incumplimiento de deberes funcionales, al cual se le atribuye haber omitido disponer las medidas necesarias para el ejercicio del poder de policía respecto de locales bailables, si la relación que unía a este con los funcionarios encargados de ejercer dicho control se enmarcaba en un supuesto de desconcentración administrativa, pues la configuración del citado delito exige la competencia del sujeto activo para cumplir con el deber cuya omisión se reprocha (...). La presunción de que el funcionario que ocupa el mayor lugar en la escala jerárquica debe conocer todo lo que hacen los funcionarios subordinados, debe aceptar, a los efectos de un reproche penal, la posibilidad de prueba en contrario ya que, de no ser así se estaría legitimando una atribución objetiva de responsabilidad contraria al principio de culpabilidad" *(CN Crim. y Correc., sala V, 20/09/2006, Ibarra Aníbal, La Ley 2007-B, 807, La Ley Online).*

"Debe confirmarse el procesamiento por delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público con relación a un policía que, con ocasión de los sucesos de los que resultó lesionada una persona, se negó a realizar cualquier tipo de acto, principalmente solicitar ayuda médica, pues con esta omisión incumplió los deberes funcionales de su cargo" *(CN Crim. y Correc., sala V, 19/07/2006, Anre, Fernando y otros, La Ley Online).*

"Corresponde procesar como coautores del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, a aquellos agentes (inspectores) que habrían omitido realizar un control periódico del funcionamiento de los locales bailables, a pesar del informe de la Defensoría del Pueblo que alertaba sobre las deficientes condiciones de seguridad de estos, pues debe concluirse que los imputados tenían conocimiento de que estaban incumpliendo los deberes que les imponía su cargo. La falta de inspección del local bailable por parte de los imputados no alcanza para imputar a aquellos la muerte y las lesiones sufridas por los asistentes a un recital organizado en dicho lugar –en el caso, a raíz de un incendio–, ya que sostener lo contrario significaría adoptar un sistema de responsabilidad penal objetiva" *(CN Crim. y Correc., sala V, 21/12/2005, Chaban, Omar y otros, La Ley 2006-B, 109, La Ley Online).*

VIII. EL ELEMENTO SUBJETIVO[419]

Es suficiente para que el delito se produzca que el sujeto activo obre con dolo eventual. Es decir, el tipo penal no exige una finalidad especial, ni que el agente haya actuado de modo ex profeso para obtener provecho, causar perjuicio o actúe a sabiendas, reforzantes subjetivos que acompañan siempre al dolo directo. El dolo eventual requiere tan solo de representación mental (conocimiento de la ilegalidad del acto omisivo) y aceptación del hecho ilegal (voluntad no dirigida o difusa), a diferencia del dolo directo que supone orientar la voluntad hacia un propósito determinado por parte del sujeto activo (en este caso, el funcionario público). A contrario de lo que piensan algunos autores[420], el tipo penal no tiene indicadores subjetivos o pautas para considerar restrictiva la tipicidad subjetiva, esto es, que solo puede cometerse con dolo directo. Considerar igualmente –para fundamentar la tesis del dolo directo– que el hecho de que el funcionario conozca los elementos del tipo penal, esto es, que es funcionario público, que el acto que omite es propio de su función, que la omisión es ilegal y que tenga además la posibilidad de actuar, como indica DONNA, parece no ser acertado, en la perspectiva de los presupuestos de dicha forma de dolo[421].

La existencia de *error de tipo* invencible en el comportamiento del funcionario público vinculado hace atípica la figura penal, pues deja de existir el dolo y, por lo mismo, el delito.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En las tres modalidades se trata de delitos dolosos de peligro y de simple actividad omisiva, es decir, que se consuman sin necesidad de que se produzca un resultado material o un perjuicio, al verificarse la omisión, el rehusamiento y el retardo de los actos funcionales, esto es, cada modalidad

(419) Ejecutoria suprema del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 5676-97, Cono Norte-Lima: "Si no existen elementos convincentes que lleven a la certeza que el encausado, oficial de la Policía Nacional, haya actuado dolosamente en los actos arbitrarios imputados, al disponer que la labor investigadora fuere efectuada por un oficial subalterno, pero sí la convicción de que actuó negligentemente al no dictar las medidas correctivas pertinentes, sus actos no se subsumen en el delito doloso por naturaleza del abuso de autoridad".

(420) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* cit., 2ª edición, p. 242. Dice ABANTO: *"El delito es doloso. Es más, si se admite el perjuicio para alguien, como elemento del tipo objetivo, el funcionario, al conocer y querer este elemento, tendrá que actuar siempre con dolo directo"*. REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, cit., pp. 290-291. Considera REÁTEGUI que el delito es de dolo directo: *De la estructura de la fórmula legislativa se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo será posible su comisión por dolo directo.*

(421) DONNA, Edgardo: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 202.

con sus propias características de tipicidad, el delito queda consumado instantáneamente. Como se ha indicado –ya que ello nace de su estructura semántico-jurídica–, en el rehusamiento la consumación se produce cuando previo al requerimiento el funcionario expresa su negativa o renuncia al cumplimiento del acto sin causa alguna que justifique su comportamiento. En el incumplimiento por omisión, el delito se consuma con la negativa expresa concluyente o implícita a realizar o hacer el acto debido, no hacer o hacer algo distinto a los actos obligados de cumplimiento legal. Los plazos o términos para el cumplimiento de los actos juegan aquí un papel de referente objetivo de primera importancia en la modalidad de retardo, la cual se perfecciona cuando se deja pasar el límite máximo temporal para realizar el acto propio del cargo.

Sobre la posibilidad de tentativa, la doctrina italiana y argentina presentan consenso al considerar que, por tratarse de delitos de simple actividad omisiva consumibles en un solo acto, no resulta posible(422). En el caso de rehusamiento, donde observamos la confluencia de varios actos en la ejecución del delito, es posible la presencia de formas de tentativa (por ejemplo, la inacabada) cuando el funcionario ante el requerimiento cumple parcialmente el acto, o si al expresar su negativa expresa simultáneamente en conexión temporal cumple igualmente con el acto de su cargo. El desistimiento es perfectamente admisible en el rehusamiento y el retardo.

Si el agente que omitió el acto se arrepiente y actúa, su comportamiento no deja de ser típico, pues el delito ya se consumó. Quedará a criterio del juez tal circunstancia para efectos de la atenuación de la pena a aplicar (valoración como atenuante).

X. INCUMPLIMIENTO FUNCIONAL AGRAVADO

En el año 2015, el tipo penal de incumplimiento funcional fue ampliado mediante una circunstancia de agravación por acción de la Ley N° 30364 (23/11/ 2015), Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. La naturaleza

(422) Al respecto, cabe decir que aún domina en sectores amplios y tradicionales de la doctrina el criterio simplista de que en los delitos de actividad no puede haber tentativa, por cuanto ya la acción misma es consumación del delito. Esta posición, asimilada en América por Soler, Fontán Balestra y Creus, entre otros, no toma en cuenta que no es una simple definición o una cuestión de estereotipo formal repetido a coro lo que va a posibilitar o impedir la producción de formas de tentativa jurídicamente relevantes. Lo básico y sustancial en tal interrogante dogmático reside en si el acto de simple actividad u otro ofrece fragmentación de actos en el tiempo. De ser positiva la respuesta, la tentativa es factual y jurídicamente existente. Véase, al respecto, Rojas Vargas, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., pp. 277 y 432.

de la agravante está relacionada a calificaciones del incumplimiento ilegal en razón a garantías personales y violencia familiar: es decir, cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales están referidos a una solicitud de garantías personales o algún caso de violencia familiar, supuestos en los que 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 encargados de extender al solicitante las garantías personales requeridas en resguardo y protección de su vida. Los funcionarios subprefectos distritales son (de conformidad al artículo 125, numeral 10 del ROF del Ministerio del Interior, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-IN) los encargados de brindar dichas 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 y PNP para que se encargue de materializar la 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 artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General); procedimiento bastante complicado y engorroso temporalmente, dadas las características propias de la dinámica de la violencia familiar.

XI. PARTICIPACIÓN

Al tratarse de un delito especial de función en el cual el sujeto activo funcionario público es un obligado que infringe deberes al cometer la conducta típica, los casos de coautoría solo estarán circunscritos a funcionarios públicos igualmente obligados en la misma posición de deber, no podrá ser autor o coautor un *extraneus* o ajeno a la Administración Pública.

En las tres modalidades delictivas resulta admisible la instigación por particulares, servidores o incluso otros funcionarios en cualquiera de las variantes típicas. Los casos de complicidad se restringen notablemente dada la naturaleza omisiva de los actos de incumplimiento cometidos directamente por el funcionario.

XII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Puede haber atipicidad:

- Por inexistencia del elemento normativo «ilegalmente»[423]. Al no existir ley o norma específica que obligue al acto o por ausencia de competencia.
- Por ausencia de la calidad de funcionario público, o de competencia funcional[424], o no ser su obligación realizar el acto que se le atribuye incumplió[425]. Por no detentación del cargo imputado.
- Por ausencia de dolo[426].

2. Causas de justificación y exculpación

El funcionario público puede justificar su comportamiento atendiendo a las siguientes razones legales:

a) La obediencia jerárquica (artículo 20, inciso 9).

b) Estado de necesidad justificante (artículo 20, inciso 4)[427].

---

(423) Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 1997, Exp. N° 4464-96-Lima: "No constituye delito el hecho de haber omitido el juez ordenar la necropsia de ley, si no ha actuado ilegalmente al incurrir en dicha omisión".

(424) Ejecutoria suprema del 16 de abril de 1998, Exp. N° 4689-97-Junín: "No existe delito de incumplimiento funcional si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resuelve la queja interpuesta por el agraviado se debe a la carencia de competencia del acusado en la fecha de los hechos para pronunciarse respecto a la queja administrativa interpuesta".

(425) Así, véase la interesante argumentación que se observa en el dictamen fiscal supremo de fecha 13 de noviembre de 2001, en el Exp. N° 3071-2001 (Sala Penal Transitoria) -Puno (en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 110), en el sentido de que la imputación de haber el contador público omitido (rehusado) entregar los libros de contabilidad a su cargo, pese a haber sido requerido por el nuevo alcalde, no significa incumplimiento de función, ya que dichos actos no son el contenido de la función del contador de la municipalidad, sino más bien actos para cumplir con su función que a lo sumo constituirían una infracción administrativa.

(426) En la jurisprudencia penal argentina se considera que el delito de violación de los deberes de los funcionarios públicos supone en la conducta del incriminado la conciencia del *fraudem legis*, excluyente del error o de la culpa. Véase ALMEYRA, Miguel Ángel: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Penal Parte especial*, Tomo I, Volumen 3, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 744.

(427) "No constituye acto punible, menos aún acredita responsabilidad penal, el hecho de haber dispuesto, la directora de colegio nacional, mediante memorándum, el no ingreso a las instalaciones del Centro Educativo a los directivos de la Asociación de Padres de Familia, mientras estos no hicieran entrega de la documentación respectiva a la nueva directiva de la APAFA, con el fin de

c) El acatamiento de ley o reglamento que temporal o excepcionalmente justifica la conducta de incumplimiento.

d) Error de prohibición invencible.

XIII. PENALIDAD

La sanción penal principal es doble, tanto privación de libertad de dos días hasta dos años como máximo, como también multa de treinta a sesenta días-multa, a la que se agregará como pena accesoria la de inhabilitación (artículo 36 del Código Penal).

Se agrava la severidad de las penas con relación al abuso genérico de autoridad, pues se ha incluido como pena principal también la de multa.

XIV. CASOS

Veamos como ejemplo los siguientes casos: policía que no deja dolosamente constancia o acta de su intervención en el secuestro de un arma de fuego; funcionario público que, advertido de que una obra de construcción de carretera (o edificio, etc.) se ejecutaba en trasgresión a las normas, omitió deliberadamente realizar el control debido; fiscal que, aduciendo su amistad con el denunciado, rechaza y no da trámite a la denuncia interpuesta ante su despacho por un particular (caso muy frecuente en zonas y pueblos alejados de la capital); entrega de licencia de funcionamiento de negocio cuando ya la mejor temporada de ventas ha pasado; negativa o rehusamiento del juez a emitir la orden de excarcelación.

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

> «Código Penal de Argentina (1922), artículo 249: *Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio*».

Como se aprecia, esta fórmula que data de 1922 sirvió de base para realizar la transcripción a la legislación penal peruana, cambiando únicamente

salvaguardar los bienes de la referida asociación" (ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1998, Exp. N° 2610-97-Áncash.

el tiempo futuro de los verbos al presente indicativo en tercera persona; y variando el vocablo «de su oficio» por la palabra «cargo». En donde sí se observa una diferencia sustancial es en la pena de multa[428], que es relativamente considerable (750 a 12,500 pesos), mientras que la misma está considerada muy levemente en el tipo penal peruano. La inhabilitación especial que establece el Código Penal argentino en su artículo 20 produce la privación del empleo, cargo, profesión o derecho, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena (condena que, como se lee del artículo 249, es solo inhabilitación de 1 mes a 1 año).

2. Italia (1930)[429]

«Código Penal de Italia (1930), artículo 328, modificado por Ley N° 86 del 26 de abril de 1990*: El funcionario público o el encargado de un servicio público que indebidamente rechaza un acto de su oficio que, por razones de justicia o de seguridad pública o de orden público o de higiene y sanidad, debe ser cumplido sin retardo, será castigado con reclusión de 6 meses a dos años.*

Fuera de los casos previstos en el primer apartado, el funcionario público o el encargado del servicio público que dentro de los 30 días de la demanda hecha por el interesado no cumple el acto de su oficio o no responde para explicar las razones del retardo, será castigado con reclusión hasta de 1 año o con la multa de hasta mil treinta y dos euros».

La actual redacción del artículo 328, a diferencia de la original de 1930, ha precisado las circunstancias o casos en los que el comportamiento omisivo del agente incurre en la tipicidad del incumplimiento de acto de oficio o función. De esta manera, el tipo genérico ha sido especificado. Naturalmente que no es esta redacción la fuente legislativa tomada por el legislador peruano, sino el artículo original de la redacción de 1930.

La novedad que nos trae el artículo 328 (reformado en 1990) es la indicación supletoria y complementaria de los 30 días de plazo para el cumplimiento del acto de servicio que no tenga plazo expreso, a contar a partir

(428) El monto de la multa fue readecuada del austral al peso y reajustado por Ley N° 24.286, del 29 de diciembre de 1993.

(429) Hasta antes de la reforma del indicado artículo, el artículo 328 decía lo siguiente: "*El oficial público o el encargado de un servicio público que indebidamente rehúsa, omite o retarda un acto del oficio o del servicio, es castigado con la reclusión hasta de un año o con multa de hasta 10,000 liras. Si el oficial público, es un juez o un funcionario del Ministerio Público hay omisión, negativa o retardo, cuando concurren las condiciones requeridas por la ley para ejercer contra ellos la acción civil*".

de la demanda o solicitud del interesado, complemento que sirve al juzgador para precisar la relevancia penal del comportamiento y que permitirá controlar –tal es la orientación político-criminal italiana al respecto– la irregularidad del funcionamiento de los agentes que representan a la Administración Pública.

Cabe indicar que el artículo 328 del Código Penal italiano en sus dos redacciones emplea el vocablo *«indebidamente»* y no el término *«ilegalmente». Indebidamente* para MANZINI es sinónimo de *ilegítimo* o *arbitrario*[430], ampliándose de este modo el sentido ilícito del acto.

3. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (2007), artículo 338: *El servidor público que ilegalmente rehúse, omita o retarde algún acto propio de su cargo, será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana».*

4. Costa Rica (1970)

*«*Código Penal de Costa Rica (1970), artículo 339: *Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuando está obligado a hacerlo.*

(430) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 375.

5

DENEGACIÓN DE AUXILIO POLICIAL

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Precisiones. 2. El elemento normativo: sin causa justificada. 3. La legalidad del requerimiento de la autoridad civil. 4. La naturaleza del auxilio. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Circunstancias agravantes del delito. **X.** Participación. **XI.** Concurso de delitos. **XII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Justificación y exculpación. **XIII.** Penalidad. **XIV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Italia (1930). 4. Guatemala (1973). 5. Portugal (1982). 6. España (1995).

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 modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23/11/2015).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente nacional directo más cercano se halla en el artículo 341 del Código Penal de 1924: *«El jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiera o retardara sin causa justificada la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido*

con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena».

La fuente extranjera de importancia utilizada como referente fue el modelo del artículo 250 del Código Penal argentino de 1922, el cual a su vez se inspiró en el artículo 179 del Colegio italiano de 1889. La segunda fuente extranjera de importancia a tomar en cuenta es el artículo 329 del Código Penal italiano vigente.

II. LA FIGURA PENAL

A diferencia de la redacción del anterior Código Penal de 1924, se ha empleado en el vigente el nombre propio del funcionario a quien va dirigida la norma penal: el policía. Esto obviamente fue posible tras el proceso de centralización y unificación de los diversos sectores policiales, producido por Ley N° 24949 del 25 de noviembre de 1988; es por eso que hoy es posible utilizar la frase genérica «Policía Nacional». Esta precisión igualmente nos diferencia nominalmente, en punto del sujeto activo específico, tanto del modelo italiano como argentino.

La definición legal del delito de denegatoria de auxilio reúne una serie de componentes normativos como descriptivos: un sujeto específico, tres verbos rectores que configuran tres modalidades de comisión omisiva, ausencia de justificación, petición de auxilio legalmente requerido y autoridad competente que pide la prestación de auxilio. Se observa así un apreciable celo garantista en la observancia de las formas para no incurrir en excesos de imputación contra el funcionario policial, de forma que no se lesione el debido principio de coordinación que debe existir entre las entidades oficiales.

Señalar que estamos ante un delito de desobediencia, como indica ABANTO VÁSQUEZ[431] implicaría partir de la concepción errónea de que los policías guardan (o deben guardar) deber de obediencia a toda autoridad civil competente, lo cual no se concilia con la función de colaboración y ayuda institucional que por mandato constitucional es característica de la Policía Nacional y que este autor también reconoce[432]. El criterio de obediencia no es una pauta que pueda servir para fundar la existencia de este tipo penal, poseyendo más bien carácter autoritario, ya que se la está

(431) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, primera edición, Lima, Palestra, 2001, p. 202.

(432) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, primera edición, cit., p. 202.

vinculando no con el nivel interno institucional, sino con el extenso y variado medio externo público extrapolicial, el cual es muy diverso y disímil en cuanto a la autoridad competente facultada para requerir el auxilio policial.

Los modelos en la legislación penal extranjera, excepción hecha de Argentina, presentan diseños legislativos variados con semejanzas y algunas distinciones en relación al texto peruano. Así, el Código Penal italiano emplea una forma muy genérica para referirse al contenido de la exigencia, pero que, sin embargo, permite ser precisada tomando en cuenta las funciones de los sujetos activos específicos a los que toma como autores: el militar y al agente de la fuerza pública que omite o retarda indebidamente el requerimiento realizado por la autoridad competente; entendiéndose por fuerza pública a los carabineros, los guardias de finanzas, los agentes de seguridad pública y los agentes carcelarios. El Código Penal español, en un esquema de mayor cobertura que el peruano, ofrece una amplia gama de supuestos legales diferentemente penalizados que van desde formulaciones genéricas (supuesto primero del artículo 412) hasta específicos casos de negativa de prestar el auxilio correspondiente en los que puede incurrir el funcionario público –en sentido amplio o específicamente la autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública– para auxiliar a particulares en delitos que amenazan la vida, integridad física, libertad sexual, salud o libertad. La misma amplitud se observa en el artículo 381 del Código Penal portugués, cuyo artículo 381 regula el delito de negativa del funcionario a colaborar con la administración de justicia y cualquier servicio público. Por su parte, el artículo 424 del Código Penal de Colombia tipifica el delito de rehusamiento o demora indebida de apoyo del agente de la fuerza pública a la autoridad competente.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El supuesto de hecho contenido en el artículo 378 es una variedad específica de la figura punitiva 377 del Código sustantivo[433], razón por la cual el objeto de la tutela penal, es decir, el bien jurídico, está representado por el aseguramiento del normal y adecuado cumplimiento de las funciones públicas que se vería afectado en su eficiencia y eficacia ante la denegatoria de los actos de colaboración policial para con la autoridad civil. Político-criminalmente se ha querido proteger a la Administración

(433) Lo que para algunos tratadistas hace innecesaria la existencia de este tipo penal (véase, al respecto: SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. V, cit., p. 144), y que desde otro ángulo de enfoque ha originado que incluso esta figura sea sacada del Código Penal para integrarla al Código de Justicia Militar, como es el caso de Colombia.

Pública, enfatizando la obligación de la Policía de acudir con el auxilio respectivo de la fuerza pública de la que esta investida, para apoyar al desarrollo normal o excepcional (según el caso) de los actos y resoluciones de la autoridad civil.

Al haberse construido el tipo penal de denegatoria de auxilio policial comprendiendo también a los particulares en situación de peligro y de aquellos que solicitan garantías o que se hallan en estado de vulnerabilidad, el bien jurídico específico da cuenta de la legalidad del ejercicio de la función policial –de naturaleza constitucional– orientada a brindar servicios de auxilio y colaboración a la población.

Como indica QUINTERO OLIVARES, subyace a ese deber policial el principio de colaboración entre los poderes del Estado(434).

En la doctrina portuguesa, RIBEIRO DE FARIA nos habla de un bien jurídico múltiple. Así, considera junto a penalistas tales como João ALFAJA y Luís OSÓRIO que, además de la buena marcha (*bom andamento*) de la Administración Pública, se tutela el valor "obediencia", funcionando el tipo penal como instrumento de control e incentivo de la regularidad y eficiencia de la actividad administrativa. Pero igualmente se protege la cooperación de los funcionarios para los fines perseguidos por la misma Administración(435). Comprensible deseo legal, nos dice QUINTERO OLIVARES, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (STS N° 793/2006 de 14 de julio) de prestar solidez y cobertura legal al deber de colaboración entre los diferentes sectores de la Administración Pública y de esta y los demás poderes entre sí. Ningún poder público puede actuar prescindiendo de los otros poderes, ni tampoco puede estimar que los fines generales del interés público son de su exclusiva competencia(436).

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

En exclusividad el sujeto activo del delito es el policía nacional peruano(437). A diferencia de lo que sucede en el artículo 251 del Código Penal ar-

(434) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1159.

(435) RIBEIRO DE FARIA, Paula. *Comentario conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo III, artigos 308 a 386 (obra colectiva dirigida por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, 2001, p. 768.

(436) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10 edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 1679.

(437) Para un estudio de los diferentes conceptos de policía, su historia y funciones, revisar el útil trabajo de NÚÑEZ BORJA, Humberto: *Breve tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Arequipa,

gentino, que se refiere al jefe o agente de la fuerza pública, la norma penal nacional alude solo al policía. Se ha superado de este modo la alusión a la frase «agente de la fuerza pública» (Código de 1924) por un sujeto con nombre propio y concreto. El policía ha sido normativamente considerado por nuestro Código Penal como funcionario público de acuerdo a las actividades que esté desempeñando y que concuerden con las establecidas en su ley orgánica y de funciones, así como con las pautas genéricas de nivel constitucional, consideración que es correcta y pertinente, pues el policía nacional que cumple función policial es funcionario público, con independencia de su estatus administrativo. Esta mención general al policía que efectúa la norma nacional puede que, en una primera aproximación, traiga problemas al momento de individualizar al sujeto activo, por cuanto no todo efectivo policial podrá reunir las características de persona obligada a brindar auxilio a la autoridad civil.

El término "policía", empleado por el Código Penal, es restrictivo, es decir, solo hace referencia al integrante de las fuerzas policiales que cumple funciones públicas, no comprendiendo a los policías municipales, vigilantes o policías particulares, entre otros.

El artículo 166 de la Constitución peruana a la letra indica: *«La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras»*(438). Tal es la llamada *función policial* que deberá desarrollarse siempre bajo el marco de las leyes y reglamentos.

1973, p. 388 y ss.; véase también extensamente, Fiorini: *Derecho Administrativo*, T. II, cit., p. 16 y ss.

(438) La Ley de la Policía Nacional del Perú, Decreto Legislativo N° 1267, del 18/12/2016, establece las siguientes atribuciones y obligaciones en su Título Preliminar como en su normativa ordinaria: "Artículo II. Naturaleza. *La Policía Nacional del Perú es un órgano de carácter civil al servicio de la ciudadanía, que depende del Ministerio del Interior con competencia administrativa y operativa para el ejercicio de la función policial en todo el territorio nacional, en el marco de lo previsto en el artículo 166 de la Constitución Política del Perú.*
Artículo III. Función policial. *Se desarrolla en el marco de su finalidad fundamental descrita y definida en el artículo 166 de la Constitución Política del Perú, ejerciendo sus funciones en su condición de fuerza pública del Estado. La Policía Nacional del Perú para el cumplimiento de la función policial realiza lo siguiente: 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, el orden público y la seguridad ciudadana; 2) Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad; 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado; 5) Vigila y controla las fronteras; 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población; 7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia.*

La norma penal ha empleado el término «policía» en singular y de forma genérica, de forma tal que el incumplimiento o la denegación del auxilio no comprometa simbólicamente a la institución. No se ha diferenciado si el sujeto es un jefe o un subordinado, uniformado o sin uniforme; *basta que se trate de un policía en actividad realizando función o servicio*

(...). El personal de la Policía Nacional del Perú ejerce la función policial a dedicación exclusiva y obligatoria en todo momento, lugar y circunstancia.

Artículo 2. Funciones. *Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, el orden público y la seguridad ciudadana; 2) Mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público; 3) Promover e implementar mecanismos de coordinación y articulación en favor de la seguridad ciudadana; 4)Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; 5) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones; 6) Brindar seguridad y protección al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministro de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento correspondiente; 7) Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales; 7-A) Prevenir e investigar la comisión de delitos relacionados con el empleo de sustancias químicas, incluidos los insumos químicos, productos y subproductos o derivados, maquinarias y equipos utilizados para la elaboración ilegal de drogas y minería ilegal; 8) Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente; 9) Practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivado de la función policial; 10) Realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del Fiscal, en concordancia con el Código Procesal Penal y las leyes de la materia; 11) Investigar la desaparición y trata de personas; 12) Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia; 13) Vigilar y controlar las fronteras, así como prestar apoyo a la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio; 14) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial; y de manera subsidiaria las normas de transporte en la red vial nacional; así como garantizar, mantener y restablecer el libre tránsito y seguridad vial; 15) Garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones; 15-A) Garantizar el cumplimiento del Código Administrativo de Contravenciones de la Policía; 16) Participar subsidiariamente, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en la seguridad de los establecimientos penitenciarios y en seguridad externa del traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad vigente; 17) Participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente; 18) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes; 19) Garantizar la seguridad y protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales; así como la de los turistas y sus bienes; 20) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país; 21) Identificar a las personas con fines policiales; 22) Participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales; y, 23) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.*

público. Esta generalidad y amplitud del término no ha permitido que normativamente se entre a detallar qué tipo o cuerpo de policía es el encargado de brindar el auxilio, o si cualquier efectivo policial es el obligado(439), cuestión esta última que resultará de los estrictos ámbitos de competencia de los cuerpos especializados de la Policía Nacional según la naturaleza del auxilio solicitado(440). De ahí se explica las precisiones normativas de la figura penal: que no exista causa justificada para el incumplimiento del apoyo y que el requerimiento se ajuste a la legalidad. Sujeto activo del delito es el policía obligado funcionalmente a prestar colaboración con la autoridad civil; asunto que puede traer consigo algunas dificultades de interpretación en la medida que el solo hecho de ser policía no supone necesariamente ser sujeto obligado a practicar dichos actos de cumplimiento. El uso del singular indeterminado no excluye, en modo alguno, que la autoría recaiga en varios policías o un conjunto de policías nacionales, de una delegación o comisaría(441), o de varias.

V. SUJETO PASIVO

Es el Estado a través de la autoridad civil competente, como órgano funcional de la Administración Pública.

Tanto la autoridad que hace el requerimiento como el particular en situación de peligro son los directamente perjudicados.

(439) La especialización en las actividades y competencias de la Policía Nacional ha alcanzado un alto y sofisticado grado de diversificación que está relacionada a su estructura orgánica (Decreto Legislativo N° 744), fundamentalmente conformada de órganos de comando, consultivos, asesoramiento, control, apoyo, ejecución y ejecutivo-funcionales. Por citar algunos ejemplos, tenemos la policía de tránsito y carreteras, fiscal, judicial, de turismo, de penales, de seguridad del Estado, antidrogas, contra el terrorismo, metropolitana, forestal, de servicios especiales, ecológica, de fronteras, de investigación criminal, técnico-criminalística, administrativa, etc., cada una de las cuales tiene asignada específicas atribuciones.

(440) Buompadre: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 150, considera en este punto *que no están comprendidas aquellas personas que aun cuando pertenezcan a la fuerza pública* (de acuerdo a la fórmula argentina), *solo ejercen funciones meramente administrativas o técnicas*. Si bien el artículo 250 del Código Penal argentino hace alusión al jefe o agente de la fuerza pública, lo que se entiende por tal concepto es similar a lo que comprende la Policía Nacional en el Perú, es decir, la Policía federal, Gendarmería nacional, prefectura naval, Policía aeronáutica, fuerzas de seguridad y penitenciarias.

(441) La noción doctrinaria y conceptual de *"policía"* no es uniforme. Así, se habla de policía como conjunto de reglas impuestas por la autoridad pública a los ciudadanos para hacer reinar el orden, la tranquilidad y la seguridad en el Estado. Por otro lado, se habla de ella como cuerpo institucionalizado, es decir, como *"fuerza pública"*. Una tercera acepción se refiere a la policía como ente personificado y concreto. Se habla, asimismo, de *Poder de Policía* para indicar desde un punto de vista subjetivo la facultad de dictar reglas e imponerlas o, desde una acepción objetiva, como conjunto de actos de ejecución de los reglamentos y de las leyes.

QUERALT considera que sujeto pasivo es ante todo la comunidad, después el requiriente y, eventualmente, un particular[442]; enfoque que va a tono con la desformalización de los delitos de abuso de autoridad en la legislación española que enfatiza los derechos de las personas naturales o colectivos sociales.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

1. Precisiones

Las modalidades de los comportamientos son las mismas que las del artículo 377, es decir, *rehusar*, *omitir* o *retardar*, solo que aquí con relación a la prestación de un auxilio que es en realidad de naturaleza institucional, llevada a cabo por los efectivos policiales. Por lo tanto, nos remitimos a lo dicho en el análisis del referido tipo penal.

Al haberse señalado específicamente al «policía» en esta figura penal, no se está con ello exceptuando a dicho funcionario de la relevancia penal que sus actos puedan asumir según otras figuras penales, por ejemplo, de abuso genérico o incumplimiento genérico de obligación. La figura del artículo 378 es específica para un comportamiento denegatorio de auxilio legalmente solicitado. El ámbito de obligaciones del policía excede ampliamente el marco del auxilio denegado; por cierto, dicho ámbito se halla conminado tanto por disposiciones del Código Penal como de las leyes penales militares (Código de Justicia Militar).

El policía, en tanto sujeto obligado a actuar en apoyo de la autoridad civil, obviamente no puede ser considerado como la persona que recibe de la autoridad civil la orden de actuar, pues dicho deber no se sustenta en órdenes, sino en el marco constitucional de las funciones policiales. Tendrá que evaluarse no solo su deber de actuar, sino las posibilidades reales de cumplir con el acto de apoyo requerido, a efectos de no convertir el auxilio policial en un concepto que pierda su naturaleza y sea objeto de desnaturalización.

2. El elemento normativo: sin causa justificada

Para que carezca de ilicitud penal la denegatoria, ya sea a nivel de rehusamiento, omisión o retardo, tiene que estar basada en una causa justificada. Al hablar el tipo penal de *causa justificada* se está refiriendo a las

(442) QUERALT, Joan. *Derecho Penal español*. Parte especial, sétima edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1197.

que están indicadas en la ley[443] o la que resulte de la ponderación y evaluación de circunstancias que tornen impracticable la ejecución del auxilio requerido, o cuando el requerimiento de auxilio o el objetivo de este último importe claramente la comisión de algún delito o la instrumentalización de la Policía Nacional para fines personales o políticos de la autoridad civil, además de la imposibilidad material, logística o personal de cumplimiento; situaciones en las cuales es legítimo el derecho del Policía a negarse al requerimiento que le hace la autoridad[444]. Tales circunstancias deberán ser puestas en conocimiento inmediato de la autoridad civil solicitante y constituirán causa justificada de la denegación.

De no existir causa justificada que ampare la omisión, rehusamiento o retardo, el comportamiento del policía será ilegítimo, ilícito penalmente.

3. La legalidad del requerimiento de la autoridad civil

La figura penal peruana ha querido restringir el ámbito de la fuente productora del requerimiento al circunscribirlo a la *autoridad civil,* excluyendo

(443) Código Penal peruano (causas eximentes o atenuantes):
"Artículo 20.- "Está exento de responsabilidad penal:
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
a) Agresión ilegítima;
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y,
c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;
4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:
a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y,
b) Cuando se emplea un medio adecuado para vencer el peligro;
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;
10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición".

(444) La evaluación de las causas de justificación no contempladas expresamente en la ley produce frecuentes problemas de interpretación, tanto a nivel de desempeño policial como de ponderación judicial. Los "manuales de procedimientos operativos policiales" no pueden servir legalmente de justificación para el desempeño funcional de los actos de la policía, ya que constituyen tan solo pautas, recomendaciones y orientaciones para el desarrollo de las técnicas y procedimientos policiales, máxime si, por ejemplo, en varias de dichas recomendaciones se indica la detención de personas fuera de los casos en los que la Constitución Política lo permite. Los manuales operativos deben servirle al policía tan solo de marcos de referencia, por encima de los cuales deberá actuar siempre conforme a su Ley Orgánica y la Constitución del Estado. El artículo 65 del Decreto Legislativo N° 745 (8 de noviembre de 1991) establece la siguiente jerarquía normativa a la que está obligado el policía nacional: Constitución Política, leyes, reglamentos, directivas y órdenes superiores.

de este modo las órdenes de las jerarquías policiales (cuestiones que se ventilarán en los fueros policiales respectivos). La autoridad civil que solicita u ordena el auxilio policial puede ser el alcalde, un juez civil, penal, el Ministerio Público, autoridades del Ejecutivo, electoral, Parlamento, de salud, etc., pero no obviamente la autoridad policial o militar. La frase "autoridad civil", en realidad, cubre a todo funcionario, que en la lógica de colaboración interinstitucional requiera auxilio policial. No estamos aquí ante un problema de relación jerárquica de quien pide y quien recepciona estando obligado a cumplir con el auxilio, ello es una cuestión carente de interés penal, esto es, resulta irrelevante, por lo mismo no se trata de un problema de desobediencia, sino de incumplimiento funcional, de violentamiento del deber de auxilio en el que se encuentra el efectivo policial.

El concepto «autoridad civil» abarca –como precisa CREUS– a cualquiera de los poderes del Estado, con las excepciones anotadas.

Requisito de partida de este delito es la existencia de un requerimiento efectuado por la autoridad o funcionario competente, cuyo contenido material preciso y claro en su finalidad está referido a la prestación de un auxilio policial, requerimiento dirigido a la institución policial respectiva para su canalización interna, en determinados casos directamente al policía nacional. No se trata, en rigor, de un pedido de apoyo en términos de voluntariedad(445), sino de obligatorio cumplimiento en condiciones de razonabilidad.

La legalidad del requerimiento de auxilio significa, en primer lugar, que sea una autoridad civil competente quien lo ordena (requisito de validez de origen), sin que ello signifique que se trate de un superior jerárquico; luego, que observe las formalidades del caso, esto es, se encuentre redactado o planteado de conformidad a la forma determinada por ley (validez formal); igualmente, es requisito su razonabilidad exigible, pues no se puede requerir auxilio policial para actos ilegales o delictivos.

Es opinión mayoritaria en la doctrina(446) que el control de la legalidad material, es decir, lo justo o injusto del contenido del requerimiento,

(445) Véase RIBEIRO DE FARIA: *Comentario conimbricense do Código Penal, Parte especial*, cit., p. 769.

(446) Véase, por ejemplo, FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, T. VII, cit., p. 235. QUINTERO OLIVARES precisa que: "El que recibe la petición de colaboración no puede poner en duda la legalidad o procedencia de lo solicitado, aunque deberá constatar que la solicitud procede de quien tenga competencia para formularla (por ejemplo, puede no atender la solicitud de remisión de una información formulada por un funcionario que no es ni el juez ni el Ministerio Fiscal). Pero puede también valorar la propia capacidad para atender la petición, ya sea por faltar plenamente esa capacidad, ya por estar el requerido vinculado por una relación jerárquica que no puede soslayar y que le impida sustraerse a la previa autorización para actuar" (*Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1680).

no ingresa al campo discrecional del policía de forma tal que este rechace el requerimiento por injusto[447]. Aspectos de control de la legalidad formal, por parte de la Policía Nacional, son en cambio aceptados bajo ciertas condiciones de razonabilidad. Sin embargo, la exclusión del control material tiene sus límites; es cierto que el policía no tiene facultad para evaluar la legitimidad sustantiva del requerimiento y decidir con base en ella si presta o no su colaboración, pero tampoco resulta exigible lícitamente que esté obligado a participar en actos ilegales, delictivos o inconstitucionales. FONTÁN BALESTRA cita unas bien logradas frases de GONZALES ROURA al respecto que resultan útiles reproducir: si el requerimiento fuere hecho por persona no investida de autoridad, o esta no fuera la civil, o siéndolo no fuere competente, o de serlo no hiciere el requerimiento de acuerdo con ley, no procederá la aplicación de la norma penal[448].

La formalidad del requerimiento puede revestir diversas variantes: ser escrita, debidamente rubricada y sellada, verbal, emitida por la autoridad competente, por medio directo o por vía indirecta o utilizando las vías informáticas. No bastará el pedido simple para que se asuma relevancia penal, sino que este deberá ser exigido poniendo de manifiesto la autoridad de quien lo suscribe o formula.

Sin embargo, el rigor de los formalismos del requerimiento puede verse afectado en situaciones de emergencia o catástrofes, donde la superditación del auxilio policial a requisitos formales podría afectar los actos de la Administración Pública y el ejercicio de las funciones públicas[449].

4. La naturaleza del auxilio

Si bien la norma penal no lo dice, el auxilio solicitado o apoyo prestado por el policía o la entidad policial que nace y halla fundamentación en el dispositivo constitucional citado anteriormente, puede consistir en una gran variedad de prestaciones o aportes: de presencia, técnica, de garantías para al desarrollo de diligencias judiciales, actuaciones públicas oficiales o

(447) La realidad de los casos prácticos rebasa a veces el marco teórico, cuando la injusticia y prepotencia se amparan en las investiduras formales de autoridades corruptas. El juez evaluará y calificará las justificaciones que ameriten el caso. Al policía que se ve obligado a actuar en situaciones de ilegalidad material le ampara el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, que exime de relevancia delictiva su comportamiento. El policía no es un instrumento para cumplir órdenes a ciegas; por la importancia de su función constitucional, por honor y por decoro tiene el deber y el derecho de tomar conocimiento pleno del contenido y alcances de las órdenes a él destinadas y, en determinados casos, poner de manifiesto su resistencia.

(448) FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, T. VII, cit., p. 236.

(449) En igual sentido véase QUERALT, Joan: *Derecho Penal español*, cit., p. 1197.

cumplimiento de resoluciones administrativas; informes periciales; actos de vigilancia y control; etc. No existe especificación normativa sobre la naturaleza del auxilio requerido, pero el mismo se halla limitado por la legalidad, los ámbitos de competencia y la posibilidad de auxilio, de modo que su exigibilidad de cumplimiento en tanto mensaje dirigido al policía sea racional.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

La figura penal en estudio es necesariamente dolosa. El dolo es la voluntad y conocimiento que guían el comportamiento del agente, quien es consciente de que no existe justificación para su comportamiento omisivo y que el requerimiento es legal. El tipo penal no exige expresamente una finalidad específica en los actos del agente, por lo mismo, es suficiente el dolo eventual para perfeccionar la tipicidad.

El error de tipo (aspecto negativo del dolo) resulta difícilmente admisible, dados los refuerzos normativos del tipo penal que hacen impracticable que el policía actúe bajo percepción errónea o ignorancia de los componentes típicos de la figura penal.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos frente a un delito omisivo simple que solo lo puede ejecutar-consumar el policía nacional, al tratarse de un delito de infracción de deber de autoría exclusiva y que no requiere necesariamente que la denegatoria cause lesión a la Administración Pública. Se consuma el delito al producirse el rehusamiento, la omisión o el retardo, producidos luego del requerimiento hecho llegar por la autoridad civil competente. Como señala MANZINI[450], basta la violación del deber funcional independientemente de la producción del daño.

La figura admite tentativa en la modalidad de rehusamiento, como el desistimiento voluntario en el mismo supuesto delictivo.

IX. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO

El artículo 378 en su segundo párrafo incrementa el injusto del delito y eleva la pena hasta un máximo de 4 años y un mínimo de 2 al policía que deniega la prestación de auxilio cuando es requerida por un particular en situación de peligro. Con esta precisión (la situación de peligro), la

(450) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 8, Vol. III, cit., p. 390.

norma penal restringe la relevancia penal del comportamiento omisivo del policía en su relación con el ciudadano que le demanda actos de apoyo en sentido abierto o amplio.

La situación de peligro del particular no deberá entenderse necesariamente de grave peligro o de inminencia de lesión del bien jurídico tutelado, más bien se trata de estados promedios de amenaza o de probabilidad cierta de lesión de intereses importantes(451). 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 y, en el marco del presente delito, a brindar acciones de auxilio: la vida, la integridad física, la libertad de locomoción, la libertad sexual, el patrimonio ante modalidades violentas.

Resulta de interés la siguiente consideración jurisprudencial del Tribunal Supremo español, de la cual se pueden extraer reflexiones de valor: "El artículo 412. 3 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviera de prestarlo. La condición de autoridad o funcionario público debe venir relacionada con el auxilio requerido, pues este ha de estar comprendido dentro de las obligaciones del cargo. De otro lado, el auxilio omitido debe ser el pertinente en atención a las obligaciones del sujeto activo en relación con la realidad que percibe, según un examen objetivo de la situación en la que la cuestión se plantea, y no necesariamente el concretamente requerido por el particular. Y, en tercer lugar, la responsabilidad no puede ser establecida más allá de las posibilidades reales de reacción del sujeto" (STS N° 289/2010, del 3 de marzo).

El tercer párrafo del artículo 378, incorporado por la Ley N° 30364 (23 de noviembre de 2015), ha incluido una segunda circunstancia de agravación del delito, merecedora de la misma pena que la del segundo párrafo, cuando la denegatoria de auxilio policial se produce en el ámbito de la solicitud de garantías personales o en casos de violencia familiar. Cabe aquí lo ya dicho en similar situación contemplada en el artículo 377 del Código Penal.

(451) Véase ejecutoria suprema del 13 de enero de 1998, Exp. N° 4025-97, Cono Norte-Lima (Primera Sala Penal Transitoria).

X. PARTICIPACIÓN

Es perfectamente viable la complicidad e instigación a rehusar, omitir o retardar el auxilio por parte de particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

De acuerdo a los ámbitos específicos de competencia, un policía no competente ni involucrado como obligado (posición negativa de garante) al auxilio puede ser cómplice del sujeto activo.

XI. CONCURSO DE DELITOS

El artículo 378 puede concursar con la figura 368 (desobediencia y resistencia al mandato de autoridad), así como con figuras penales comunes, como la omisión de auxilio (artículo 127). Frente al delito de incumplimiento de deberes funcionales (artículo 377 del Código Penal) resulta una norma especial (vigencia del principio de especialidad) y, por lo mismo, no existirá concurso de delitos con dicho delito. Con base en los criterios de omisión impropia (artículo 13 del Código Penal) cabe, académicamente, la posibilidad de imputarle al policía el delito que pudo evitar con su intervención y a lo cual se hallaba obligado.

XII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por inexistencia de requerimiento o cuando se trata de auxilios requeridos para coadyuvar en actos ilegales.
- Por ausencia de situación de peligro del particular.
- Por ausencia de competencia funcional o territorial de la autoridad que requiere.
- Por carecer el policía de competencia para dar el auxilio requerido.

2. Justificación y exculpación

Resulta invocable para justificar la antijuricidad del hecho tan solo:

- La obediencia jerárquica (artículo 20, inciso 9).
- Obrar por disposición de la ley.

- Inexigibilidad por imposibilidad material de cumplimiento en términos de tiempo, personal o medios[452].

XIII. PENALIDAD

La pena es mínima: hasta 2 años de privación de libertad, que se eleva hasta 4 en la modalidad agravada. Cabe también la inhabilitación –ya que el policía es un funcionario público– establecida por el artículo 38, de conformidad a lo establecido por el artículo 426 del Código Penal.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 250: *Será reprimido con prisión de un mes o dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente».*

Al tomar la figura de la fuente argentina, el legislador peruano sustituyó los sujetos «jefe o agente de la fuerza pública» por el sujeto común «policía», cambia el tiempo de los verbos rectores por el indicativo presente en tercera persona, y agrega la circunstancia agravante que se presenta cuando es el particular en peligro el que exige la prestación de auxilio emitido.

2. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 160: *El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de un (1) mes a cuatro (4) años».*

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 424: *El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de un (1) mes a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años».*

(452) Véase al respecto ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones de Reos Libres de Lima del 19 de abril de 1999, Exp. N° 5574-98.

Nótese que el Código colombiano solo usa dos verbos rectores, empleando el elemento condicional *«indebidamente»* para que los comportamientos típicos se perfeccionen y adquieran relevancia penal. No habla de «prestación de auxilio», sino de *«apoyo pedido»*. Al igual que el Código argentino, prescribe que sea la *autoridad competente*, diferenciándose en este punto en el hecho que no lo restringe a la civil.

El citado artículo, por disposición del artículo 216 de la Constitución colombiana de 1991, ha pasado a integrar la estructura normativa del Código de Justicia Militar de 1988 (artículo 214), donde se tipifican y procesan los delitos cometidos por los integrantes de las fuerzas públicas en servicio activo(453). Se concluía de este modo una vieja polémica al interior de los ámbitos legislativo-doctrinarios que desde antes de 1936 se había producido en este país.

3. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 329: *El militar o el agente de la fuerza pública que rehúsa o retarde indebidamente ejecutar un requerimiento hecho por la autoridad competente en la forma establecida por la ley será castigado con reclusión de hasta dos años».*

La ley italiana de 1930 vigente amplía la tipicidad al ámbito militar, es decir, al miembro de las fuerzas armadas, además de los carabineros o policías italianos (fuerza pública). Al margen de esta diferencia, los demás componentes típicos son los mismos que los fijados por la legislación argentina y peruana.

4. Guatemala (1973)

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 421: *El jefe o agente de policía o de cualquier fuerza pública de seguridad, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente, será sancionado con prisión de uno a tres años».*

5. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1980), artículo 381: *El funcionario que habiendo recibido requisitoria legal de autoridad competente, para prestar la debida cooperación a la administración de justicia o a cualquier*

(453) Véase al respecto: FERREIRA DELGADO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 181.

servicio público, se negare a prestarla, o sin motivo legítimo no la prestare, será penado con prisión de dos meses a 1 año».

6. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 412:

1. *El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido a la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

2. *Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrá las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.*

3. *La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

   Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

   En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

6

REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: 1. El requerimiento. 2. La asistencia de la fuerza pública. 3. El objeto del requerimiento. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Participación. **IX.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **X.** Penalidad. **XI.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Portugal (1982). 4. Costa Rica (1971).

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

I. ANTECEDENTES LEGALES

El artículo en estudio constituye una reproducción del artículo 342 del Código Penal de 1924, del cual solo se ha variado el tiempo futuro del verbo «requerir» por el presente indicativo y ha disminuido la penalidad de 4 a 3 años como límite máximo a aplicar(454).

La fuente extranjera de donde se tomó el modelo es el artículo 251 del Código Penal argentino.

(454) Código Penal de 1924, artículo 342: *"El funcionario público que requiriese la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencia o de mandato judicial, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena".*

II. LA FIGURA PENAL

Este tipo penal, al igual que el contenido en el artículo 378, supone el encuentro de dos niveles de funcionarios: **a)** el sujeto activo del delito que efectúa el requerimiento; y **b)** la fuerza pública, compuesta por policías de distintas jerarquías, que es solicitada en una evidente expresión de abuso de autoridad por parte del funcionario (sujeto activo) para la comisión de actos ilícitos.

A diferencia de lo ocurrido con el artículo 378, se ha preferido seguir usando la discutible frase «fuerza pública» empleada en el artículo 342 del Código Penal derogado. No resulta claro cuál haya sido el motivo político-penal o de técnica legislativa para seguir manteniendo tal denominación en un artículo (379) y desecharlo en otro (378).

Este delito es un delito de suma gravedad, que no ha recibido la respuesta punitiva proporcional a su alta entidad de injusto penal, dado que supone una abierta oposición de parte del funcionario infractor al sistema de vida democrática y constitucional.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se otorga protección penal al normal desenvolvimiento de la Administración Pública, evitando las interferencias y perturbaciones anómalas que afecten su viabilidad, provenientes de funcionarios públicos que actúan abusivamente, desnaturalizando el principio de unidad de poder. La profesora de la Universidad Católica de Lisboa Líbano Monteiro precisa, correctamente, el bien jurídico específico cuando nos dice que lo que se protege es evitar que la competencia para disponer de la fuerza pública funcione como un contrapoder dentro del Estado o dentro de la Administración Pública, cuando parte importante e insustituible de su función consiste en garantizar la efectiva ejecución de las decisiones de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la unidad de poder[455].

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario público que requiere y que goza de facultades para exigir el concurso de la fuerza pública[456]. A diferencia de

(455) Líbano Monteiro, Cristina, en *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte especial, Tomo III, cit., p. 764.

(456) Abanto Vásquez es de la opinión de que autor puede ser tanto el que goza de facultades de requerimiento de la fuerza pública como principalmente el que carece de dicha atribución (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, segunda edición, cit., p. 254).

lo que sucede con el artículo 423 del Código Penal colombiano, el artículo 379 no se ha puesto en la hipótesis de que el funcionario tenga fuerza pública a su disposición, esto es, bajo sus órdenes directas –como sucede con el mandatario, gobernantes regionales, alcaldes, determinados jefes policiales, comisarios, etc.–, pues las tiene que requerir. Por imperio del principio de legalidad, dicho supuesto legal será atípico por el delito de requerimiento indebido de la fuerza pública, al faltar el componente "requerimiento", posibilitando analizar el hecho como una modalidad de abuso genérico de autoridad.

Es inviable que la autoría recaiga en un superior jerárquico al interior de la fuerza pública(457), en tanto este sea quien formula el requerimiento, pues no tendría que requerir, sino ordenar. No es sujeto activo el servidor público.

Los integrantes de la fuerza pública pueden constituirse en cómplices de aceptar y cumplir con el requerimiento.

Es sujeto pasivo el Estado.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El comportamiento típico integra un núcleo rector básico que comanda la actividad del sujeto activo: «requiere (...) para oponerse a (...) o contra (...)».

1. El requerimiento

Requerir implica solicitar o demandar asistencia o ayuda con carácter imperativo. En la presente hipótesis delictiva no se trata de un pedido o simple solicitud cuya aceptación quede a criterio o discreción de la fuerza pública. Dada la fuente de donde procede el requerimiento (un funcionario público), se trata de una orden a cumplir que lleva dentro de sí su propia ilicitud. Naturalmente que el requerimiento hecho deberá estar rodeado de las formalidades que el caso amerite.

El objetivo o destino del requerimiento es obtener el concurso de la fuerza pública para desarrollar actos obstruccionistas –de rechazo, oposición o resistencia– dirigidos a hacer ineficaces la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, o la ejecución de sentencias o mandatos

(457) Al respecto, Creus (*Derecho Penal. Parte especial*, T. 2, cit., p. 266) sostiene que el significado del verbo *"requiere"* no se adecua a la facultad de mando de la que goza el superior jerárquico al interior de la fuerza pública, ya que este tiene la potestad de ordenar directamente sin requerimiento, razón por la cual no puede ser sujeto activo de este delito, mas sí del de resistencia-desobediencia.

judiciales; contenido de ilicitud de suma gravedad e insoportable en un sistema constitucional.

2. La asistencia de la fuerza pública

«Fuerza pública» es una expresión de uso común que, sin embargo, carece de sustento legal, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones –por ejemplo, la Constitución de Colombia hace alusión en su artículo 216.1 a la noción "fuerza pública"–. En efecto, y como señala DUMET ECHEVARRÍA, en nuestro ordenamiento jurídico vigente no existe una institución que tenga la denominación expresa de «fuerza pública»[458]. Tampoco se ha definido legalmente qué es o quiénes integran la fuerza pública[459].

No obstante las limitaciones anotadas, se puede anotar una primera interpretación sobre los alcances de la locución "fuerza pública" con dos lecturas principales que cubren el significado de la frase «fuerza pública». *Primero,* tenemos una noción institucional con la que abarcamos a los organismos estatales (fuerzas militares y policiales) que gozan o tienen tal naturaleza. *Segundo*, una noción conceptual centrada en la idea de autoridad que concentra el uso de la fuerza y la violencia estatal. De la primera acepción surge la problemática (para el Derecho Penal) sobre cuál institución constituye fuerza pública para efectos penales. Doctrinaria y jurisprudencialmente, en el Derecho comparado hay la tendencia a reservar tal denominación a aquella entidad que por función y normatividad está –en otros cometidos– al servicio de la sociedad civil, es decir, la Policía Nacional, prevaleciendo así un criterio restrictivo que, considero, no debe ser tomado de modo absoluto, ya que, dadas las precariedades de nuestro país, donde hay lugares que no tienen presencia de la Policía, a veces solo se encuentra la fuerza armada como el otro gran sector de fuerza pública. Es obvio que para evitarnos problemas de interpretación debe plantearse la posibilidad de reemplazar la frase *«fuerza pública»* por la de *«Policía Nacional»* en el tipo penal, o extenderla también, de modo excepcional, a determinados sectores de las fuerzas militares y otros sujetos que concentran capacidad coercitiva o violencia pública[460], si ello resulta pertinente.

(458) DUMET ECHEVARRÍA, Isaac: "La fuerza pública", en *Revista de la Guardia Civil*, N° 429, enero-febrero, Lima, 1988, p. 49.

(459) A diferencia, por ejemplo, de la Constitución colombiana, que en su artículo 216 define que la fuerza pública está integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y policiales. Sobre esto, con mayor ahondamiento, véase MOLINA ARRUBLA, Mario: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Diké, 1995, p. 25.

(460) La Constitución Política del Perú usa la frase *"fuerza armada"*, la misma que comprende (artículo 165) al Ejercito, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea, y se encuentra encargada de la función de la defensa nacional. Cabe señalar en este punto que el empleo de la frase *"fuerza armada"* en

Una segunda interpretación permite una concepción amplia de "fuerza pública" para comprender, como indican LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS, a toda fuerza militar o paramilitar que tenga por función garantizar la estabilidad democrática o el funcionamiento de las instituciones en orden a la tranquilidad pública: fuerzas armadas, fuerzas militarizadas, fuerzas de seguridad(461). Conceptualización bajo la cual ingresarían excepcionalmente las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina, Fuerza Aérea), los integrantes del INPE que realizan labor de guardianes carcelarios, la policía fiscal, aduanera, fuerzas de seguridad.

Ahora bien, el requerimiento hecho a la *«fuerza pública»* es para que asista al funcionario, es decir, para que lo auxilie o apoye al logro de los objetivos ilícitos de este. La asistencia requerida se entiende en dos sentidos: la simple concurrencia o acto de presencia, y la colaboración activa.

3. El objeto del requerimiento

El requerimiento hecho llegar por el funcionario tiene dos objetivos: uno inmediato y otro mediato instrumental. En primer lugar, obtener la colaboración de la fuerza pública, para con ella utilizarla en los fines ilícitos del sujeto público del delito.

Es claro que el funcionario público está actuando al margen de la ley cuando requiere a la fuerza pública para sus ulteriores objetivos; no obstante, debe poseer competencia administrativa para efectuar dicho requerimiento. La ilicitud de dicho comportamiento puede que no sea del todo evidente para quien recibe la orden de auxilio o asistencia, posibilitando en tales circunstancias que la fuerza pública acceda a ello y que el efectivo (o efectivos) que asisten se hallen inmersos en error.

El objetivo del comportamiento es oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de autoridad. El término *«disposición»* es genérico y abarca tanto a leyes, decretos, resoluciones legislativas, ordenanzas, etc. *«Órdenes legales»* son mandatos específicos dados por autoridad o funcionario que mandan hacer o no hacer algo. *«Ejecutar»* significa llevar a cabo, realizar material o jurídicamente el contenido del dispositivo legal o de la orden, es decir, concretarla en los hechos sobre las personas o las cosas(462).

---

la actualidad goza de imprecisión, prefiriéndose usar en el contexto del presente trabajo la frase *"fuerza militar"*.

(461) LEAL-HENRIQUES, Manuel y SIMAS SANTOS, Manuel: *Código Penal anotado. Parte especial*, 3ª Edição, 2 volume, Lisboa, Editora Rei dos Libros, 2000, p. 1635.

(462) Al respecto, véase CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, T. 2, cit., p. 258.

El objetivo del comportamiento es igualmente solicitar la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de sentencia o mandato judicial. *Sentencia* es la resolución dictada por juez que pone fin al conflicto, mientras que *mandato judicial* es la orden emanada desde el ámbito jurisdiccional (jueces, vocales). Deben tener existencia real la disposición legal, la orden, la sentencia o mandato judicial, pues no cabe delito ante proyectos o probabilidades(463).

Cualquiera de dichas modalidades configura la tipicidad descriptiva objetiva del delito.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Se trata de un delito que requiere dolo directo. Ello se desprende de la redacción del tipo penal. El sujeto activo del delito busca aquí un propósito específico de naturaleza ilícita. El dolo eventual resulta insuficiente e impensable en una figura penal como la que ha sido objeto de análisis.

En suma, el sujeto activo debe actuar con voluntad, así como conocer que está actuando ilegalmente y además buscar una finalidad propia: oponerse al cumplimiento de los dispositivos y mandatos de la autoridad.

Cabe la posibilidad de que el agente actúe bajo error invencible de tipo, lo cual hará inexistente la tipicidad del hecho y, por lo mismo, el delito.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de peligro y de simple actividad, es decir, no necesita para su consumación que se produzca necesariamente el resultado buscado por el sujeto infractor o que efectivamente haya obtenido ya el concurso o asistencia de la fuerza pública, basta que el requerimiento llegue a conocimiento de la entidad solicitada(464). De realizarse plena y totalmente el supues-

(463) Buompadre, Jorge Eduardo indica en su *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, tercera edición, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 164: La acción típica viene dada solo en la medida en que exista una orden, una disposición, una sentencia, o un mandato judicial cuya ejecución se pretende frustrar. No se trata de una oposición a un acto que aún no llegó a concretarse materialmente, sino de una oposición a la ejecución misma del acto. De aquí que el límite mínimo de imputación resida en la formalización del acto administrativo, esto es, en su propia existencia jurídica. Si el acto aún no existe, no resulta imaginable una conducta tendiente a frustrarlo.

(464) Al respecto, Jorge B. Hugo Álvarez (*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública,* Lima, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 44 y 45) considera que el requerimiento no es elemento de tipicidad del delito en estudio, sino más bien una condición de punibilidad; indica también que el *requerir* es un medio para oponerse donde el núcleo de la acción delictiva es *oponerse* a la ejecución de las disposiciones u órdenes legales". Para dicho autor se trata, en

to de hecho, es decir, de lograrse el propósito buscado por el funcionario infractor, al oponerse efectivamente a la ejecución, la ilicitud penal habrá llegado a su punto máximo de gravedad.

La tentativa es posible en la medida que la orden que contiene el requerimiento aún no sea conocida plenamente por parte de la fuerza pública. Cabe igualmente el desistimiento voluntario, el cual tendrá que producirse –para eximir de pena– antes de la recepción oficial del requerimiento.

VIII. PARTICIPACIÓN

El delito presenta especiales condiciones para definir cuadros de participación mediante instigación por parte de cualquier persona común o especial (por el cargo o empleo público). Igualmente resulta admisible la participación mediante cooperación dolosa de los agentes de la fuerza pública, en caso de que la ilegalidad del contenido del requerimiento para efectuar labor de oposición u obstrucción[465], efectuado por el funcionario público, sea de conocimiento por parte de aquellos. Dolo que de no concurrir en el comportamiento de los miembros de la fuerza pública definirá contextos de irrelevancia penal por parte de estos. La cooperación puede ser practicada también por terceras personas ajenas a dicha fuerza (particulares o sujetos públicos), incluso otros miembros de la fuerza pública no vinculados con la asistencia específica y concreta.

---

suma, de un delito de resultado; sin embargo, la presencia de la preposición "*para*", indicadora de la finalidad de la conducta ilícita del agente, no permite referenciar un resultado de hecho, sino una simple actividad; resultado que, de producirse, no por ello el delito recién se consuma en esta segunda hipótesis, sino que pasa a constituir fase de terminación y de mayor gravedad del injusto penal. En la doctrina portuguesa, Cristina LÍBANO MONTEIRO comparte también el criterio de que el delito se trata de uno de resultado. Las similitudes entre el artículo 379 del Código Penal peruano y el artículo 380 del Código Penal portugués son de por sí bastante elocuentes (véase "Legislación extranjera"). Dice LÍBANO MONTEIRO: Se trata de un delito de daño toda vez que la unidad de autoridad pública es lesionada luego que el requerimiento o la orden de empleo de la fuerza pública se destina a ir contra una orden legítima y de jerarquía superior de otro órgano de poder público. No importa si de hecho la ejecución de la ley o la orden no es impedida; si la fuerza pública llega o no a actuar. Basta que el funcionario competente haya requerido u ordenado su empleo con esa específica finalidad. *Finis operis e não finis operantis, uma vez que não releva a motivação do agente.* (*Comentario conimbricense*, cit., p. 765).

(465) Para algunos autores no existirá participación mediante complicidad en los miembros de la fuerza pública, pues ellos no dan aportes al requerimiento, así: ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 258.

IX. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Como ya se ha señalado, si el autor ha actuado bajo error de tipo invencible, torna inexistente el dolo y, por lo mismo, la tipicidad del delito.

2. Causas de justificación

El estado de necesidad justificante resulta invocable, no obstante lo discutible del asunto, dado el deber de garante del funcionario.

X. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de dos días hasta tres años más la pena de inhabilitación que en calidad de accesoria impone la norma penal (artículo 39).

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 251: *Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiera la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales».*

No se requiere de mayores comentarios, ya que la fuente argentina fue reproducida en el artículo 379 del Código Penal, con excepción de la penalidad por el legislador peruano.

2. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 159: Empleo ilegal de la fuerza pública: *El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término».*

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 423: Empleo ilegal de la fuerza pública: *El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto*

arbitrario o injusto o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor».

El tipo penal colombiano amplía el campo de la autoría al referirse expresamente al servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública como al que tenga a esta bajo sus órdenes, así como al incluir expresamente el acto arbitrario o injusto en el plan delictivo del autor. Por lo demás, el concepto «servidor público» es un término genérico para incluir en él a los funcionarios y empleados públicos, según se establece en el artículo 63 reformado en 1995 del Código Penal vigente, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política colombiana de 1991. Cuando la fórmula legal colombiana del delito redacta el tipo penal con la frase "*El funcionario público que obtenga el concurso de la fuerza pública*", ello ha permitido a la doctrina colombiana considerar que se trata de un delito de lesión o resultado(466).

3. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 380: *El funcionario que siendo competente para requerir u ordenar el empleo de fuerza pública requiriere u ordenare el empleo de ella para impedir la ejecución de alguna ley o del mandato regular de la justicia o de una orden legal de alguna autoridad pública, será penado con prisión de hasta 2 años y multa hasta 240 días».*

4. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 332: *Será reprimido con prisión de tres meses a tres años, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales».*

(466) FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Derecho Penal especial*, T. II, Bogotá, Themis, 2006, p. 449.

7

ABANDONO ILEGAL DE CARGO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** El bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. Abandonar el cargo. 2. No haber cesado legalmente en el desempeño del cargo. 3. Daño al servicio. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XI.** Penalidad. **XII.** Legislación extranjera: 1. Colombia (1980). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Portugal (1982). 5. Brasil (1940). 6. Argentina (1922). 7. Panamá (1982). 8. Italia (1930).

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 de trabajo a los funcionarios o servidores públicos, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

No existen antecedentes en la legislación penal peruana.

El modelo ha sido extraído casi literalmente del artículo 15 del Código Penal boliviano de 1972, que dice: *«El funcionario o empleado público que, con daño del servicio público, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de este, será sancionado con multa de treinta días».* Existe un diseño similar en el artículo 252 del Código Penal argentino y en el artículo 373 del Código Penal español refundido de 1973, ya derogado por el actual Código de 1995 vigente.

II. LA FIGURA PENAL

El primer párrafo del artículo 380 ha elevado a título de delito una falta grave de naturaleza administrativa de abandono individual del cargo público. Se explica esto por el evidente perjuicio que ello causa a la Administración Pública y como una opción –debatible– o mecanismo adoptado por la política penal peruana para prevenir la realización de tales prácticas dolosas. Estamos frente a un singular tipo penal de abuso de naturaleza omisiva que requiere la producción de resultado material. En otras legislaciones penales no figura o ha sido derogado este supuesto legal en el catálogo de ilícitos penales (Italia, Francia, el Código Penal colombiano igualmente ha descriminalizado la figura). Esta tendencia de la política criminal comparada puede explicarse, con las palabras de CATALÁN SENDER, por haber quedado obsoletos en la actualidad los valores a que respondía dicho delito(467).

En el caso de Italia, las normas penales que regulaban el delito de abandono colectivo e individual de cargos públicos, empleos, servicios o labores (artículos 330 y 333 del Códice Penale) fueron abrogados en el año 1990. Ya con anterioridad, la Corte Constitucional, mediante Sentencia N° 31 del 17 de marzo de 1969, había declarado la ilegitimidad de algunos componentes del artículo 330 del Código Penal. La abrogación fue así el corolario de amplios debates doctrinales sobre la inconveniencia de regular punitivamente una materia muy sensible por sus implicancias sociales y con relación al derecho constitucional a la huelga(468). El modelo italiano actual de tutela penal del bien jurídico referido a la continuidad de la función y del servicio público ha optado por criminalizar solo la figura de suspensión o turbación del servicio o labores, cometida por los empresarios o explotadores de servicios o labores públicas(469). Es evidente que ha primado en el caso de Italia el principio de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal.

El modelo español de «abandono de destino» de los artículos 407 al 409 del Código Penal, a diferencia del diseño punitivo nacional, está construido de modo bastante específico para regular abandonos cometidos por autoridades y funcionarios con finalidades precisas que tienen que ver con

(467) CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer Hnos., 1999, p. 115.

(468) Al respecto, véase BENUSSI, Carlo: «I delitti contro la pubblica aministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali», en MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio: *Tratatto di Diritto Penale parte speciale*, Tomo I, Padova, Cedam, 2001, p. 779.

(469) Ver "Legislación extranjera".

el no impedimento o no persecución de delitos o la no ejecución de las penas impuestas[470].

El carácter genérico del que está dotado esta figura penal de base administrativa no permite apreciar una respuesta punitiva proporcional a la lesividad del comportamiento, por cuanto no tiene la misma trascendencia y nocividad el hacer abandono del servicio en áreas sensibles a los intereses elementales de la población (salud, alimentación) o del Estado (jefatura del Gobierno, servicio diplomático, manejo de la deuda externa, contratación estatal significativa, custodia de caudales del Estado, etc.), que en otras de menor trascendencia o mejor cubiertas por personal. Esto nos lleva a tener que plantear la necesidad de modificar la formulación legal del delito de abandono de cargo estableciendo circunstancias agravadas por la naturaleza del servicio afectado y por la jerarquía del funcionario sujeto activo (altos funcionarios), o en otra orientación de *ultima ratio* criminalizar solo modalidades de alto contenido de injusto penal.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal, tanto en el primer como en el segundo supuesto de hecho ilícito contenidos en el artículo 380, consiste en asegurar la regularidad y normal desarrollo del funcionamiento de la Administración Pública, buscando protegerla de situaciones irregulares o anómalas (vacancias ilegales o posibilidad de deserciones intempestivas) que afecten su continuidad y, por lo mismo, amenacen o alteren el logro y eficiencia del cometido de las funciones y/o servicios públicos. Henrique PIERANGELLI, ilustre jurista brasileño, nos dice, en conformidad al modelo penal brasileño de abandono de función sin y con perjuicio del artículo 323 de su Código Penal: "Particularmente se entiende la conveniencia de asegurar, mediante sanción penal, la continuidad y eficiencia de las funciones públicas administrativas y jurisdiccionales contra el grave abandono o deserción del funcionario público, independientemente de la consideración del daño que el hecho efectivamente produzca"[471].

(470) Véase "Legislación extranjera". Sobre las características normativas de los artículos que regulan los delitos de abandono de destino en el Código Penal español, Jesús CATALÁN SENDER llega a decir que se está ante figuras delictivas casi de laboratorio, pues estadísticamente arrojan escasísimos registros jurisprudenciales y la cifra negra de criminalidad es bajísima (*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal [Doctrina y jurisprudencia]*, Barcelona, 1999, Bayer Hnos S.A., p. 116).

(471) PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, V. 2. *Parte especial*, 2ª edicão, Editora Revista dos Tribunãis, Sao Paulo, 2007, p. 864. El autor reproduce una cita de GAVAZZI, quien señala: Es evidente aquí la necesidad de sanción, puesto que el orden jurídico y político de la sociedad exige que las funciones públicas se desenvuelvan de modo continuo, de forma que

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

En este tipo penal, el legislador peruano ha ampliado la autoría, además de los funcionarios, a los empleados públicos[472], denominados en nuestra legislación penal «servidores». Autores solo pueden ser los funcionarios o servidores públicos que poseen un cargo o se hallan adscritos a él en el caso de los servidores.

V. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es la Administración Pública, específicamente la entidad estatal que resulte perjudicada o amenazada con tales comportamientos.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La conducta típica del primer supuesto de hecho se constituye sobre la base de tres componentes materiales: **a)** una acción de abandono de cargo; **b)** no haber cesado legalmente; y **c)** producción de daño en el servicio.

El verbo rector es *«abandonar»*.

1. Abandonar el cargo

Abandonar el cargo supone tanto el retiro individual voluntario que hace el sujeto activo de su cargo (puesto, empleo, ocupación o destino) como también el no acudir o no presentarse a continuar desempeñándolo, en una muestra de desprecio por la entidad pública donde desempeña sus labores funcionales o de servicio el sujeto público. Este rompimiento en forma arbitraria y unilateral con el cargo implica, como bien indica LAJE ANAYA, una actitud subjetiva de tener la intención de no seguir ejerciéndolo más, de deshacerse en forma unilateral del cargo[473].

Como se observa, puede ser un comportamiento activo u omisivo, pero la trascendencia para la Administración Pública siempre será de naturaleza omisiva. Son sinónimos de *abandonar* los términos *dejar*, *apartarse* e *inconcurrir*. La legislación peruana no ha hecho distinciones con relación

---

todos sus órganos y en todo momento actúen de manera rápida, segura y eficaz para atender los intereses sociales.

(472) Véase la definición de servidor público y su relación con los funcionarios públicos en *supra*, p. 78 ("El servidor público").

(473) LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 85.

a la importancia de los cargos ni lo esencial o secundario de las funciones o servicios afectados, que hubiera permitido graduar el injusto y dosificar la pena con base en criterios de proporcionalidad más adecuada.

No encaja en el tipo penal la negligencia en el desempeño funcional o de servicio, o la displicencia con la que se conduce el sujeto público en su asistencia/inasistencia al centro de trabajo, que si bien afectan la regularidad de las prestaciones de servicios, no tienen la suficiente entidad que el tipo penal exige para alcanzar relevancia penal.

Abandonar es así un verbo rector que con respecto a la Administración Pública siempre va a implicar una omisión, un incumplimiento doloso y grave de deberes; con relación a los actos del sujeto activo del delito va a suponer una acción (dejar, salir, retirarse) o una omisión (el no concurrir).

Abandonar el cargo es así un comportamiento voluntario de alejamiento o retiro, en que incurre el funcionario o servidor público, del cargo o empleo, sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta que afecta la Administración Pública, y sin que la norma penal haya expresado una finalidad específica buscada, por el agente, con dicho comportamiento.

Sobre el abandono de cargo, nos dice MANZINI: «Abandono del oficio, del servicio o del trabajo hay cuando se deja el lugar de las obligatorias prestaciones, aunque se lo haga no definitivamente, pero por un tiempo suficiente o en una forma idónea para concretar la violación del interés tutelado, por más que no se haya verificado el daño»(474). Por su parte, Francisco FERREIRA señala: «Abandonar el cargo es, por lo tanto, separarse de él para no retornar nunca, y lo hay solamente cuando la persona a quien se va a reemplazar lo deja sin esperar la presencia del reemplazo (...) el abandono supone dos estados intelectivos muy claros: **a)** el de desprecio o desamparo de la función que ejerce; y **b)** el propósito de no retornar más al cargo al momento del abandono»(475). CREUS considera que el abandono típico requiere la dejación total del servicio, quebrando así el vínculo que unía al agente con el servicio(476), posición esta última que comparten SOLER y FONTÁN BALESTRA, y penalistas como BUOMPADRE, VILLADA y otros(477).

(474) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* T. 9, Vol. IV, cit., p. 11.

(475) FERREIRA DELGADO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 166, 167.

(476) CREUS, *Derecho Penal. Parte especial,* T. 2, cit., p. 268.

(477) BUOMPADRE: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 155; VILLADA, Jorge Luis: *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 295. BUOMPADRE considera que el delito posee un particular elemento subjetivo, ya que el

Sobre la ***definitividad o no del abandono***, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su respectivo Reglamento, entre otras normas administrativas[478], permite apreciar los parámetros de cuándo la no concurrencia al cargo implica una falta administrativa y cuándo, *a contrario sensu,* vía interpretación jurídica se puede hablar de conducta típica por el delito de abandono. Sobre este punto, como ya se ha puesto de relieve, existen posiciones matizadas; sin embargo, prima el criterio de definitividad por sobre el de la cierta duración del abandono[479], posición que estadísticamente hace difícil la aplicación del tipo penal, pues superadas las vallas administrativas de inconcurrencia, suelen presentarse periodos de tiempo de ausencia de variada duración que pueden resultar difíciles de asimilar en el concepto «definitividad», lo que se complica más con la prueba del dolo en tal sentido.

No es correcto, en el ámbito de la relevancia penal del artículo 380, señalar que se trata simplemente de un caso de incumplimiento doloso de deberes (lo cual quedaría tipificado en el artículo 377); se trata, en realidad, de un acto de menosprecio y rompimiento total e injustificado con la Administración Pública.

2. No haber cesado legalmente en el desempeño del cargo

El término «cargo» se halla definido legalmente como el puesto de trabajo oficial a través del cual el funcionario y servidor público desempeñan las funciones asignadas por los órganos de la administración estatal o las leyes[480].

Tienen el mismo significante, para los efectos del artículo 380, actuando como sinónimas, las palabras *empleo, puesto, destino, trabajo, función*, etc.

El cargo tiene que haber sido *desempeñado,* es decir, ejercido con las obligaciones y atribuciones que le corresponden tanto al funcionario como al servidor público. La interrogante de si las personas que aún no desempeñan

---

agente conduce su conducta típica con el fin de no volver a ejercer el cargo. VILLADA, en cambio, es del criterio que resulta suficiente el dolo eventual.

(478) Decreto Legislativo N° 276, del 6 de marzo de 1984 (artículos 25, 26, 28) y Decreto Supremo N° 005-90-PCM, del 15 de enero de 1990 (artículos 133, 150-151, 152, 153, 155, 161), respectivamente.

(479) DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 184. Por nuestra parte, consideramos que, desde una correcta interpretación del bien jurídico tutelado por este tipo penal, solo quedan cubiertos aquellos abandonos con el fin de no retomar tareas, esto es, los definitivos. PIERANGELLI participa de la idea de abandonos de cierta duración que sean idóneos para crear una situación de peligro de daño para la Administración Pública. *Manual de Direito Penal*, cit., p. 864.

(480) Decreto Supremo N° 005-90-PCM, del 15 de enero de 1990 (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa), artículo 23.

el cargo, pero que ya han sido designadas y/o elegidas, pueden incurrir en abandono delictivo al no concurrir a asumir materialmente sus puestos, encuentra respuesta negativa, pues la redacción misma del tipo penal requiere que el sujeto activo haya estado desempeñando el cargo. De ello se desprende el principio de que no puede haber abandono típico del artículo 380 si no se ha ejercido el cargo. De no darse esta circunstancia del tipo, el sujeto habrá incurrido en el supuesto del artículo 377.

Las *formas de cesar legalmente* están establecidas en la ley(481). Si no es formalmente aceptada la *renuncia*, no podrá producir efectos de atipicidad del comportamiento, de tal forma que, si el sujeto activo presenta su renuncia y luego abandona el cargo sin esperar la aceptación de la misma, su comportamiento es delictivo, ya que legalmente sigue siendo funcionario o servidor, según el caso. Una vez aceptada la renuncia, es irrelevante que el cargo no haya sido cubierto por otro funcionario o servidor, la circunstancia del abandono deja de ser típica, es decir, no habrá delito(482). A lo sumo, se producirán infracciones administrativas. Igual situación acontece con las licencias otorgadas a los sujetos públicos para retiro temporal del puesto de trabajo, donde la naturaleza misma de la licencia excluye la idea de definitividad e ilegalidad, esto, como resulta obvio, no incluye la sola petición o trámite de la licencia. Lo mismo acontece con los permisos autorizados para ausentarse del lugar de trabajo por razones de capacitación, salud, congresos y eventos culturales.

3. Daño al servicio

Producto del abandono, no necesariamente de la intención o voluntad del sujeto activo, debe producirse un perjuicio, entendido como detrimento, menoscabo o afectación, en el ejercicio de las funciones o de los servicios públicos brindados por la entidad estatal. Debe haberse verificado la existencia de este daño vinculado causalmente al hecho del abandono y no a otra causa o circunstancia. Al emplear el tipo penal la frase "daño al servicio", está asumiendo la tesis del daño externo, aquel que se produce en el escenario de las prestaciones en la comunidad o en el ámbito del destino funcional, lo que aleja relevancia penal cuando el daño es solo a nivel interno de la entidad pública(483). Daños externos tales como los ge-

(481) El artículo 182 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM señala que el término de la carrera administrativa de acuerdo a ley se produce por: a) fallecimiento; b) renuncia; c) cese definitivo; y d) destitución. El artículo 186 establece las causas justificadas para el cese definitivo.

(482) En igual posición Donna: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 184.

(483) Al respecto, véase Laje Anaya: *Comentarios al Código Penal*, cit, p. 85, ídem Donna, cit., p. 213.

nerados en el ámbito de la atención pública sanitaria, educativa, en la actividad judicial, entre otras.

El daño del servicio cumple el papel de condición objetivo-subjetiva para la perfección del delito. De forma tal que si se produce el abandono arbitrario, es decir, cuando el sujeto activo no ha cesado legalmente en el cargo, sin existir perjuicio a la regularidad y continuidad de las funciones y servicios de la entidad administrativa en sentido lato, el hecho no podrá ser castigado a pesar de reunirse los otros componentes típicos. Así, puede suceder que el puesto sea cubierto inmediatamente por otro funcionario o servidor público (reemplazantes o sustitutos legales), supuesto que pasará a constituir un hecho de relevancia administrativa.

El tipo penal se halla redactado de modo tal que "el daño del servicio" ha sido encerrado entre una oración descriptiva completa o perfecta en sí misma de comportamiento típico, de modo tal que considerar que dicho daño se halle en la representación mental del agente y, más aún, forme parte del dolo directo del agente, solo puede ser una forma académica de interpretar los alcances del tipo penal, pero no un componente estructural subjetivo del mismo.

Debe tratarse, en suma, como indica CREUS, de un daño real, gravitante, material o moral, presente y no futuro(484) del servicio público que tiene su causalidad directa en el comportamiento del agente.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

Es suficiente que el agente actúe con dolo eventual –ello no excluye hipótesis de abandonos intencionales con dolo directo, lo cual solamente incrementará el nivel de injusto–, es decir, el tipo no requiere un propósito específico en la voluntad del agente más allá del simple abandono, lo que no se aprecia, por ejemplo, en el modelo español del artículo 407 vigente, que requiere que el abandono de destino se realice con el propósito de no denunciar o perseguir el delito, igualmente ocurre en el Código Penal portugués tanto de 1980 como en el de 1995, que requieren de la intención de impedir o interrumpir un servicio público.

Es irrelevante para definir el tipo penal el motivo o el móvil que haya tenido quien abandona el cargo público. El elemento subjetivo, el dolo específicamente, es el indicador esencial para delimitar la relevancia penal

(484) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* T. 2, cit., p. 269.

de la infracción administrativa, de las inasistencias culposas, de las desidias e impuntualidades reputadas en determinados casos inasistencias.

El resultado «daño» es un dato objetivo que no necesariamente está –conforme a la redacción del tipo– en el propósito del agente[485], aunque sí deberá hallarse en la representación cognoscitiva que este tenga al realizar el tipo.

La importancia del dolo es fundamental en esta figura penal, pues el agente revela así su ruptura voluntaria y consciente con el sistema de normas al que se halla vinculado; la ausencia de dolo le quitará tipicidad al hecho, resultando tan solo una infracción administrativa.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El tipo penal ha incluido un resultado funcional que puede expresarse en perjuicios materiales, estancamiento o pérdida en la continuidad del servicio público (el daño al servicio). Este resultado deberá constatarse para perfeccionar típicamente la figura penal.

El delito se consuma, por lo tanto, al producirse el abandono arbitrario, pero no podrá ser reprimido penalmente si no se produce el daño al servicio, producto del abandono; daño que, si bien puede que repercuta en la organización interna de la entidad, debe ser entendido externamente con relación a la prestación de funciones y servicios.

Es factible la tentativa y el desistimiento. Los términos y plazos fijados administrativamente son indicadores objetivos para definir y diferenciar la tentativa de un hecho consumado.

IX. PARTICIPACIÓN

Es admisible la participación de particulares a nivel de incitación al abandono del trabajo de funcionarios o servidores públicos.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Existe atipicidad por:

(485) Véase Hugo Álvarez: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública,* cit., p. 52, quien avala la tesis del dolo intencional o de propósito.

- La inexistencia de vinculación funcional con el cargo, por despido, cese, destitución o renuncia aceptada.
- No haber estado desempeñando el cargo.
- Fuerzas físicas naturales irresistibles, catástrofes, pandemias, caso fortuito o situaciones de guerras, conmociones sociales violentas, etc.

  En supuestos de abandonos temporales sin dolo de no retorno.

2. Causas de justificación

Son causas de justificación:

- El estado de necesidad justificante. Cuando el abandono de cargo se fundamenta en problemas comprobados de salud o ante la presencia de peligros reales e idóneos que amenazan o ponen en peligro bienes jurídicos valiosos para el agente público u otros.
- El hacer abandono por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente.

XI. PENALIDAD

La pena es privativa de libertad de dos días a un máximo de dos años, más la inhabilitación a que se refiere el artículo 39 del Código Penal.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 156: *El servidor público que abandone su cargo sin causa justa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.*

Si el agente ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, se le impondrá, además arresto de seis (6) meses a dos (2) años».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 376: *El funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandone, con daño de la causa pública, será castigado con las penas de multa de*

100,000 a 500,000 pesetas e inhabilitación especial, y si no resultase daño de la causa pública, con la de suspensión.

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

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 407: *A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera efectuado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».*

"Artículo 409: A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de este o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses".

4. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 436: *El funcionario que, con la intención de impedir o interrumpir un servicio público, abandonare sus funciones o fuere negligente en su cumplimiento, será penado con prisión de hasta 6 meses o multa de 20 a 30 días».*

El Código Penal portugués de 1995 regula con idéntica redacción el delito (incorpora el elemento "ilegalmente") a través del artículo 385, variando solo las penas, las mismas que se elevan hasta un año en el caso de la prisión y hasta 120 días en el caso de la multa.

5. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 323: *Abandonar cargo público, fuera de los casos permitidos en la ley: Pena-detención de quince (15) días a un (1) mes o multa.*

1° Si del hecho resulta perjuicio público: Pena-detención de tres (3) meses a un (1) año y multa.

2° Si el hecho ocurre en lugar comprendido en zona de frontera: Pena-detención, de uno (1) a 3 (tres) años y multa».

A diferencia del artículo 380 del Código Penal peruano, en la ley brasileña el perjuicio producido a la Administración Pública es una agravante del tipo básico de abandono de cargo público. Lo mismo sucede si el hecho se produce en zona de frontera, y no una condición de punibilidad. Ello permite castigar por el solo hecho del abandono ilegal, sin necesidad de que se haya verificado el daño.

6. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 252: *Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.*

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno a seis años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuestos de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce años».

7. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 341: *El servidor público que abandone su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de este, será sancionado con veinticinco a setenticinco días-multa e inhabilitación para ejercer cargos públicos por uno a dos años.*

Se entiende que hay abandono de empleo siempre que el servidor deje su puesto por más de cinco días hábiles sin causa justa o sin que haya sido reemplazado en debida forma».

8. Italia (1930). Artículos derogados

«Código Penal de Italia (1930), artículo 330*: Abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori (abrogato).*

Artículo 331: *El que como explotador o administrador d empresas de servicios públicos o de necesidad pública, interrumpa el servicio o bien suspenda el trabajo en sus establecimientos, oficinas o empresas, de modo que turbe la regularidad del servicio, será castigado con reclusión de seis meses a un año y con multa no inferior a 516 euros.*

Los jefes, promotores, u organizadores, serán castigados con reclusión de tres a siete años y con multa no inferior a treinta mil noventiocho euros.

Es aplicable la disposición del último apartado del artículo anterior.

Artículo 332*: Omissione di dovere di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio (abrogato).*

Artículo 333: *Abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro (derogato)*».

8

INCITACIÓN AL ABANDONO COLECTIVO DE TRABAJO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y bien jurídico. **III.** Sujetos activo y pasivo. **IV.** Comportamiento típico: 1. Incitar. 2. El abandono colectivo de trabajo y la huelga. **V.** Elemento subjetivo. **VI.** Consumación y tentativa. **VII.** Participación. **VIII.** Concurso de delitos. **IX.** Legislación extranjera.

Artículo 380 (segundo párrafo): *«Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

Al igual que con el abandono de cargo, aquí se ha producido una trascripción literal de textos extranjeros, realizada teniendo dos fuentes: **1)** el segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal boliviano: *«El que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, incurrirá en reclusión de un mes a un año y multa de treinta a sesenta días»*; y **2)** la Ley N° 21.338[486] del 1 de julio de 1976, que en su artículo 1 incluyó, entre otras modificaciones al Código Penal argentino, el siguiente agregado: *«Inclúyase en el artículo 252 como segundo párrafo el siguiente:*

(486) Con anterioridad, el 12 de enero de 1968, fue promulgada la Ley N° 17.567, que fue el primer dispositivo argentino que, reformando el artículo 252 del Código Penal, anexó el siguiente párrafo que sería posteriormente sustituido por la Ley N° 21.338: "Se reprime la incitación al abandono colectivo del trabajo a funcionarios públicos. No se castiga a quienes realizan una huelga, sino a los incitadores a diferencia de lo que se establece en otros códigos". El agregado hecho por la Ley N° 17.567, como es obvio, adolece de una adecuada técnica legislativa, deficiencia que sería superada en lo dispuesto por la Ley N° 21.338, ley que es la fuente de donde tomaron nuestros legisladores directamente el modelo. En la legislación argentina, la figura de la incitación al abandono colectivo de trabajo fue posteriormente sacada de la esfera penal (descriminalizada).

Será reprimido con prisión de 3 meses a 2 años el que incitase el abandono colectivo de trabajo a funcionarios o empleados públicos».

II. LA FIGURA PENAL Y BIEN JURÍDICO

Se trata a todas luces de una singular construcción técnico-normativa que privilegia la incitación en tanto instigación masiva como título de imputación, poseyendo además una naturaleza delictiva de peligro que en otras legislaciones constituye una falta administrativa grave. Normativamente se ha elevado a título de delito una situación de hecho que de por sí constituye acto preparatorio.

El modelo peruano se diferencia del modelo penal español de abandono colectivo de trabajo, en tanto este último criminaliza tanto a los funcionarios que promueven, dirigen u organizan el abandono colectivo como a los que toman parte en él.

Esta modalidad agravada de abandono de trabajo tiene como bien jurídico específico el asegurar o preservar la continuidad de las funciones y servicios públicos, que se ven amenazados con el delito, en tanto es una de las misiones centrales del Estado el estar orientado hacia los intereses generales.

Este delito coloca en abierto conflicto –como bien sostiene CATALÁN SENDER– la utilización de los servicios públicos por la población y las finalidades institucionales con el derecho a la huelga de los funcionarios y servidores públicos, en un contexto en el cual adquiere ilegalidad y contenido penal el abandono total[487].

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario o el servidor público. El término «agente» tiene directa conexión con los sujetos que encabezan el artículo 380. No puede ser un particular. El agente puede ser un funcionario o servidor público cualquiera o uno que pertenezca a la esfera administrativa laboral a la cual incita.

Si el abandono se produce, los funcionarios y servidores que dejan el trabajo no son pasibles de ser considerados autores de incitación, ya que

(487) Véase CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 121.

su comportamiento no se adecua a las premisas típicas del segundo párrafo del artículo 380[488].

Sujeto pasivo es el Estado.

IV. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El núcleo rector básico es incitar al abandono:

1. Incitar

Es un verbo de acción que implica estimular, encausar, provocar la conducta de abandono del trabajo en los funcionarios y servidores públicos, con peligro real y gravitante que rebase la esfera administrativo-laboral.

Se trata de castigar penalmente la creación de un clima propicio y favorable a la huelga o al paro[489]. No es necesario que el abandono de labores realmente se produzca para que se produzca el delito.

La labor de incitación tiene que dirigirse a un colectivo de sujetos a los que el «agente» llega a través de una diversidad de medios, ya sea mediante el discurso verbal, escrito, televisivo, radial, fax, vía internet, etc. A decir de SOLER: «Lo querido en este caso no es ya el no querer personalmente desempeñar la función, sino el querer que otros no la desempeñen»[490]. Para propiciar el abandono colectivo el agente puede dirigirse a un conglomerado de funcionarios y servidores o realizar un trabajo hormiga, es decir, uno por uno, que reporte similares efectos a la incitación típica de la figura penal en análisis[491].

La incitación, para ser típica, tiene que recaer en los funcionarios y servidores designados en el artículo 425 del Código Penal con las restricciones legales del caso[492].

---

(488) Véase "Legislación extranjera", el caso de España, que penaliza a quienes abandonan el trabajo.

(489) La Constitución Política del Perú (artículo 42) reconoce a los servidores públicos los derechos de huelga y sindicalización, excluyendo a los funcionarios del Estado con poder de decisión, a los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. De ello se colige que los funcionarios exceptuados de la prohibición sí gozan del derecho de acudir a la huelga y sindicalizarse.

(490) SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. V, cit., p. 149.

(491) Sobre este punto véase FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, T. VII, cit., p. 240, quien afirma que la incitación, para ser típica, debe dirigirse exclusivamente a un colectivo o grupo de agentes públicos.

(492) Véase HUGO ÁLVAREZ (*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública,* cit., p. 55), quien atinadamente propone un tipo penal que recoje y sanciona la hipótesis

2. El abandono colectivo de trabajo y la huelga

El tipo penal en estudio no es un delito de resultado, razón por la cual es indiferente penalmente que se produzca realmente el abandono o no. El abandono de trabajo no tiene las mismas características del abandono del primer párrafo del artículo 380. En primer lugar, porque no es el abandono del cargo el núcleo de la tipicidad; y, en segundo lugar, porque se trata tan solo de estimular, de mover a un simple retiro colectivo de hecho con finalidad diversa en la incitación (medio de presionar al Estado, provocar una huelga o paro de labores con fines políticos, etc.). En realidad, la problemática que subyace a lo dispuesto en la norma penal es de por sí compleja y contradictoria. Por un lado, la Constitución Política y las leyes conceden a funcionarios y servidores el derecho a la huelga como medio de presión para el logro de intereses y objetivos; pero, por otro lado, la norma penal prohíbe los actos de preparación de la misma; en una tercera perspectiva, el Estado debe asegurar la regularidad de las funciones y servicios públicos que se verían bloqueados causando perjuicio a la colectividad y al desarrollo de la Administración Pública misma.

En vía de interpretación sistemática, que busque la racionalidad de la norma penal ante la posibilidad de contradicciones en la interpretación de su sentido, deberá entenderse que en modo alguno el Código Penal pretende desconocer el derecho a huelga(493) del que goza legalmente un extenso sector del funcionariado y en su totalidad los empleados o servidores públicos. Al castigar penalmente actos de incitación de abandono de trabajo, estos deben hallarse al margen del ejercicio regulado del derecho a la huelga. Solo así adquiere coherencia la descripción típica del segundo párrafo del artículo 380. Quizás el legislador haya querido aquí prevenir lo que Catalán Sender llama las «huelgas salvajes», que pasan por encima de las consideraciones legales al respecto.

El derecho a huelga de los servidores públicos y funcionarios, en los términos reconocidos en la ley –con aseguramiento de prestaciones mínimas en áreas sensibles–, aleja igualmente la hipótesis del delito de abandono del cargo, no obstante se produzca daño interno y externo a las funciones y servicios públicos. Por cierto, este derecho, en la legislación peruana –a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la Unión Europea– no alcanza a un determinado rango de funcionarios públicos. En este punto,

---

de los funcionarios que ocupan cargos de confianza y que inciten o dirijan acciones colectivas de abandono de trabajo.

(493) Sobre la huelga desde la visión del Derecho Administrativo, véase Frisancho y Peña Cabrera: *Delitos contra la Administración Pública*, p. 271.

el derecho de huelga –nos dice DAMIÃO DA CUNHA– constituye una interrupción legítima de las prestaciones públicas, que llega a incluir incluso a la huelga declarada ilegal, al tener esta en la ley que la regula su propia sanción disciplinaria[494].

V. ELEMENTO SUBJETIVO

El incitar supone intención de querer lograr el abandono de trabajo de otros. Requiere entonces el hecho típico la presencia de dolo directo. No resulta admisible el error de tipo.

VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos frente a un típico caso de delito de simple actividad y de peligro abstracto. El hecho se consuma al producirse la incitación, es decir, al llegar a su destino el mensaje del sujeto activo del delito. No se requiere que se produzca necesariamente el abandono colectivo buscado con los actos del sujeto activo. Si producto de tal comportamiento se logra el aludido abandono colectivo de trabajo, que deberá ser mayoritario, ello no agregará ni quitará nada al hecho típico, pero podrá servir para que el juez aplique los máximos de pena.

Dada la diversidad de medios para la incitación, es factible encontrar tentativa, por ejemplo, en la incitación escrita, en la medida que no llegue o se frustre la recepción del mensaje, posibilitando igualmente el desistimiento; no obstante lo cual –en el caso de tentativa– resulta difícil asimilar la hipótesis de su relevancia penal, dado el hecho de que la incitación es castigo de actos preparatorios.

VII. PARTICIPACIÓN

Es admisible la *incitación a la incitación* (incitación en cadena).

VIII. CONCURSO DE DELITOS

De acuerdo con lo dispuesto en las reglamentaciones administrativas, la situación de abandono que hacen los funcionarios y servidores puede generar la tipicidad del párrafo primero del artículo 380 (abandono de cargo).

(494) DAMIÃO DA CUNHA, J. M.: *Comentario conimbricense do Código Penal*, cit., p. 805.

IX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Pocas legislaciones modernas tipifican en la actualidad como delito la incitación al abandono colectivo de trabajo, pues ello contradice los derechos constitucionales de los que actualmente gozan funcionarios y empleados públicos de hacer uso de medios de presión colectiva, entre los cuales se halla la huelga y la paralización de labores.

El Código Penal argentino, en su artículo 252, únicamente legisla y conmina penalmente el abandono de cargo.

El Código Penal español de 1995, en su artículo 409, señala lo siguiente:

«Artículo 409: *A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizasen el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se le castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de este o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce años».

El Código Penal de Costa Rica de 1971 mantuvo hasta 1993, fecha en que fue derogada, la figura de incitación al abandono colectivo de trabajo. El Código Penal de Bolivia de 1972 tiene en vigencia el artículo 156, con sus dos párrafos ya citados.

9

NOMBRAMIENTO ILEGAL PARA CARGO PÚBLICO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. Hacer un nombramiento. 2. Cargo público. 3. Persona en quien no concurren los requisitos legales. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Causas de justificación (fase negativa del delito). **XI.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Bolivia (1974). 3. Costa Rica (1971). 4. Guatemala (1973). 5. España (1995).

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

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

I. ANTECEDENTES LEGALES

No se registran antecedentes en la legislación penal nacional.

La fuente extranjera que sirvió de base fue el artículo 253 del Código Penal argentino vigente[495].

II. LA FIGURA PENAL

Se trata de una figura penal moderna de base administrativa, de infracción de deber y de encuentro. Pocas son las legislaciones penales que han elevado dicho supuesto administrativo a nivel de delito, dentro de las

(495) Ver "Legislación extranjera".

cuales figura el reciente Código Penal español, cuyo artículo 405 regula en forma más detallada conductas tales como de propuesta, nombramientos o dación de posesión ilegal para el ejercicio de cargo público bajo el *nomen iuris* de la prevaricación de los funcionarios públicos, e incluso abre el tipo para considerar nombramientos de cualquier persona, lo que posibilita incluir en él los «nombramientos» (más propiamente designaciones) de funcionarios *de facto* por provisionalidad, que lo diferencian claramente del diseño nacional de corte más administrativista. El artículo 253 del Código Penal argentino amplía también el rango de las conductas típicas al contemplar la proposición y el nombramiento.

Resultan interesantes las descripciones legales de tipicidad contenidas en el artículo 432 (nombramientos ilegales) del Código Penal de Guatemala, luego de la reforma producida por el artículo 20 del Decreto N° 31 del 2012. Dicho modelo contempla tanto el nombramiento a sabiendas para cargo o empleo público en quien no concurran los requisitos legales como cuando se omita o altere los procedimientos legales o reglamentarios, castigadas ambas modalidades delictivas con igual pena. Así como regula en tanto agravante si el nombrado es pariente del autor del delito (véase legislación extranjera).

La fórmula nacional constituye un delito de infracción de deber de autoría restrictiva, tanto por la calidad del autor como por la existencia del elemento normativo «nombramiento», que se adhiere a la tendencia comparada de considerar solo los nombramientos ilegales para cargo público que se registra en la mayoría de legislaciones que criminalizan este ámbito de ilicitud de base administrativa.

Estamos frente a un delito de resultado de naturaleza comisiva.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal busca preservar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo a la Administración Pública de irregularidades en el ingreso, afirmando tanto el prestigio de la Administración, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus cuadros y componentes humanos, como la vigencia de garantías que deben ser respetadas en un Estado constitucional de Derecho, tales como el principio de igualdad de acceso a la función pública y objetividad en el proceso de selección de los funcionarios.

Esta modalidad es de abuso de autoridad, dado que el sujeto activo está dolosamente concretando un manifiesto abuso de poder, haciendo un mal uso de sus atribuciones, para incorporar ilegalmente personal inidóneo

–por lo menos formalmente– a las reparticiones públicas. La norma penal peca aquí de escueta, pues no agrega ninguna complementación que otorgue precisión a la figura, esto es, ningún motivo, propósito o circunstancia específica, lo que origina que, de presentarse, significarán concurso con otras figuras penales, por ejemplo, en el caso de recibir donativo o de condicionamiento para el futuro desempeño funcional del nombrado.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Solo puede ser sujeto activo el funcionario público competente para nombrar, no el empleado o servidor. En la forma como está configurado el tipo penal no podrá ser autor o coautor el que propone, no siendo suficiente su condición de funcionario, salvo que el funcionario que propone concentre también facultades de nombramiento.

En el caso del funcionario público, solo puede serlo aquel competente, es decir, quien esté dotado de atribuciones legales generales o específicas para efectuar nombramientos. De ser un funcionario no facultado para ello, este incurrirá en usurpación de funciones (artículo 361).

El autor del delito puede ser un funcionario (un ministro de Estado, el alcalde municipal, entre otros) o un colectivo de funcionarios (en este segundo supuesto piénsese en el extinto Consejo Nacional de la Magistratura, hoy Junta Nacional de Justicia, el Congreso de la República, entre otros).

V. SUJETO PASIVO

Es el Estado (la Administración Pública).

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal completa su estructura con tres componentes:

a) hacer un nombramiento;

b) el cargo público; y

c) persona legalmente inidónea.

El núcleo rector es «hacer un nombramiento».

1. Hacer un nombramiento

"Hacer un nombramiento" es un acto oficial de trascendencia jurídica, por el cual se da legal y formalmente posesión de un cargo público –no

aún materialmente– a una persona física, es decir se lo designa oficialmente como funcionario público. Dicha frase concreta así, para una persona natural, una de las vías válidas para obtener el título de funcionario, ya sea de modo permanente, eventual, interina o *ad honorem* –sin embargo, existe cierto nivel de debate en la doctrina para considerar penalmente relevantes estas dos últimas designaciones–, lo que implicará cumplir con todas las formalidades tanto legales y materiales que el caso amerite. Naturalmente, ello supone observar la estricta confluencia de todos los requisitos legales exigidos en las calidades del aspirante. El incumplimiento doloso de estos requisitos es lo que torna penalmente relevante el supuesto de hecho. La omisión de la debida observancia de los requisitos legales por parte del funcionario actúa aquí como presupuesto de la conducta de nombramiento ilegal de naturaleza activa; omisión que, de suponer la comisión de arbitrariedades perjudiciales como en el caso que se prefiera a postulante que no reúne los requisitos legales en detrimento de otro que sí los posee, hará concursar el hecho con el abuso genérico de autoridad, concurso que pudo evitarse si la norma era más explícita o abría racionalmente el marco de las criminalizaciones.

En una interpretación estricta y de rigor, se excluyen los actos ilegales de contratación de personal que ingresa a la Administración Pública o que participa de la misma, dado que el Código emplea un elemento normativo con la frase «hacer nombramiento para cargo público»[(496)]; supuestos de irregularidades que asumirán relevancia por vía administrativa, de no existir circunstancias que otorguen relevancia penal por otros delitos (cohecho, por ejemplo, tanto si el funcionario competente para contratar solicita o acepta medio corruptor, o también si es el *extraneus* quien entrega dicho medio al funcionario). Resulta obvio que esta imperfección del tipo tiene una explicación histórica, dado que la privatización del sistema de empleo público es un fenómeno reciente y que los legisladores no pudieron

(496) Al respecto, véase en la doctrina española Fermín Morales Prats y María José Rodríguez Puerta, en la obra colectiva bajo la dirección de Gonzalo Quintero Olivares *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1660. Señalan dichos penalistas: podría sostenerse que el funcionario o los funcionarios que incumplen los requisitos legales al realizar la propuesta para la contratación cometen el delito del artículo 405 del Código Penal. Sin embargo, pese a la aparente posibilidad de subsumir estas conductas en el delito comentado –no en relación con todas las conductas típicas, pero sí a la de proponer–, esta interpretación no parece procedente. En primer lugar, porque la propuesta, nombramiento o toma de posesión, deben realizarse, como ya se advirtió, para el ejercicio de un cargo público, extremo este que en estos casos difícilmente podría afirmarse. Pues, si bien es cierto que el personal laboral al servicio de la Administración participa en el ejercicio de funciones públicas, no puede reconocerse que ejerza un cargo público. Esta diversa relevancia penal, encuentra también sobrado fundamento en la distinta naturaleza de las actividades o servicios que presta este tipo de personal.

prever sus consecuencias. Se hace necesario aquí efectuar las adecuaciones del caso en la redacción del tipo.

Sin embargo, la noción normativa "cargo público" y el tema de las contrataciones laborales ha admitido cierto debate –desde la perspectiva del ámbito de protección de la norma– para avalar una discutible interpretación extensiva de la noción "cargo público" y la incorporación de las contrataciones en los alcances del tipo penal de nombramientos ilegales (que podría llegar hasta la analogía *in malam partem)*. Por ejemplo, en la doctrina española excluyen las contrataciones laborales como parte del tipo MORALES PRATS, RODRÍGUEZ PUERTA[497], GARCÍA ARÁN y POLAINO NAVARRETE. MIR PUIG considera que no constituyen acto de nombramiento los de contratación de personal laboral, puesto que, si bien dicho personal participa en el ejercicio de las funciones públicas, no ejerce un cargo público[498]; CATALÁN SENDER considera –con ciertas dudas– que sí ingresan las contrataciones al tipo penal, apelando al argumento de una interpretación extensiva del elemento normativo "cargo público", pero igualmente reconoce la existencia de una barrera difícil de franquear: que una contratación no es un nombramiento[499]. MORILLAS CUEVA manifiesta sus dudas acerca de la exclusión de las contrataciones laborales sobre todo en relación al personal laboral fijo[500].

De acuerdo a los ritualismos propios del ingreso de los funcionarios a la Administración Pública, el nombramiento es un momento previo a la proclamación, juramento y ejercicio del cargo. Resulta forzado considerar

(497) En *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quinteros Olivares: coordinador, cit., p. 1660.

(498) MIR PUIG, Carlos. *Comentarios al Código Penal*, obra colectiva dirigida por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1388.

(499) Afirma CATALÁN SENDER: "En lo atinente al personal laboral, algunos autores se inclinan por pensar que quedarían fuera del tipo penal, ya que no ejercen un cargo público. En cambio, nosotros entendemos que ello es erróneo desde el mismo momento en que todavía hoy estamos en proceso de funcionarialización del personal laboral que desarrolla funciones típicas de los funcionarios públicos, esto es, todavía hay personal laboral que desarrolla idénticas funciones que los funcionarios nombrados al efecto (...) Por ello entendemos que 'cargo público' debe entenderse *lato sensu*, comprensivo de todo el personal de la Administración, pues en otro caso bastaría apelar a un *nomen iuris* distinto para eludir las consecuencias del precepto, lo cual viene reforzado por el hecho de que también al personal laboral alcanza el mandato constitucional comprendido en los artículos 23.2 y 103 de la Constitución española (...) Y, por último, quizás el argumento más en contra a nuestra posición provenga de la misma naturaleza del personal laboral, pues este, por esencia no se nombra, sino que se contrata". En: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 107.

(500) MORILLAS Cueva, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, segunda edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 114.

que los reingresos ordenados por autoridad competente (por ejemplo, por sentencia judicial) de funcionarios que fueron separados o destituidos de la entidad administrativa ingresen en la tipicidad de la figura penal.

La judicatura peruana, en el caso que involucró a la congresista Elsa Canchaya por delito de nombramientos ilegales (Sentencia del 7-X-2007, Exp. N° 07-2007, Sala Penal Permanente), tensó en extremo los alcances del tipo penal 381 del Código Penal, al punto de considerar que la acusada "por sus condiciones personales (abogada y parlamentaria) tenía el deber de hacer una designación cumpliendo las exigencias y requisitos de la normatividad", al momento de nombrar a una asesora de su despacho. La condena, confirmada por la instancia de apelación de la Corte Suprema, confundió planos de competencia y entidades conceptuales, identificando designación, en tanto facultad de la congresista, con nombramiento, en tanto acto administrativo que es justamente el núcleo del tipo penal de nombramientos ilegales. Es evidente que la congresista no nombra al designar como que la dirección de Recursos Humanos del Congreso no designa, sino que nombra. La falta de conocimiento de la idoneidad del personal para acceder al puesto de asesora de despacho congresal no hace del congresista autor del delito, pues es incompetente para, en rigor, nombrar en sentido administrativo y, por lo mismo, para nombrar ilegalmente. Resulta evidente que la condena rebasó el sentido significativo del término "nombramiento", configurando un lamentable caso de analogía *in malam partem,* en la aplicación de la legislación penal nacional, a diferencia de lo que sucede en otros contextos comparados, que criminalizan la designación o propuesta.

2. Cargo público

El nombramiento tiene que ser para cargo público (el ejercido por los funcionarios), lo que aleja la posibilidad de nombramientos de servidores públicos como relevante de la figura penal en estudio, asunto, no obstante, sometido a debate, bajo el presupuesto de flexibilización de dicha noción administrativa. Igualmente resultaría atípica la figura si se nombra para cargos privados o particulares.

Más allá del debate académico, aplicar el tipo penal a los nombramientos de personal administrativo que no detenta cargo público se sale de los límites de tipicidad y del principio de legalidad, ya que, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones penales (por ejemplo, Guatemala), el tipo legal no hace referencia a cargo y/o empleo público, sino solo al primer elemento normativo. La tendencia a extender el tipo a todo tipo de nombramiento, además de suponer una *extrema ratio* –donde la tendencia en

la legislación comparada es a la descriminalización–, tiene el grave inconveniente de desnaturalizar los alcances del tipo penal –adocenando la frase normativa "cargo público" para convertirlo en términos de diccionario–, ingresándose en el terreno de la analogía *in malam partem,* invadiendo el juzgador funciones que no le corresponden.

Un cargo, en tanto posición jurídica concreta creada por el sistema administrativo, nos dice DELGADO DEL CASTILLO, "exige mayor responsabilidad que un simple puesto de trabajo. Para la confianza que se otorga al individuo –a quien se destina el ejercicio de un cargo– es decisiva tener una obligación especial frente al cargo. Esta separación, que se pretende lograr por medio de una burocracia jerárquica, supone la exclusión en las acciones propias del cargo de todos los intereses no profesionales, relaciones familiares, etc. Las actividades del cargo están siempre designadas a una misión concreta y en lo posible fijadas jurídicamente con exactitud; son controlables y en algunos casos jurídicamente reclamables"(501).

3. Persona en quien no concurren los requisitos legales

La persona a quien se nombra puede ser un particular o un trabajador público (servidor público u otro funcionario). Por ejemplo, en estos últimos casos, vía ascensos o destaques para quienes se hallen al interior de la función pública. Poco interés tiene que el nombramiento se efectúe para cargos permanentes o interinos. Resulta sí complicada la interpretación si se trata de abarcar en el tipo las designaciones de «funcionarios provisionales» o *de facto*(502).

La inidoneidad legal de la persona hace referencia a que le faltan para el cargo los requisitos establecidos –según la importancia del puesto público– en la Constitución, las leyes de la materia o reglamentos respectivos; no necesariamente se refiere a la capacidad técnica o profesional.

La expresión «requisitos legales»(503) constituye una frase normativa que para el caso del nombramiento ilegal nos conduce a la normativa

(501) DELGADO DEL CASTILLO, José Manuel, en UÑA JUÁREZ, Octavio y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Alfredo (directores), *Diccionario de sociología*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-ESIC Editorial, 2004, p. 178.

(502) Véase *supra*, p. 75 y ss., la clasificación realizada de los funcionarios.

(503) Al respecto, véase el caso en el cual la Corte Suprema absolvió a los procesados (condenados) por el colegiado de Puno, al considerar que no hubo delito de nombramiento ilegal para cargo público al haberse realizado conforme al reglamento de convocatoria, el cual establecía que, de no presentarse el ganador dentro del término de 24 horas de la fecha de adjudicación, automáticamente sería quien haya quedado segundo en el cuadro de méritos (ejecutoria suprema del 25

extrapenal, fuente por excelencia donde se recogen las condiciones legales para la postulación que habilitan el acceso a los cargos públicos específicos (por ejemplo, de los jueces y fiscales en sus diferentes niveles, de los miembros del Tribunal Constitucional, de los directores y subdirectores en las entidades públicas del Ejecutivo, etc.). Estos requisitos deben reunir características significativas que los hagan merecedores de atención penal, tales como, por ejemplo, la falta de título habilitante, la insuficiencia de la edad, la carencia de especialización (de ser ello requerido como requisito significativo o esencial por la naturaleza del cargo pretendido), el requisito de residencia, de carencia de inhabilitaciones, etc. Es atinada la precisión que hace ABANTO VÁSQUEZ[504], recogiendo la propuesta de la doctrina española, de no hacer depender la intervención penal, con base en la figura de nombramientos ilegales, de la ausencia de requisitos no esenciales (que pueden ser subsanados), ya que el hecho puede bien sustanciarse como una irregularidad administrativa.

En efecto, los requisitos legales omitidos en el proceso de nombramiento, en tanto condiciones normativizadas para acceder al cargo público, dan cuenta de aquellos de naturaleza esencial tanto de base formal (convocatoria irregular, falta de publicidad, no estar inhabilitado legalmente) como sustancial (título validante, edad, capacitaciones especializadas y acreditadas, experiencia, etc.), dado que estos son los idóneos para afectar las garantías de un proceso ajustado a legalidad del nombramiento. Requisitos legales accesorios no fundamentales, esto es, subsanables, no ameritarían relevancia penal.

La no concurrencia de los requisitos legales no necesariamente significa de todos ellos, basta la inexistencia de uno esencial. No se trata aquí del olvido o la omisión negligente de adjuntar dicho requisito –que, de acuerdo a las prácticas administrativas o a la previsión normativa al respecto, podría subsanarse antes de proceder a la valoración previa al nombramiento–, sino de su inexistencia o carencia real. En un supuesto extremo, la simulación de un proceso de nombramiento, en el cual se festinan los trámites y se omite deliberadamente el cumplimiento de los requisitos, no obedece solamente a un delito de nombramientos ilegales, sino a un concurso de delitos con el de abuso de autoridad.

---

de noviembre de 1997, Puno [véase en ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal,* T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 646]).

(504) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* primera edición, cit., p. 228.

Es bueno tener en consideración que los requisitos que faltan o no se presentan están tomados en cuenta en atención al postulante, no en relación a los que haya omitido la propia Administración por error o negligencia al formular las reglas del nombramiento.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (STS) precisa:

> "En este sentido la doctrina de esta sala del Tribunal Supremo tiene establecido que aunque el nombramiento ilegal aparezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el artículo 405, como precepto especial, es lo cierto que la actuación del acusado encaja en la tipicidad del artículo 404, en tanto dicha actuación no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración Pública municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal" (*STS N° 692/2016, de 27 de julio*).

> "En el caso presente no es tanto el nombramiento lo que es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, sino que es ilegal el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, no se refiere pues a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los preceptos constitucionales a los que hemos hecho referencia y no únicamente una normativa de legalidad ordinaria que parece que es más bien lo que protege el artículo 405 del Código, y en relación con un sujeto puntualmente determinado" (*STS N° 357/2012, de 16 de mayo*).

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal requiere del funcionario que nombra que actúe con voluntad y conocimiento de la inidoneidad legal de la persona nombrada, lo cual exige dolo, dada la representatividad estatal que posee y la posición de garante que tiene con la Administración y la sociedad. Es suficiente el dolo eventual. Nuestra legislación no requiere de un propósito específico ni utiliza el «a sabiendas», como lo hace, por ejemplo, el Código español, supuestos en los cuales existe un reforzamiento al dolo del agente para que su conducta sea penalizada.

Es perfectamente admisible el error de tipo invencible en el conocimiento poseído por el funcionario al momento del acto de nombramiento, al existir de su parte una errónea evaluación de la relación de correspondencia entre los requisitos con la situación concreta del postulante, o cuando ha sido objeto de engaño por parte de este, lo cual torna atípica la figura, es decir, inexistente el delito.

VIII. CONSUMACIÓN[505] Y TENTATIVA

Al ser el tipo penal de resultado y de naturaleza instantánea con aportes convergentes tanto del sujeto público como del sujeto nombrado, se requiere que se oficialice el nombramiento con las formalidades del caso para la consumación del delito. No basta la simple propuesta, la designación de hecho o la entrega material del cargo, supuestos que sí son contemplados con relevancia penal por la norma penal española.

Son admisibles también formas de tentativa, incluido el desistimiento, pues el acto de nombramiento supone un proceso fragmentable de actos parciales.

IX. PARTICIPACIÓN

Pueden ser cómplices otros funcionarios que hagan las propuestas a sabiendas de no concurrir determinado requisito esencial en el postulante. La responsabilidad del personal administrativo encargado del trámite y, específicamente, de filtrar la concurrencia de los requisitos legales que omita dolosamente cumplir con dichos deberes pasa igualmente por aportes de complicidad. Puede presentarse, asimismo, instigación de servidores públicos o particulares para inducir a que el funcionario efectúe el nombramiento ilegal. En esta orientación, QUERALT considera que son partícipes también quienes materialmente elaboran la resolución de nombramiento, debiendo controlar la pureza del nombramiento[506].

(505) Véase la argumentación fiscal-judicial desarrollada en la ejecutoria suprema de fecha 14 de diciembre de 1999, Exp. N° 460-99-Camaná, donde se considera que para el caso de la imputación penal por delito de nombramiento ilegal la falta de un requisito de procedibilidad (cuestión previa planteada) no modifica el carácter lícito o ilícito del acto, debiéndose estar a lo indicado por el artículo 79 del Código Penal (extinción de la acción penal) si se considera que una sentencia civil puede modificar el hecho.

(506) QUERALT, Joan: *Derecho Penal español*, cit., p. 1185.

La posibilidad de que servidores o funcionarios utilicen como instrumento del delito al funcionario competente para nombrar, aprovechando el error de este, sus negligencias o ligerezas, de modo de ser considerados autores mediatos es, de conformidad a la tesis de infracción de deber, jurídicamente irrealizable, no obstante que en lo fáctico sea algo que admite frecuencia estadística; supuesto en el cual se quiebra el principio de confianza y se desnaturaliza el procedimiento de incorporación de funcionarios a la Administración Pública, además de constituir un aprovechamiento de la infraestructura administrativa en función del delito de nombramientos ilegales, lo que podría abrir el concurso de delitos a figuras diversas: cohecho pasivo propio, abuso de autoridad, entre otros.

X. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (FASE NEGATIVA DEL DELITO)

Puede invocarse el estado de necesidad justificante, al no existir personal idóneo para el cargo, siendo de urgencia la provisión de las plazas. Esta situación es frecuente en zonas alejadas al interior del país.

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 253: *Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.*

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

Como se aprecia, la ley argentina es más criminalizadora que la peruana, pues no solo penaliza el nombramiento, sino también la propuesta de nombramiento. Por lo demás, la similitud de la figura penal argentina es manifiesta con la contenida en el artículo 381 del Código Penal peruano, haciendo la salvedad de que, obviamente, la multa impuesta es muy superior a la nuestra.

En el tipo penal argentino, la consumación del delito se produce en el primer supuesto con la simple propuesta, a diferencia del artículo 380 del Código Penal peruano, que exige se produzca el nombramiento. Esto hace que la tentativa sea impracticable en la propuesta.

2. Bolivia (1974)

«Código Penal de Bolivia (1974), artículo 157: *Será sancionado con multa de treinta a cien días, el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reuniere las condiciones legales para su desempeño».*

3. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 335: *Será reprimido con treinta a noventa días-multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales».*

4. Guatemala (1973)

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 432: *Comete delito de nombramientos ilegales el funcionario o empleado público que, a sabiendas nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurran los requisitos que la ley exija. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a veinticinco mil quetzales.*

Igual sanción se impondrá a quien nombrare a persona que reúna los requisitos legales para el cargo, pero intencionalmente omite o altere los procedimientos legales o reglamentariamente establecidos.

Si la persona nombrada es pariente dentro de los grados de ley del autor del delito, la pena se aumentará en una tercera parte y se impondrá inhabilitación especial».

5. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 405: *A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posición para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».*

10

ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** Bien jurídico protegido. **III.** La figura penal. **IV.** Sujeto activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico: 1. Aceptar el cargo. 2. No concurrencia de los requisitos legales. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Participación. **IX.** Concurso de delitos. **X.** Penalidad.

Artículo 381 (segundo párrafo): «*El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena*».

I. ANTECEDENTES LEGALES

Remitimos a lo dicho en el subtítulo anterior.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Remitimos a lo ya dicho precedentemente, agregando que complementariamente la norma penal busca ampliar la protección penal al criminalizar la conducta de los particulares que acceden al cargo público en violación de los requisitos legales o reglamentarios. La posibilidad de acceso a la Administración Pública supone respetar las reglas colocadas por el ordenamiento jurídico para proveerse de personal u optimizar jerárquicamente el que se tiene, no contravenirlas en una muestra de inescrupulosidad de parte del postulante que acepta el cargo.

III. LA FIGURA PENAL

El Código Penal ha extendido el ámbito de la relevancia penal del nombramiento ilegal a la persona que resulta nombrada para el cargo público, en el caso de que lo acepte. El objetivo de tal regulación punitiva busca

cerrar el círculo de tipicidad de los concurrentes a efectos de obtener plenitud real en la protección penal al bien jurídico.

Es discutible que se trate en puridad de un delito común, dado que quien acepta el nombramiento ha sido ya nombrado, esto es, en favor de él existe ya una decisión y/o resolución de nombramiento. El sujeto activo es ya una persona nombrada, quien deberá protocolizar su nombramiento mediante la aceptación. Pero igualmente, en rigor, no se trata de un delito de infracción de deber.

La existencia de este párrafo brindó solución legal al aporte o contribución del particular en el delito de nombramientos ilegales cometido por el funcionario público, esto es, en un delito de infracción de deber, que, de no haber existido dicho párrafo, habría jugado el rol de un partícipe por complicidad en dicho delito. Se construyó así legalmente un delito de encuentro.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo exclusivamente la persona nombrada. Puede tratarse, como ya se ha dicho, de un particular, de un funcionario o servidor público en relación a quien existe ya una decisión o resolución de nombramiento por parte de la Administración Pública, representada por el funcionario o autoridad que nombra. No es, por lo tanto, un *extraneus* en términos absolutos.

Sujeto pasivo es la Administración Pública.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Estamos ante un delito de participación y convergencia necesaria que supone aportes diferentes tanto del funcionario que nombra, esto es, que, habiendo cometido el delito de nombramientos ilegales, anuncia formalmente y da posesión del cargo, como del postulante que lo acepta. Resulta impensable que exista aceptación sin nombramiento, generándose entre ambos momentos administrativos una trabazón interna que los entrelaza. Los aportes del funcionario quedan subsumidos en el tipo penal de nombramientos ilegales, significando presupuesto del delito de aceptación. Los aportes de autoría del particular nombrado o también de otro funcionario o servidor que ha postulado y es nombrado ingresan en el segundo párrafo del artículo 381 del Código Penal.

Existe, de manera excepcional, para determinados casos, la posibilidad de aportes de convergencia no dolosos del funcionario que ha actuado en desconocimiento de la falta de requisitos legales del nombrado, supuesto

en el cual la convergencia adquiere particularidades, dotando –como precisa ABANTO VÁSQUEZ[507]– de una relativa autonomía al delito de aceptación de nombramiento, sin que ello implique generalizar la ruptura de la participación necesaria; supuesto que igualmente puede producirse cuando es otro funcionario (en el caso de los funcionarios colectivos) el que interviene en el acto de la aceptación del cargo.

El comportamiento típico incardina dos elementos:

1. Aceptar el cargo

Si bien el nombramiento de persona en quien no concurren los requisitos legales importa ya la consumación del delito de nombramiento ilegal de cargo público, ello es tan solo el presupuesto o premisa de partida que necesita el delito de aceptación ilegal de cargo público, donde se requiere que el sujeto acepte o admita el nombramiento.

Aceptar el cargo es un comportamiento activo que debe exteriorizarse con actos positivos por parte del sujeto nombrado, generalmente a través del juramento y la aceptación material de credenciales o del título habilitante para la asunción del cargo. Los efectos del nombramiento son para ejercer el cargo público. La pasividad a manifestarse positivamente ante el nombramiento o el no ejercicio real del cargo –cuando se trata de nombramientos sin investidura–, pese a existir el nombramiento, hace atípica la figura. La existencia de resolución que hace público el nombramiento no supone la aceptación, salvo que así lo establezca la ley, supuesto que, sin embargo, resulta insuficiente para derivar responsabilidad penal.

La aceptación del cargo, en tanto componente típico por su anomalía e irregularidad, es un acto formal que da lugar a una variedad de funcionario *de facto*, al faltarle uno o varios componentes para validar el título, que toma su origen y está antecedida de los componentes típicos de la anterior conducta ilícita de nombramiento; variedad de funcionario *de facto* inaceptable para el sistema jurídico, por su origen formal ilegal.

Es importante también tener en cuenta que se trata de un cargo en su sentido dinámico o funcional material. Sería una aplicación excesiva de la injerencia penal considerar nombramiento a un cargo cuando este es de no ejercicio material, vale decir, cuando, pese a estar contemplado legalmente, no existe en la práctica; lo que en lenguaje de VILLADA hace alusión al

(507) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 277.

nombramiento de «funcionarios fantasmas»[508] o creados *ex profeso* sin fundamento administrativo.

2. No concurrencia de los requisitos legales[509]

¿Cuál es la naturaleza de los requisitos que tornan ilegítimo el nombramiento?

La ley es explícita sobre este punto. Se trata de requisitos legales, es decir, contemplados en las respectivas leyes o dispositivos menores (reglamentos, resoluciones administrativas, etc.). El funcionario no puede crear requisitos según su criterio para subsanar o convalidar, ni para exigir otros arbitrariamente. No ingresa, por tanto, el criterio de la menor o falta de idoneidad personal al no poder ser ello considerado un requisito legal[510], pero sí, por ejemplo, las incompatibilidades legales o administrativas.

La no concurrencia de los requisitos legales exigibles para el cargo público tiene que analizarse según las jerarquías de cargos establecidos y conforme a lo que las leyes determinan.

Las causas inhabilitantes son diversas y se adecuan a la naturaleza y jerarquía del cargo postulado, admitiéndose doctrinariamente que deberán ser esenciales para configurar delito[511].

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El sujeto activo debe conocer que no posee los requisitos legales y obrar de conformidad con dicho conocimiento para aceptar el cargo. Resulta suficiente el dolo eventual; no obstante, ello es debatible desde la perspectiva del principio de *ultima ratio.*

Cabe aceptar la hipótesis de error de tipo invencible.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al tratarse de un comportamiento constituido sobre un supuesto de hecho inicial imputable a funcionario público, la consumación del delito de aceptación ilegal se produce al admitir voluntaria y formalmente el

(508) VILLADA: *Delitos contra la función pública*, cit., p. 308.
(509) Véase, al respecto, CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* T. 2, cit., p. 272.
(510) Al respecto, DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 190.
(511) Véase ÁNGELES y FRISANCHO: *Código Penal VII,* cit., p. 3229.

cargo (con el juramento, firma de conformidad, asunción del cargo, etc.), o según exija la formalidad del caso.

El supuesto de hecho permite que el nombrado, conocedor de que carece de los requisitos legales, rehúse o rechace la designación formal para no ser imputable a título de delito. El rechazo o la oposición aludida tiene que ser de modo expreso y puesto en conocimiento a la administración estatal o entidad que corresponda. En el caso de que el que es nombrado dude de su capacidad legal para el cargo, ello no podrá ser considerado argumento de relevancia penal para imputarle el delito.

Al tratarse de un acto formal y de simple actividad no fragmentable, no cabe admitir tentativa.

VIII. PARTICIPACIÓN

Puede darse instigación por parte de particulares, funcionarios o servidores públicos.

IX. CONCURSO DE DELITOS

La asunción de funciones derivada de la aceptación ilegal puede generar un contexto bipolar de ámbitos de relevancia. En primer término, el sujeto activo deviene en un funcionario *de facto*, siendo de interés para el Derecho Administrativo; en segundo lugar, poseyendo el sujeto activo pleno conocimiento de no tener derecho al cargo y que su título irregular es producto de actividad delictiva, y en tal convencimiento ejerce funciones, esto es, desempeña actividades de ejercicio funcional, genera un probable concurso con el delito de usurpación de funciones (artículo 361).

X. PENALIDAD

La misma que para el delito de nombramiento ilegal, es decir, de sesenta a ciento veinte días-multa más inhabilitación.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD
SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

«Los delitos cometidos por funcionarios públicos son considerados como de "infracción de deber", ya que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (de aseguramiento y fomento) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente 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 penal especial– explica la existencia de los delitos de infracción de deber».

(Ejecutoria suprema del 5 de octubre de 2009, R. N. Nº 2065-2008-Lima)

2. ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LA LEGALIDAD

«El delito de abuso de autoridad se produce cuando el funcionario público abusando de sus atribuciones comete u ordena en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera; lo cual significa que el acto dispuesto por el sujeto 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 acontece cuando dicha acción se realiza voluntariamente».

(Ejecutoria suprema del 18 de marzo de 2009, R. N. Nº 1174-2007-Cusco)

3. INEXISTENCIA DE ORDEN ARBITRARIA

«El delito de abuso de autoridad se configura cuando un funcionario público realiza u ordena una conducta arbitraria, que rebasa sus atribuciones y competencias dadas a un funcionario público; situación que no se presenta en este caso, puesto que no existe medio de prueba 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 agua y riego (de un distrito), respecto de la destrucción del mercado de abastos

y de la piscina municipal del mismo distrito, por lo que la decisión adoptada por la sala penal superior resulta adecuada».

(Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2011, R. N. N° 1666-2010-Cusco, Sala Penal Permanente)

4. DELITO COMISIVO Y NO OMISIVO

«El delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado en el artículo 376 del CP es un delito de naturaleza comisiva y no omisiva; este delito tiene dos modalidades de ejecución: 1- Cometer un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien; 2- Ordenar un acto arbitrario en perjuicio de alguien. En el primer supuesto, el delito se consuma cuando 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 tener un tipo penal de mera actividad, el tipo se consuma al producirse la orden o mandato por parte del funcionario público; en el caso de autos se tiene que la omisión atribuida al procesado por no haber efectuado una eficaz supervisión del dinero y bienes que ministraba, no se adecua a ninguno de los dos supuestos de abuso de autoridad; que de otro lado, en autos no se ha aportado medio de prueba alguno que acredite que el procesado en su condición de funcionario público en forma dolosa haya cometido u ordenado un acto arbitrario, es decir un acto ilegítimo contrario a la ley en perjuicio de la municipalidad distrital».

(Ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2004, R. N. N° 779-2004-Piura)

5. EMBARGO ARBITRARIO DE BIENES

«Se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la Municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la agraviada, quien no tenía ninguna obligación con la citada comuna».

(Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2001, Exp. N° 4562-2000-Lima)

6. COMPORTAMIENTO IMPUTADO NO TÍPICO

«Se imputa al inculpado haberse beneficiado mediante el pago de incentivos laborales cuya percepción no le correspondía, debiéndose 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 lícitamente».

(Ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2003, R. N. N° 2240-2002-Arequipa)

7. NO ES ACTO ARBITRARIO AQUEL AMPARADO EN LA LEY

«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 puede 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 de Queja N° 17-2013-Callao)

8. AUSENCIA DE DOLO EN ACTUACIÓN DE DIRECTOR DE UGEL

«*Quinto:* Del estudio de autos se advierte que si bien por Resolución Directoral N° 728 de fecha 22/08/2006, suscrita por el Director de la UGEL, se resolvió en cumplimiento del Acta de conciliación dejar sin efecto la Resolución Directoral, N° 0596 del 24/05/2006, ordenando que la docente retome su plaza en la que venía laborando en el Colegio José Carlos Mariátegui; sin embargo debe tomarse en cuenta que mediante Oficio 1080, de fecha 11/06/2006, el mismo Director de la UGEL Daniel Alcides Carrión, dispuso que se otorgue a la agraviada posesión del cargo en la Escuela Primaria de Menores número 3490 de la localidad de Quiroz. *Sexto:* Que igualmente no puede dejarse de valorar, que por Resolución Directorial N° 040-DIE-34145-JCM SAT, de fecha 28/12/2006, se aprobó el número de secciones correspondientes al Centro Educativo dirigido por el procesado, disponiendo su correspondiente cuadro de docentes entre los que no se encontraba la agraviada. *Sétimo*: Que sobre este mismo particular debe merituarse igualmente el acta de fojas (...), suscrito por el Director de la UGEL, en donde los padres de familia del Colegio José Carlos Mariátegui, dejan constancia de la no existencia de alguna sección para acoger a la docente, responsabilizándose a la UGEL de tal situación. *Octavo*: Que el encausado ha sido uniforme en su posición en negar los cargos efectuados en su contra insistiendo que ninguna de las decisiones que adoptó en relación al caso de la profesora agraviada fueron arbitrarias, pues actuó en función del contexto regulativo determinado por el Director de la UGEL, y si bien no se materializó la reincorporación de la mencionada docente ello obedeció a razones ajenas a su voluntad. *Noveno*: Que conforme se ha discernido en los considerandos quinto, sexto y sétimo de la presente ejecutoria, no puede más que concluirse que la Resolución Directoral antes mencionada, en el contexto expuesto, 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 en el 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*", consagrado en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, siendo del caso absolver al citado procesado».

(Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2013, R de Queja N° 17-2013-Callao)

9. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE FUNCIÓN: ATIPICIDAD

«No existe delito de incumplimiento de deberes funcionales si la imputación de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resuelve la queja interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado en la fecha de los hechos para pronunciarse respecto a la queja administrativa interpuesta».

(Ejecutoria Suprema del 16 de abril de 1998, Exp. N° 4689-97-Junín)

10. ABUSO DE AUTORIDAD: AUSENCIA DE DOLO Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

«No existiendo elementos convincentes que lleven a la certeza que el encausado, oficial de la Policía Nacional, haya actuado dolosamente, no habiendo intervenido en los actos arbitrarios imputados, ya que en su calidad de jefe de delegación dispuso que la labor investigatoria fuese efectuada por otro oficial subalterno; pero sí la convicción de que actuó negligentemente al no dictar las medidas correctivas pertinentes, habiendo sido sancionado por ello, sus actos no se subsumen en el delito doloso por naturaleza del abuso de autoridad».

(Ejecutoria suprema del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 5676-97-Cono Norte-Lima).

11. ABUSO DE AUTORIDAD: INSUFICIENCIA PROBATORIA DE LA SOLA IMPUTACIÓN

«Si durante la secuela del proceso no se ha actuado elemento probatorio alguno que corrobore la imputación vertida por la agraviada, la cual en todo caso carece de la suficiente contundencia y credibilidad para sustentar por sí sola una sentencia condenatoria, máxime si no se señala fecha exacta en que supuestamente se efectuó el embargo cuestionado del cual no existe acta, ni la agraviada formuló reclamo alguno sino hasta más de dos años después; no hay nulidad en la sentencia que absuelve el encausado».

(Ejecutoria suprema del 10 de marzo de 1998 en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 5706-97-La Libertad)

12. ABUSO DE AUTORIDAD: CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

«El hecho de haber dispuesto la directora de un colegio nacional, mediante memorándum, el no ingreso a las instalaciones de dicho centro educativo a los directivos

de la asociación de padres de familia, mientras ellos no hicieran entrega de la documentación respectiva a la nueva directiva de la asociación de padres de familia (Apafa), con el fin de salvaguardar los bienes de la referida asociación, no constituye hecho punible, menos aún acredita responsabilidad penal de la acusada».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1998 en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema N° 3276-97, Exp. N° 2610-97-Áncash)

13. ABUSO DE AUTORIDAD: RELEVANCIA PENAL DE NOTIFICACIÓN ILEGAL

«Constituye delito de abuso de autoridad haber citado en su calidad de miembro policial mediante notificación y sin que exista denuncia policial correspondiente, a un ciudadano para esclarecimiento de hechos».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998 en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema N° 2590-97, Exp. N° 1094-97-Callao).

14. ABUSO DE AUTORIDAD: FALTA DE CALIDAD ESPECIAL EN EL SUJETO ACTIVO

«No cometen delito de abuso de autoridad los auxiliares coactivos que en una medida de ejecución embargan bienes que no debieron ser materia de dicha acción, pues no tienen la calidad de funcionarios públicos, al ser subalternos a las órdenes del ejecutor coactivo; si los agentes no actúan dolosamente se trata de una irregularidad administrativa».

(Ejecutoria suprema del 18 de diciembre de 1997 en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 106-97-Lima).

15. ABUSO DE AUTORIDAD: SUSPENSIÓN DE PENSIÓN

«Comete delito de abuso de autoridad, el alcalde que mediante resolución de alcaldía ordenó la suspensión de la pensión de cesantía, medida que persistió no obstante que al presentarse recurso de reconsideración la oficina de asesoría legal emitió informes favorables».

(Ejecutoria suprema del 10 de octubre de 1997, Exp. N° 3867-96-La Libertad).

16. ABUSO DE AUTORIDAD Y DELITO CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO: CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

«La retención de haberes del agraviado dispuesta por el procesado en su calidad de jefe del órgano de control interno del sector educación, con pretexto de que tenía pendiente el descargo del pliego de cargos debe ser analizado a la luz de las pautas administrativas que orientan el sistema de control y que estaba obligado a ejecutar; que la decisión del procesado obedecía en razón a la inoperancia del

agraviado en las labores encomendadas para el funcionamiento del programa no escolarizado de primaria para adultos, y dada la condición de fiscalizador adoptó dicha medida; que de consiguiente la conducta del procesado se halla dentro de los parámetros de las disposiciones administrativas, no habiéndose probado los excesos en sus funciones».

(Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997, Exp. N° 4908-96-Huánuco)

17. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTO NO ILEGAL

«No constituye delito de abuso de autoridad el haber omitido el juez ordenar la necropsia de ley, si no ha actuado ilegalmente al incurrir en dicha omisión».

(Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 1997, Exp. N° 4464-96-Arequipa)

18. ABUSO DE AUTORIDAD: NULIDAD DE SENTENCIA

«Existe nulidad en la sentencia que por error condena al acusado por delito de abuso de autoridad pese a que el auto de enjuiciamiento, la acusación fiscal y parte de los considerandos de la sentencia se refiere al delito de usurpación de autoridad, delito cuyas características típicas no se adecuan al comportamiento del acusado».

(Ejecutoria suprema del 2 de octubre de 1997, Exp. N° 5691-96-Huánuco)

19. ABUSO DE AUTORIDAD Y CONTRA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: POLICÍAS

«Cometen delito de abuso de autoridad y contra la función jurisdiccional los policías que al confeccionar el parte policial varían los hechos, detienen al agraviado, dejan en libertad al causante de las lesiones, existiendo además omisión de actuación de diligencias necesarias».

(Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 1997, en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema N° 2852-97, Exp. N° 968-96-Lima)

20. ABUSO DE AUTORIDAD: MALTRATOS FÍSICOS

«No es causal de justificación de los maltratos físicos conferidos a los agraviados, el hecho que ello haya sido practicado en represalia al homicidio cometido por estos, más aún si los actos imputados de abuso de autoridad son atribuidos al jefe de una base militar».

(Ejecutoria suprema del 2 de junio de 1997, en conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema N° 2029-97, Exp. N° 1387-97-Ayacucho)

21. ABUSO DE AUTORIDAD: DUALIDAD DE AGRAVIADOS

«Declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida que absuelve al procesado de la acusación fiscal por el delito de abuso de autoridad en agravio de la Comunidad de Salamanca y el Estado».

(Ejecutoria suprema del 5 de diciembre de 1996, Exp. N° 2057-95-Arequipa)

22. ABUSO DE AUTORIDAD: QUIEBRE DE AUDIENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

«La Sala Penal Superior no ha observado lo previsto en el artículo 234 del C. de P.P. que señala que iniciada la audiencia, esta continuará en las sesiones que sean necesarias hasta su conclusión, habiendo el Colegiado transgredido dicha disposición, lo que origina la nulidad de la resolución materia de grado y la realización de un nuevo juicio oral, sin embargo, es de advertir que a la fecha se han cumplido las exigencias temporales previstas en los artículos 80 y 83 del Código Penal, por lo que la acción fiscal se ha extinguido por prescripción».

(Ejecutoria suprema del 15 de noviembre de 1996, Exp. N° 2123-94-B-Ica)

23. ABUSO DE AUTORIDAD: COMPONENTES TÍPICOS FUNDAMENTALES

«El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien. Si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución. En este tipo de delitos la calidad de agraviado siempre lo posee el Estado».

(Ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 1996 [ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 235])

24. ABUSO DE AUTORIDAD: APLICACIÓN DE PENA

«El colegiado, al imponer la pena, debe tener en cuenta las condiciones personales del procesado, así como la forma y circunstancias en que se perpetró el hecho punible conforme a lo normado en el artículo 46 del C.P.; que, no habiéndose observado tales presupuestos, es procedente imponer al miembro de la Policía Nacional que cometió el delito con evidente abuso de su cargo la accesoria de inhabilitación y el aumento de la reparación civil».

(Ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 1996, Exp. N° 5445-95-B-Lambayeque)

25. ABUSO DE AUTORIDAD: PRESCRIPCIÓN DE OFICIO

«Los hechos se consumaron el 30 de setiembre de 1993, teniendo en cuenta que el delito de abuso de autoridad se encuentra previsto y penado por el artículo 376 del Código Penal con pena privativa de libertad no mayor de dos años; por lo que estando a la fecha de comisión del ilícito a esta parte ha transcurrido con

exceso el término extraordinario que para la prescripción de la acción penal precisan los artículos 80 y parte final del 83 del Código Penal; por lo que es del caso declararla de oficio, conforme a la facultad conferida por el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales».

(Ejecutoria suprema del 28 de octubre de 1996, Exp. N° 4751-95-B-Lima)

26. ABUSO DE AUTORIDAD: SUJETO PASIVO

«En el delito de abuso de autoridad el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado; que siendo esto así es del caso absolver al procesado».

(Ejecutoria suprema del 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 895-96-Huánuco)

27. ABUSO DE AUTORIDAD: NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DEL COLEGIADO

«Que conforme se advierte de autos, tanto el juez penal como el colegiado han incurrido en negligencia inexcusable, atentando contra el debido proceso, por lo que son pasibles de la medida disciplinaria a que se refiere el artículo 209 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(Ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 1996, Exp. N° 2695-95-B-Puno)

28. ABUSO DE AUTORIDAD: OMISIÓN DEL PLAZO DE PRUEBA

«Que el colegiado, al dictar la sentencia materia de grado, ha omitido señalar el plazo de prueba de la pena condicional impuesta a las encausadas, a que se refiere el artículo 57 *in fine* del Código Penal, por lo que es del caso integrar dicho fallo conforme a la facultad conferida por el penúltimo párrafo del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales».

(Ejecutoria suprema del 18 de julio de 1996, Exp. N° 3285-95-B-Lima)

29. ABUSO DE AUTORIDAD: AGRAVIADO

«En el delito contra la Administración Pública-abuso de autoridad es erróneo considerar al Estado como parte agraviada, esa calidad la tiene la persona afectada».

(Ejecutoria suprema del 18 de julio de 1996, Exp. N° 3285-95-B-Lima)

30. ABUSO DE AUTORIDAD: DEFINICIÓN Y 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 del 12 de mayo de 1993, Exp. N° 1917-92-Junín [Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 236])

31. ABUSO DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No constituye detención arbitraria cuando el agraviado es conducido a una comisaría y permanece en ella por 24 horas, al haberse resistido al requerimiento que se identificara ante la autoridad policial».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1985, Exp. N° 2024-84-Lima [*Jurisprudencia penal,* Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, pp. 167-168])

32. ABUSO DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«Los errores en que incurren las autoridades judiciales al practicar diligencias en una instrucción al margen de actuación dolosa no comprobada no constituyen delito de abuso de autoridad sino faltas de carácter disciplinario; y el Estado en estos casos no resulta agraviado de delito de abuso de autoridad que solo puede cometerse en daño de un particular. Procede dictarse sentencia absolutoria».

(Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 1981 [*Jurisprudencia penal,* Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, p. 169]).

33. ABUSO DE AUTORIDAD: INEXISTENCIA DE RELACIÓN FUNCIONAL. COMISIÓN DE DELITO COMÚN

«En el delito de abuso de autoridad el agente debe ser un funcionario público que actúa en ejercicio de sus funciones. Si el acusado no obró en función de su cargo de Guardia Civil sino como particular, en estado de embriaguez relativa y bajo el amparo del uniforme, su actitud no configura el delito de abuso de autoridad. Se le condenó por lesiones».

(Ejecutoria del 6 de enero de 1970 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 117]).

34. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS TÍPICOS

«Incurre en delito de abuso de autoridad el visitador del Departamento de Recaudación de la Caja de Depósitos y Consignaciones que arbitrariamente ordenó se suspendiera la venta al público de papel sellado y timbres».

(Ejecutoria suprema del 1 de julio de 1963 [Espino Pérez, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397])

35. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS FUNCIONALES

«No comete delito de abuso de autoridad el funcionario policial que en ejercicio de sus funciones ordena la comparecencia de grado o fuerza, para unas investigaciones, de una persona a la que se imputaba delito de ejercicio ilegal de la abogacía».

(Ejecutoria suprema del 28 de junio de 1963 [*Revista Jurídica del Perú*, Lima, 1963, p. 254; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397])

36. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS TÍPICOS

«Procede la apertura de instrucción por abuso de autoridad contra el Alcalde de un Concejo Municipal, que en su condición de funcionario público, se opuso a que se sepultara en el cementerio del lugar el cadáver de la hija de un vecino».

(Ejecutoria suprema del 18 de abril de 1962 [*Revista Jurídica del Perú*, Lima, 1962, p. 143; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397])

37. ABUSO DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No configura el delito de abuso de autoridad el hecho de haber oficiado el Agente Fiscal a la policía para que practicara investigaciones y le diera cuenta del resultado, con motivo de una denuncia que recibió en el sentido de que el marido de la denunciante había abandonado el hogar, fugándose con otra mujer, y dejándola sin medios de subsistencia para ella y sus menores hijos».

(Ejecutoria suprema del 4 de junio de 1955 [ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397])

38. ABUSO DE AUTORIDAD DE JUEZ

«Incurre en delito de abuso de autoridad el juez que da una orden de allanamiento de domicilio a mérito de una simple petición de la autoridad política, sin existir instrucción ni juicio civil ante su jurisdicción».

(Ejecutoria suprema del 29 de mayo de 1952 [*Revista del Foro*, 1952, Lima, p. 609; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 396])

39. ABUSO DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No comete delito de abuso de autoridad el Inspector de Enseñanza que en ejercicio de sus atribuciones eleva con informe la denuncia interpuesta contra una maestra, determinando la destitución de esta».

(Ejecutoria suprema del 23 de noviembre de 1951 [*Anales Judiciales,* 1951, Lima, p. 183; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397])

40. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS FUNCIONALES Y VÍAS LEGALES

«Los actos propios de la función del Juez pueden dar lugar a los recursos legales correspondientes, pero no a denuncia por los delitos de abuso de autoridad, violación de domicilio y otros hechos».

(Ejecutoria suprema del 28 de octubre de 1950 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, Lima, p. 1542]).

41. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS FUNCIONALES

«Las autoridades municipales al ordenar la destrucción de obras mediante las cuales se pretendía desviar sin autorización alguna un camino público, no cometen delito de abuso de autoridad».

(Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 1950 [Espino Pérez, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 396]).

42. ABUSO DE AUTORIDAD: VINCULACIÓN FUNCIONAL

«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 y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente».

(Ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2003, R. N. N° 2240-2002-Arequipa [*Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, año 10, N° 75, diciembre, 2004, p. 266])

43. ABUSO AGRAVADO DE AUTORIDAD

«Se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la agraviada, quien no tenía ninguna obligación con la citada comuna».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, Exp. N° 1094-97-Callao [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 636])

44. ABUSO AGRAVADO DE AUTORIDAD

«La orden de embargo contra una cuenta bancaria de una municipalidad, realizados por funcionarios del Instituto Peruano de Seguridad Social, constituye una medida arbitraria, al existir prohibición legal expresa de este tipo de embargos, constituyendo estos hechos, delito de abuso de autoridad».

(Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 23 de abril de 1999, Exp. N° 97-0116-151201JP04 [Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, Lima, 2000, p. 409]).

45. ABUSO DE AUTORIDAD: INEXISTENCIA DE ACTO ARBITRARIO

«La imputación contra la encausada estriba en que, en su condición de jefa de la Oficina de Rentas de la municipalidad no cumplió con tramitar las solicitudes especiales de funcionamiento en perjuicio del agraviado pese a que era su obligación hacerlo; pero se le absuelve de tal delito, al no haber quedado probado en autos con prueba idónea su responsabilidad penal en el ilícito imputado, pues la no expedición de la licencia obedeció a las observaciones que se habían efectuado a la documentación presentada, las cuales se encuentran sustentadas en la ley y en la ordenanza municipal expedida».

(Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2003, Exp. N° 3121-2002-Cañete [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 104])

46. ABUSO DE AUTORIDAD: RELEVANCIA EXTRAPENAL

«No constituye delito de abuso de autoridad la conducta de los funcionarios ediles que incumplen el contrato celebrado para la presentación de servicios, dejando de abonar las remuneraciones debidas a los extrabajadores municipales agraviados, debiendo estos hechos ser tramitados en la vía correspondiente al tratarse de un reclamo por deuda».

(Ejecutoria superior de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque del 4 de junio de 1999, Exp. N° 1999-2177-O-1701-J-PE-4 [Academia de la Magistratura, Serie de jurisprudencia 3, Lima, 2000, p. 472]).

47. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES: DEFINICIÓN

«En cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, el artículo 3770 del Código Penal señala que el funcionario público, ilegalmente, omita, rehúse o retarde algún acto de su cargo; omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer de un determinado tiempo o momento; rehusar cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función».

(Ejecutoria suprema del 14 de enero de 2000 (Sala C), Exp. N° 5201-99-Loreto [*Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas Legales, Tomo 288, mayo, 2000, p. A-74]).

48. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES: AUSENCIA DE REQUERIMIENTO

«No se dan los elementos típicos que acreditan la existencia del delito de incumplimiento de deberes funcionales toda vez que de autos se aprecia que no existe

documento alguno que nos indique que el procesado hubiere sido requerido por autoridad competente de la entrega de los libros contables y que se haya negado a realizar un acto propio de su cargo, pues si bien existe carta notarial, esta estaba dirigida al alcalde y no al acusado».

(Ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002, Exp. N° 371-2001-Puno [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 108])

49. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES: AUSENCIA DE CONDUCTA TÍPICA

«Que se imputa al procesado la comisión del delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 377 del Código Penal, al haber omitido dar cumplimiento al requerimiento que le hacían miembros del Ministerio Público con respecto a la remisión de resultados de las investigaciones; que, durante el desarrollo de la instrucción se ha llegado a determinar que el procesado al recibir el oficio de requerimiento tomó las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo solicitado, comunicando a la Fiscalía el resultado de las investigaciones, siendo que estas no podían cumplirse por no contar con los antecedentes, disponiendo además que se notifique al encargado de la investigación quien ya no laboraba en la comisaría, es decir, realizando todas las diligencias necesarias para dar cumplimiento a lo solicitado, por lo que su conducta no se encuentra en los alcances del artículo 377 que exige que el sujeto activo rehúse, omita o retarde algún acto de su función».

(Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 13 de septiembre de 2000, Exp. N° 2006-2000 [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, p. 734)

TÍTULO III

LOS DELITOS DE CONCUSIÓN

SUMARIO: I. Concusión. **II.** Clases de concusión. **III.** Los modelos de Derecho comparado: 1. Los modelos históricos. 2. Los modelos contemporáneos. **IV.** El concepto de concusión. **V.** Concusión y extorsión. **VI.** Los delitos de concusión y el Código Penal de 1991. **VII.** Bien jurídico protegido.

I. CONCUSIÓN

La palabra «concusión» es un vocablo que deriva del latín *«concutio»*, *«concussio»* o *«concutere»*, cuyo significado es el de sacudir o agitar violentamente algo (un objeto, un árbol). En la semántica latina es un verbo transitivo, es decir, de acción, de amplio significado, pues designa tanto a acciones singulares focalizadas en función a personas como a conmociones políticas. Es en la primera acepción que dicho término fue ganando un posicionamiento en el ámbito jurídico. Originalmente se usó en el lenguaje popular para «representar la idea de sacudir un árbol para hacer caer y recoger sus frutos»[512], idea matriz alegórica que servirá de fuente para su traslado al campo de la relevancia penal romana bajo las formas de extorsión y corrupción.

En Grecia, Trasíbulo, general ateniense y líder político democrático, al igual que Alcibíades, noble estadista de controvertida vida política, familiar de Pericles y amigo de Sócrates, a fines del siglo V y comienzos del siglo IV antes de Cristo, fueron imputados de haber extorsionado Beocia –al noreste de Atenas–, el primero, y toda Grecia, el segundo[513]. La Ley de las XII Tablas, cuerpo jurídico creado a solicitud del Tribuno Cayo TERENTILIO ARSA, redactado a mediados del siglo V antes de Cristo, como

(512) CARRARA: *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2566.

(513) Véase, PIERANGELI, José Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 830.

forma de limitar el excesivo poder de los pretores (magistrados encargados de administrar justicia en la Roma monárquica, vinculados estrechamente con los cónsules), sancionó severamente y de modo indiferenciado hasta con pena de muerte los casos de concusión del juez, rigor que irá disminuyendo en los siglos restantes de la República(514). En la Roma republicana, concusión y corrupción tuvieron un origen común a través de la denominación legal *«crimen repetundarum»*. Numerosos dispositivos cohesionados bajo la *lex repetundarum,* impulsada por el tribuno de la plebe Cayo GRACO y dictados a través del tiempo en la época de la República, estuvieron orientados a reprimir los excesos de los gobernadores y magistrados provinciales en la exacción económica de las poblaciones de las provincias romanas, bajo una fuerte oposición de los sectores conservadores del Senado y la Magistratura.

Cayo Sempronio GRACO fue un notable jurista y político romano, que durante su periodo de tribuno representante de la plebe (123-122 a. C.), llevó a cabo una serie de importantes reformas legislativas que modernizaron la estructura jurídica de su tiempo, permitiendo a los ofendidos por el delito presentar sus denuncias e intervenir directamente ante los jurados, quebrando así el sistema inquisitivo precedente altamente formalizado, contribuyendo a diseñar el sistema acusatorio en el procedimiento penal. Reforzó los tribunales con magistrados formados en Derecho. Fueron creadas las *Quaestio Perpetuae* o tribunales permanentes para juzgar las concusiones. En sistema de penas creó la pena del *duplum*, por el cual los condenados por delito de concusión pagarían el doble del monto extorsionado(515).

Un milenio más tarde, contado desde la irrupción de la Ley de Las Doce Tablas, durante el declive del Imperio romano, el *Digesto,* el otro gran legado jurídico de la civilización romana, hizo depender el delito de concusiones del hecho de poseer el agente una magistratura, potestad, administración, legación o cualquier otro oficio, cargo o ministerio público. Las conductas asimiladas fueron los actos de corrupción del funcionario y

(514) Ley de las XII Tablas, Tabla IX (Pena de muerte al juez o árbitro que reciba dinero para sentenciar). Este primer cuerpo sistemático de leyes occidentales data aproximadamente del año 449 a. C. Véase Ley de las XII Tablas (*Lex XII Tabularum*), 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2011, con observaciones históricas y un estudio preliminar de Cesar RASCÓN GARCÍA y José María GARCÍA GONZÁLEZ.

(515) Véase, GONZALES ROMANILLOS, José Antonio: *La corrupción política en la época de Julio César. Un estudio sobre la Lex Iulia de Repetundis*, Granada Editorial Comares, 2009, p. 29 y ss.

las exigencias de dinero, permitiéndose actuar contra los herederos hasta por un año del deceso(516).

La Roma imperial, con más énfasis que la republicana, acusó una alta incidencia de exacciones ilegales practicadas por sus funcionarios, sobre todo en los territorios conquistados. En efecto, numerosos pretores, centuriones, cuestores y demás funcionarios menores fueron objeto de incesantes quejas ante el Senado por las expoliaciones cometidas contra las poblaciones anexadas(517). BRUCHI nos delinea el escenario en los siguientes términos: «Al crear las expoliaciones inmensas fortunas, no solo se aseguraba el funcionario su propia impunidad al poder comprar a sus propios jueces, sino que proporcionaba el medio de adquirir nuevo poderío; se expoliaba en las provincias para dominar en los comicios y se corrompían los comicios para sojuzgar a las provincias»(518).

Las diversas leyes romanas que luego serían recogidas en el *Digesto*: Lex Calpurnia (160 a. C.), Lex Acilia repetundarum (123 a. C.), Lex Cornelia (81 a. C.) y Lex Iulia (30 a. C.), comprendieron en la denominación *concusión* tanto a las diversas modalidades de corrupción de funcionarios como a las conductas de cobros ilegítimos (concusiones y exacciones

(516) Digesto, Libro XLVIII, Título XI: De la *lege iulia repetundarum*:
"3. Por la Ley Julia sobre concusiones es responsable el que teniendo alguna potestad hubiere recibido dinero por juzgar o decretar.
(...)
5. En virtud de esta ley se da acción también contra los de la comitiva de los jueces.
6. Al condenado por esta ley se le prohíbe prestar públicamente testimonio o ser juez o demandar.
7. Pena de destierro.
(...)
9. Los que por dinero recibido corrompieron el cargo que públicamente se les encomendó son acusados del delito de concusión".
Véase también Código, Libro IX, Título XXVII: *Ad legem iuliam repetundarum* (sobre la Lex Iulia relativa a exacciones ilegítimas):
"1. Para que la pena de uno solo pueda implicar miedo a muchos, mandamos que el duque, que administró mal, vaya con la competente custodia a la provincia que había despojado, a fin de que contra su voluntad pague el cuádruplo no solamente de lo que –no diré su doméstico, sino el soldado raso y el servidor– recibió más también de lo que él mismo robó o quitó a nuestros provincianos.
2. Sepan los jueces, que la pena, por sus propios hechos, ha de ser reclamada o de ellos o de sus herederos".

(517) En la historia romana contrasta notoriamente la época de la Monarquía y el esplendor de la República con la etapa del Imperio, donde el deber público y la moralidad política se convirtieron en un cálculo de intereses y un pretexto para enriquecerse.

(518) BRUCHI, A.: "Concussione", in *Il Digesto Romano*, Torino, 1896, citado por RAMOS MEJÍA, Enrique: *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 13.

ilegales). La diferenciación entre los conceptos *concusión* y *corrupción* solo ocurrirá en el siglo XIX en la época de las grandes codificaciones.

II. CLASES DE CONCUSIÓN

Una clasificación tradicional sustentada por CARRARA y CARMIGNANI y que se remonta a las elaboraciones de los posglosadores italianos del siglo XVI –principalmente de Prosperus FARINACCI, el más destacado jurista (académico y juez) italiano de esa época– diferenciaba entre:

a) Concusión *propia* e *impropia,* según sea un funcionario o un particular el que obligue, exija o induzca a la entrega del bien, dinero o beneficio. Esta clasificación, hecha sobre la base de elementos de la extorsión, exacción y estafa, no goza en la actualidad de aceptación, por cuanto los Códigos modernos tratan a la –denominada por CARRARA– concusión impropia en el rubro común de la extorsión.

b) *Concusión explícita* e *implícita.* Aquí la distinción está hecha ya no en atención al sujeto que delinque, sino en función de la naturaleza del medio empleado. Así, será explícita la concusión cuando el funcionario hace uso de su poder o de su calidad para que por medio de amenazas o exigencias la víctima le dé o prometa dar. Mientras que la concusión será implícita cuando haga uso de subterfugios, engaños, inducción a error, en suma, fraude, para lograr igual propósito de dación o promesa de bien, dinero o beneficio económico. Esta clasificación es válida y ha pervivido a través de los siglos, siendo acogida por numerosas legislaciones penales.

Se distingue también como dos formas de concusión la *concusión básica* y *la exacción ilegal*, siendo la primera de contenido genérico, y específico la segunda. Esta última toma como objeto del delito a las contribuciones, impuestos, sueldos o emolumentos y no requiere necesariamente del provecho económico personal como elemento típico constitutivo. En realidad, no se trata en rigor de una concusión en el sentido tradicional del término. Modalidad específica de exacción ilegal que se mantiene en la mayoría de Códigos Penales del mundo occidental, a veces junto a la concusión, como sucede con el Código Penal peruano y el de Panamá, entre otros.

No todos los Códigos Penales hacen la diferenciación entre concusión y exacción ilegal. Así, por ejemplo, el Código francés de 1810, los Códigos

Penales españoles de 1973 y 1995, o el argentino de 1922, entre otros[519], solo aluden a las exacciones ilegales; y otros han integrado en un solo tipo legal ambas tipicidades, como sucede con el Código Penal portugués y el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

III. LOS MODELOS DE DERECHO COMPARADO

1. Los modelos históricos

El Código Penal francés de 1810 ofrece en su modelo legal de concusión una construcción típica sobre la base de las exacciones ilegales cometidas por funcionarios, empleados, recaudadores de impuestos y otros. En efecto, el núcleo típico del artículo 174 hace referencia a las exigencias o cobros realizados sabiéndose que no eran debidos o, siéndolos, se cobraba en exceso por derechos, tasas contribuciones, rentas o salarios[520].

Los Códigos Penales toscano de 1853 e italiano de 1889 también regularon el delito de concusión. Este último es el que crea varias hipótesis de concusión en sus artículos 169 y 170. El artículo 169 obedece a una figura genérica de concusión explícita; mientras que el 170, a una figura implícita[521], a la vez que contempla la hipótesis legal de la concusión por aprovechamiento del error de otro. El Código Penal italiano en ambos artículos ofrece un marco punitivo atenuado si el valor del objeto del delito es mínimo.

El Código Penal alemán de 1871, en su artículo 353, asume abiertamente la fórmula de exacciones ilegales, sin hacer referencia a la figura genérica de concusión.

Los antiguos Códigos españoles de 1822, 1848-50, 1870, 1928 y 1940 definieron una línea de exacciones ilegales ubicadas al lado de los fraudes cometidos por funcionarios públicos. Solo el artículo 474 del Código de 1822 asimiló en una descripción algo ambigua la concusión genérica y la exacción.

(519) Véase "Legislación extranjera".

(520) Véase "Legislación extranjera".

(521) El legislador peruano de 1991 integraría ambas modalidades en la redacción de un único tipo penal: el artículo 382.

2. Los modelos contemporáneos

El Código portugués de 1982 legisla sobre el tema de concusión en su artículo 429 con una figura referida a la imposición ilegal de contribuciones o impuestos, bajo las modalidades *impusiere*, *fijare* o *recibiere* con destino al tesoro público, por sí o por otros, contribuciones, impuestos o valores de contribuciones superiores a los que fueren debidos. Debe indicarse que en la legislación penal portuguesa, la exacción ilegal está contemplada expresamente como una forma de abuso de autoridad, modelo que en el Código de 1995 ha sido variado mediante el artículo 379 en un modelo que lo acerca más al concepto clásico de concusión, sin por ello eliminar las conductas típicas de exacción ilegal: "El funcionario que en ejercicio de sus funciones o de poderes *de facto*, por sí o por persona interpuesta con o sin su consentimiento o ratificación recibe para sí, para el Estado o para tercero mediante inducción en error o aprovechamiento del error de la víctima, ventaja patrimonial no debida o superior a la debida, contribución, tasa emolumento, multa o soborno, es sancionado con prisión de hasta 2 años o con pena de multa de hasta 240 días". Es notoria la diferencia de tratamiento punitivo del Código Penal portugués en relación con los artículos 382 y 383 del Código Penal peruano, al igual que en la concepción de diseño, pues llega a incorporar una hipótesis de concusión corruptora que no posee el modelo nacional.

En el Derecho Penal español actual se sigue la orientación de los Códigos precedentes. En efecto, el Código de 1995 solo contempla las exacciones ilegales. El Código Penal italiano de 1930 vigente, en cambio, fiel a la tradición del Código Penal de 1889, mantiene la concepción básica y genérica de concusión sin hacer mención de las exacciones ilegales, conservando tanto el abuso de la calidad como del poder como fuentes de vinculación de la conducta concusaria. El Código Penal francés de 1993 reafirma la línea del de 1810 de legislar en función de las exacciones ilegales (artículo 433.10) sin referirse a la concusión genérica.

Los Códigos latinoamericanos, por lo general, siguen el modelo italiano de concusión y han agregado además la mención francesa, suiza y española de las exacciones ilegales a la sistemática de sus Códigos Penales.

IV. EL CONCEPTO DE CONCUSIÓN

El concepto de concusión hace referencia a diversos elementos: constreñimiento, inducción, lucro, abuso de la calidad del sujeto especial, del cargo, etc., los que integrados posibilitan enunciar la siguiente noción conceptualizadora de alcance amplio: concusión es un modelo especial de abuso

de poder del funcionario público orientado a obtener provecho o utilidad económica ilegítima, ya sea mediante el temor (amenaza de un mal), engaño, presión, compulsión o el uso de la fuerza física; y donde el que ejecuta la acción ilícita se vale de su función, cargo o empleo para el logro de su propósito. Se observará que esta noción no congloba a las demás figuras contenidas en el rubro concusión del Código Penal peruano (exacción ilegal, colusión, patrocinio indebido), sino que solo está referenciada en el tipo 382 del Código; ello se explica por las serias dificultades de sistematización que existen para que el tipo básico de concusión pueda ser el referente de partida para dichas otras figuras penales.

La tesis de CARRARA de ver en la concusión el hecho de la obtención de lucro por medio del temor de la realización de un acto de autoridad causado contra la víctima por el que está investido de poder oficial, patentiza un concepto histórico de concusión que hizo exclusivo el temor como medio facilitador y a la autoridad como único sujeto activo del delito. En la actualidad se maneja un concepto legal más amplio de concusión, que comprende a la compulsión, amenaza y al engaño, y que extiende la autoría al servidor o empleado público.

V. CONCUSIÓN Y EXTORSIÓN

Decir que una concusión es una extorsión cometida con abuso de poder oficial, para diferenciarlo de la extorsión común cometida mediante el abuso de la fuerza física o la amenaza es efectivamente señalar un concepto correcto, pero, no obstante, insuficiente, pues la concusión penal posee mayor riqueza de componentes que la extorsión simple, donde no existe la inducción, el engaño o estratagema orientados al lucro.

La concusión penalmente relevante es similar a la extorsión simple en su núcleo fáctico de constricción o uso de la violencia para obtener un provecho o ventaja económica de la víctima; pero es diferente de la extorsión si consideramos a la concusión en su modalidad inducida, donde no existe violencia ni constreñimiento físico. Otra diferencia es el hecho de que la concusión, en sus dos modalidades típicas (constrictiva e inducida), requiera calidad especial en el sujeto activo y abuso del cargo, mientras que la extorsión simple supone un sujeto común y el uso de la fuerza física o la amenaza; asimismo, en la extorsión simple la acción ilícita puede ir dirigida a la víctima o por medio de ella a un tercero, hipótesis esta última que no se plantea expresamente en la concusión; además de que la concusión admite tanto la dación como la promesa de bien o beneficio patrimonial, que en la extorsión solo se produce con la dación.

VI. LOS DELITOS DE CONCUSIÓN Y EL CÓDIGO PENAL DE 1991

La Sección II del capítulo «Delitos cometidos por funcionarios públicos» ha reunido bajo el *nomen iuris* «concusión» cuatro figuras penales básicas poseedoras de contenido normativo propio (artículos 382, 383, 384 y 385) y una quinta figura que, salvo los sujetos activos distintos, debe responder a las conductas típicas señaladas en los artículos 384 y 385 del Código en lo que resulte aplicable y en función de los aportes y competencias de los particulares equiparados:

1. Concusión básica genérica (artículo 382).
2. Exacción ilegal (artículo 383).
3. Colusión (artículo 384).
4. Patrocinio ilegal o indebido (artículo 385).
5. Concusión y exacción extensiva a particulares (artículo 386).

La sistemática seguida por nuestra ley penal no puede ser catalogada de plausible y coherente, pues ha ubicado bajo un mismo rubro esquemas delictivos no necesariamente complementarios, es más, abiertamente diferentes entre sí varios de ellos. En efecto, es desacertada la técnica empleada de juntar comportamientos indiscutiblemente propios de la concusión (concusión básica y exacción) con otros propiamente de fraude contra los intereses patrimoniales del Estado (colusión) o de interés ilegítimo (patrocinio ilegal) imputables a los sujetos públicos. Ello origina serias dificultades al momento de definir el bien jurídico globalizador tutelado, al igual que al momento de la interpretación de los tipos penales con base en la idea rectora de concusión, sobre todo en los delitos de patrocinio ilegal y en las equiparaciones que lleva implícitas el artículo 386 (imputables a peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas).

El modelo o esquema de sistematización se torna así arbitrario, impertinente y forzado. El tipo penal de colusión defraudatoria, si bien ahora exhibe una técnica de redacción que focaliza mejor su lesividad, sin embargo, su ubicación sistemática sigue siendo incorrecta, debiendo localizarse en una sección propia dedicada a los delitos de fraudes y negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública. La figura penal extensiva contenida en el artículo 386 necesita igualmente de mayor taxatividad y precisión en su redacción y componentes de tipicidad remitida, pues tal como está redactada acusa una serie de vacíos de razonabilidad legislativa.

Hay que señalar que en los esquemas comparados de esta temática delictiva, la sección de los delitos de concusión está separada de los delitos de fraude, y la equiparación a los sujetos particulares solo se halla vinculada al delito de colusión defraudatoria.

Las características técnico-legislativas de los indicados tipos legales son las siguientes:

a) Son de naturaleza comisiva (artículos 383 y 385).

b) Son básicamente de naturaleza comisiva (activa), pero admiten modalidad omisiva (artículo 382).

c) Es de lesión o resultado (artículo 384, segundo párrafo). El artículo 383 admite igualmente modalidades lesivas.

d) Es de simple actividad y peligro (artículo 385).

e) Son tipos que combinan comportamientos de simple actividad y resultado (artículos 382 y 383).

f) Son delitos instantáneos (artículos 382, 383 y 384).

g) Pueden asumir un cierto nivel de permanencia (artículo 385).

h) Son tipos complejos por comprender diversas modalidades comisivas, combinar figuras de resultado y actividad, o hacer referencia a elementos normativos (artículos 382, 383 y 384).

i) Es tipo penal simple (artículo 385).

j) Son tipos que hacen referencia a elementos normativos (artículos 383 y 384).

k) Son tipos de dolo directo (artículos 382, 383 y 384).

VII. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Difícil se torna configurar el bien jurídico globalizador que informe de todas las figuras de concusión que han sido reunidas antitécnicamente por el legislador de 1991. La existencia de tipos penales de abuso de autoridad específicos, tales como la concusión simple del artículo 382 o las exacciones ilegales del artículo 383, nos lleva a ver en el aseguramiento, por vía punitiva, de las condiciones regulares del ejercicio del poder el objeto de tutela, que prevenga que dichos abusos se concreten en los ciudadanos y los colectivos sociales. Mientras que tipos penales como el de

colusión defraudatoria nos reconducen a la defensa penal del patrimonio público y al adecuado desempeño de los funcionarios y servidores vinculados a la gestión de los intereses patrimoniales de las Administraciones. Sucede cosa distinta con el tipo penal de patrocinio ilegal, el cual, dada su particular redacción con relación a los restantes tipos de concusión, está orientado más bien a preservar formalidades del trámite administrativo de la gestión pública que lindan con la imparcialidad-objetividad funcional y el prestigio institucional.

Frente a estos múltiples y dispares objetos puntuales de tutela, sin embargo, podemos recalar en una frase general de consenso que resuma el bien jurídico: el regular y adecuado desenvolvimiento de la Administración Pública.

1

CONCUSIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes legislativos. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Abuso del cargo. 2. Obligar a dar o prometer. 3. Inducir a dar o prometer. 4. El dar y el prometer dar. **VII.** «Indebidamente»: el elemento normativo del delito de concusión. **VIII.** El objeto de la concusión: «un bien o un beneficio patrimonial». **IX.** El destinatario: «para sí o para otro». **X.** Elemento subjetivo. **XI.** Consumación y tentativa. **XII.** Participación. **XIII.** Fases negativas del delito. **XIV.** Penalidad. **XV.** Planteo de interrogantes (problemática): 1. ¿Son penalmente relevantes los motivos de la víctima para dar o prometer dar, de modo que se pueda sostener que esta consintió la inducción? 2. ¿Debe la víctima conocer o ser consciente de que está dando o prometiendo lo indebido o que son ilegales los requerimientos del sujeto activo? 3. ¿Los medios comisivos obligar e inducir deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia? ¿Quién y qué referentes permiten evaluarlas? 4. ¿Admiten el obligar y el inducir formas omisivas de comisión imputables al sujeto activo? 5. ¿Qué semejanzas tienen la concusión por constreñimiento y la extorsión típica del artículo 200? 6. ¿Qué semejanzas tiene la concusión por inducción con la estafa? 7. Si una persona aparenta ser funcionario o servidor para inducir a la entrega ilegal de dinero, ¿ello configura el delito de concusión? 8. ¿En qué se diferencia el delito de concusión del de corrupción? 9. El delito de concusión, en sus dos formas (constrictiva e inductiva), al ser un abuso del cargo, ¿está con ello refiriéndose también al abuso de atribuciones? 10. ¿Es acertada la clasificación hecha por algunos autores nacionales que indican que el artículo 382 es una concusión explícita y el artículo 383 corresponde a una concusión implícita? 11. Si los comportamientos «obligar» o «inducir» son practicados por un particular sobre la víctima para que esta otorgue un bien o beneficio económico al funcionario o servidor público, ¿se configura el delito de concusión? ¿Qué ocurre en el caso de haber concertado el particular con el funcionario público para tal fin? **XVI.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Italia (1930). 3. Colombia (1980). 4. Colombia (2000). 5. España (1995). 6. Brasil (1940). 7. Costa Rica (1971). 8. Panamá (1982). 9. Panamá (2007).

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 modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016. Con anterioridad había sido modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013).

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

No tiene antecedentes en la legislación penal peruana anterior.

La fuente comparada histórica, sin lugar a dudas, es el Código Penal italiano de 1889, el mismo que a través de sus artículos 169 y 170 brindó al mundo legislativo de tipologías penales el modelo del delito de concusión en dos variantes y en tipos penales separados: mediante constreñimiento y mediante inducción, el mismo que será seguido por numerosos Códigos Penales en América hispana y otras latitudes, no así por España ni Alemania, cuyas legislaciones penales optaron por el diseño francés de "exacciones ilegales". El artículo 317 del Código Penal italiano de 1930[522], reformado en varias ocasiones, recogió en un solo artículo ambas variedades de delito, para finalmente asumir solo la concusión por constreñimiento (ver "Legislación extranjera").

Francesco VIGANO, profesor de la Universidad de Bocconi (Milano), nos dice que el sistema italiano ha conocido desde siempre una figura autónoma de *Concussione*, constituyendo una peculiaridad legislativa propia de Italia, inexistente o no reproducida en otros contextos europeos. VIGANO fija el origen del modelo penal de *concussione* en el Código Penal toscano de 1853, el cual ya distinguía entre una concusión "constrictiva" en su artículo 181, llevada a cabo por un funcionario "*el cual abusando de su autoridad obliga a alguien a suministrar indebidamente a él o a un tercero dinero, u otro beneficio*"; y una concusión inductiva (artículo 182), llevada a cabo por un funcionario "*el cual abusando de su posición, ha inducido a alguien a suministrar indebidamente a él o a un tercero dinero u otro beneficio o se ha aprovechado del error del otro para exigir lo que no le era debido o más de lo que le era debido*"[523]. Es de interés apreciar que

(522) Véase "Legislación extranjera".

(523) VIGANO, Francesco: *Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano*, en Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar (directores), Madrid, Dykinson, 2017, p. 257.

el Código Penal toscano, pese a su originalidad, evidenciaba la influencia del tipo de exacción ilegal de origen francés en la redacción final de la concusión inductiva, que no fue asumida en el Código Penal Zannardelli (Giuseppe ZANNARDELLI [1826-1903], abogado, militar y combatiente, profesor de Derecho, jurista, parlamentario y político de izquierda. Ministro de justicia italiano, propulsor del Código Penal y la abolición de la pena de muerte, redactor de numerosas leyes y propuestas de ley de avanzada para su época: Código de Comercio, legislación sobre trabajo de mujeres y menores, entre otras) de 1889, el mismo que unificó la dispersa legislación penal de los reinos italianos, habiendo considerado igualmente una concusión mediante el aprovechamiento del error de la víctima que no sería acogido legislativamente en las codificaciones ulteriores.

El modelo legislativo de concusión del Código Penal italiano de 1889 tuvo por su lado sus fuentes históricas, además del Código de Toscana, en el Código Penal del Reino de Cerdeña de 1839 (artículos 290 y 291) y en el Código Penal sardo-italiano de 1859 (artículos 215 y 216).

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El delito de concusión, actualmente en la doctrina y los tratados internacionales (artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), está considerado en el marco amplio de los delitos de corrupción de funcionario público, no propiamente un delito de cohecho, pero sí un acto que manifiesta la pérdida de los valores inherentes de servicio al interés general y la imparcialidad –en sentido genérico– del sujeto público que abusa del cargo para obtener finalidades patrimoniales. Si bien no ha sido ingresado como modalidad de corrupción transnacional en la Convención Interamericana Anticorrupción (1996) ni en la Convención de las Naciones Unidas (2003), sin embargo, a nivel del Consejo de Europa, el Grupo de Estados contra la Corrupción (Greco) y el *Working Group on Bribery in International Bussines Transaction* (WGB), se aprecia el interés para la revisión de dicho delito(524).

Las dos modalidades de concusión contenidas en este artículo tienen en común tanto un comportamiento abusivo del cargo (poseído legalmente) como la puesta en juego de intereses extrafuncionales por parte del funcionario y servidor público, orientados a la búsqueda o el logro de lucro, aprovechando las ventajas que otorga el cargo o empleo público detentado

(524) Al respecto, CANESTRARI, CORNACCHIA y de SIMONE: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, il Mulino, 2015, p. 115.

en la Administración Pública. Se trata así de una modalidad específica y patrimonial de abuso de poder, no obstante su rango de generalidad en las conductas típicas.

El tipo penal 382 es de naturaleza compleja, tanto por el empleo de núcleos rectores distintos, a la usanza del Código italiano de 1889[525], como por los momentos de su consumación. La fórmula que utiliza el Código Penal peruano no tiene consenso de uso en los Códigos europeos, siendo adoptada en América Latina por aquellos influidos por la legislación italiana (Perú, Costa Rica, Panamá, Brasil, en cierto modo Ecuador, México, entre otros). A nivel de Derecho comparado, ha sido desestimada la perspectiva material que en función del monto de lo exigido atenuaba la penalidad, entendiéndose que no es el bien jurídico «patrimonio» del afectado lo que aquí se protege, sino los intereses y valores de la Administración Pública.

En la legislación europea, cuyo espectro de irradiación alcanza los países de América Latina, no se aprecia la existencia de este tipo penal, con la excepción en cierto modo del Código Penal portugués (artículo 379), primando la exacción ilegal de base francesa.

En realidad, el tipo penal de concusión básica llega a tener elementos de abuso, extorsión, estafa y corrupción, que han sido reunidos en una figura genérica imputable a los sujetos públicos.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de concusión, al regular los comportamientos abusivos señalados en el tipo legal, busca preservar el regular y correcto funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la Administración Pública, propia de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial; pero también protege la libertad de autodeterminación económica del sujeto afectado, lo cual permite considerar que el bien jurídico específico posee naturaleza pluriofensiva: la Administración Pública, la libertad de autodeterminación de la víctima y el patrimonio de esta última.

(525) Ver artículos 169 y 170 del Código italiano de 1889 (*infra*, p. 470), que ofrece dos tipos separados de concusión con base en la utilización de dos verbos rectores distintos: obligar (artículo 169) e inducir (artículo 170). Nuestro legislador integró ambas en una sola figura que dio como resultado el artículo 382 del Código Penal vigente, pero desestimó las circunstancias atenuantes contenidas en el texto italiano, circunstancias referidas al menor valor patrimonial de lo obtenido o prometido ilegalmente; asimismo, obvió la circunstancia de aprovechamiento por parte del sujeto público del error ajeno. Esto último también es aplicable, sobre todo, al supuesto de la exacción ilegal (artículo 383).

La doctrina[526] ofrece consenso al admitir que, si bien el sujeto principal de la tutela penal está constituido por la Administración Pública, se está protegiendo también, de modo complementario, los intereses del particular lesionado en su libre determinación y patrimonio[527]. Protección contra los abusos de un poder irresponsable y anómalamente administrado (en manos de funcionarios delincuentes) que encuentra en la figura penal de concusión otra de las herramientas al servicio del Estado de Derecho.

La doctrina italiana, en palabras de Vincenzo MONGILLO indica: con el advenimiento de la Constitución republicana y el Estado constitucional ha adquirido fuerza la visión doctrinal que incluye entre los intereses contenidos en el artículo 317 del Código Penal el prestigio del Estado y el deber de probidad, lealtad y corrección de los representantes de los poderes públicos. Es así casi unánime el anclaje en primer lugar de la imparcialidad y el buen desempeño de la Administración Pública, entendido como regular y eficaz funcionamiento de la Administración[528].

La *jurisprudencia penal italiana*, a la que tenemos necesariamente que acudir, al ser su legislación fuente de origen de nuestro artículo 382, señala lo siguiente:

> "La concusión es un delito pluriofensivo, cuya finalidad asumible como bien jurídico protegido se precisa en la exigencia de asegurar el buen funcionamiento, el decoro y la imparcialidad de la Administración Pública, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 97 de la Constitución, así como tutelar la libertad de determinación del perjudicado en la gestión de su patrimonio" (Cass. pen., sez, 10 ottobre, 1992, número 3134).
>
> "El delito de concusión, se caracteriza desde el punto de vista objetivo por un abuso constrictivo de parte del funcionario público que actúa con violencia o amenaza explícita o implícita de un daño, contra ius, del cual deriva una grave limitación de la libertad de determinación del destinatario que –sin beneficio para sí– es colocado ante la alternativa de sufrir un daño o de evitarlo con la dación o la promesa de una utilidad indebida para el sujeto público" (Cass. Pen., sez VI, 7 marzo, 2016, número 9429).

(526) Así, PAGLIARO, MANZINI, RICCIO y MAGGIORE, en la doctrina italiana.

(527) Al respecto, específicamente véase PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 104.

(528) MONGILLO, Vincenzo: "Concussione", en *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, (a cura di Stefano CANESTRARI - Luigi CORNACCHIA e Giulio DE SIMONE), Bologna, Il Mulino, 2015, p. 116.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Sujeto activo puede ser tanto el funcionario como el empleado o servidor público en ejercicio. Funcionario de carrera o interino. Incluso si este ha cesado en sus funciones, pero continúa ejerciendo su rol de funcionario o servidor (funcionario *de facto*). Puede ser autor tanto quien se prevale del cargo o empleo, abusando de la calidad ostentada, como quien efectivamente se halla ejerciendo en el ámbito de su competencia, en este segundo supuesto funcional incluso cuando actúa en el marco de facultades discrecionales.

La posibilidad de abusar del cargo exige así que el funcionario o servidor público al momento de cometer el hecho típico se halle ejerciendo el cargo formal y materialmente. No hay que confundir aquí el ejercicio del cargo con el título formal del mismo, precisión que resulta de interés especialmente para el caso del funcionario *de facto* que ha perdido lo segundo, pero mantiene lo primero (el ejercicio).

En efecto, autor del delito puede ser igualmente el funcionario o servidor de hecho o *de facto* (nombrado irregularmente o el que habiendo cesado continúa ejerciendo al no haber sido reemplazado). Si se trata de un particular usurpador de funciones o de un particular que aparenta o simula cargo público para delinquir, estaremos frente a la comisión de un delito de extorsión o de robo.

La autoría puede ser directa o mediata, utilizando a terceros instrumentos. La posibilidad de coautoría entre sujetos vinculados es poco probable de ocurrir dado que el tipo penal no ha construido la figura penal como un delito específico de infracción de deber por competencias funcionales, sino en tanto autoría amplia para el sujeto público que se vale del cargo, en una suerte de prevalimiento.

Llama la atención la sola mención al "cargo", habiéndose referido la norma penal al funcionario y también al servidor público, cuando el legislador pudo haber utilizado la frase "cargo o empleo" a efectos de no dificultar la interpretación. En la perspectiva de interpretación de conformidad al ámbito de tutela penal, hay que considerar que esa es la interpretación correcta. El servidor, si bien por definición no ocupa "cargo" público –más allá de que excepcional o interinamente lo pueda hacer–, también puede hacer valer su calidad de sujeto público y abusar de ella para cometer el delito.

No se comparte la opinión que excluye a las personas encargadas de un servicio público de la calidad de sujeto activo[529]. Dicha apreciación radica en haber tomado como referencia una cita doctrinaria de RANIERI correspondiente a una edición anterior a la reforma del artículo 317 del Código Penal italiano que no incluía como sujeto activo del delito a los encargados de servicios públicos. Como se ha indicado ya, con tal denominación se está refiriendo la ley italiana a los empleados o servidores públicos que asumen encargos públicos especiales. Tanto el funcionario como el empleado o servidor pueden ser pasibles de delito de concusión, es decir, pueden ejercer coacción o inducción ilícita haciendo valer su cargo o en el ejercicio amplio de su función.

V. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es la Administración Pública (el Estado).

El agraviado físico, que puede ser una persona natural o jurídica, o un colectivo social, es aquí la víctima que sufre el perjuicio material[530]. La referencia típica a «una persona» hace expresa alusión a un particular o a un colectivo de personas, incluso a otro funcionario o servidor público, con prescindencia –en este caso– de que el sujeto activo tenga relaciones de dominio jerárquico y funcional. También pueden ser víctimas las personas jurídicas de Derecho Privado o Público. Nuestro Código Penal, al hacer uso del término «persona», a diferencia de otras legislaciones que emplean «alguien», «alguno», «otra», etc., permite ampliar el ámbito de comprensión de la víctima. El sujeto pasivo es la Administración Pública. El agraviado directo es la persona, en tanto sujeto indeterminado perjudicado, con pretensión indemnizatoria. Sectores doctrinarios le confieren también a la víctima calidad de sujeto pasivo secundario.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los componentes materiales de tipicidad del comportamiento son los siguientes: **a)** abuso del cargo; **b)** obligar o inducir a una persona a dar o prometer, verbos rectores que configuran dos modalidades de dicho delito;

(529) Véase PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 138.

(530) Antonio CAMAÑO ROSA ("Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", en *Jurisprudencia Argentina*, 1963-VI, nov.-dic., Buenos Aires, 1963, p. 59) es de la opinión de que igual pueden ser víctimas de concusión un funcionario (inferior o superior jerárquico del agente) o un ente público.

c) el elemento normativo: "indebidamente"; **d)** el objeto de la concusión: "bien" o "beneficio"; y **e)** el destinatario: para sí o para otro.

Los verbos rectores son *obligar* e *inducir,* utilizados casi unánimemente por los Códigos latinoamericanos que siguen el modelo italiano. Cada verbo rector comporta un supuesto de hecho ilícito diferente. Verbos rectores complementarios son *dar* y *prometer.* El legislador, a la usanza italiana, ha hecho un uso restringido de los verbos rectores, sin tomar en cuenta las palabras «solicita» o «recibe» (utilizada en el tipo de concusión portugués), enfatizando de tal modo una opción político-criminal de selección de conductas típicas, que puede llegar a ser criticable.

El contexto de tipicidad que presenta al análisis el delito de concusión es el siguiente: el sujeto público, abusando del cargo, desarrolla comportamientos típicos sobre una persona para obtener de ella actos de disposición patrimonial. Esta, la víctima, se encuentra colocada –por el funcionario público– en situaciones reales o artificiosamente creadas que podrían generar el mal anunciado por el sujeto público, escenario fáctico en el cual se ve obligada o inducida a dar o prometer, o, si se niega, a sufrir el daño o el mal anunciado por el agente o previsto por la víctima.

La jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la República ha considerado con relación al delito de concusión que "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 de 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 ejerza 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 un determinado nivel de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones"[531].

1. Abuso del cargo

En la perspectiva del delito de colusión, abuso del cargo es hacer uso de la titularidad o investidura oficial con la finalidad de crear en la persona afectada un estado de constricción o de inducción que le lleve a un acto de disposición patrimonial en beneficio ilegítimo del funcionario o servidor público. El sujeto público se aprovecha así, indebidamente, de las ventajas que confiere el cargo público, el poder, prestigio o temor social que de él se

(531) Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2009, R. N. N° 1601-2006-Huaura.

deriva o tiene en la sociedad. Indica ANTOLISEI que se tiene abuso del cargo todas las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones de servicio, o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia y con la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito(532).

En un Estado constitucional, en términos de normalidad y regularidad, el uso del cargo es para fines legales y de servicio a la Nación, entendida esta noción en tanto interés general e institucional, incluso –en una literalidad interpretativa posible– para consolidar un mayor posicionamiento personal institucional del funcionario, escenarios ambos lícitos y socialmente ajustados. Éste, el funcionario o servidor, tiene el deber de utilizar las atribuciones y poderes derivados de su cargo para cumplir con sus funciones y optimizar los intereses de la Administración Pública; sin embargo, en los alcances de tipicidad del delito de concusión, el cargo o puesto oficial, la calidad de funcionario o servidor público es utilizado para finalidades delictivas: coaccionar y engañar a una tercera persona como medio de obtener lucro o beneficio patrimonial.

Lo que acontece en la concusión sucede con la totalidad de delitos de infracción de deber cometidos por funcionario o empleado, es decir, el abuso del cargo es condición *sine qua non* para configurar delito funcionarial. Así, en la colusión, las atribuciones conferidas por el cargo son usadas para llevar a cabo conciertos confabulatorios en perjuicio del Estado; para solicitar ilícitamente dinero en los delitos de cohecho; para dictar resolución judicial ilegal, en el prevaricato; en el delito de enriquecimiento, el cargo, la calidad, es instrumentalizado para incrementar ilícitamente el patrimonio personal del sujeto público, etc.

Es importante prestar atención al hecho de que el tipo penal ha circunscrito el abuso *al cargo*, es decir, *a la calidad*, no ha empleado el término «atribuciones», «funciones», «poderes», «potestades», «actos de competencia» (por ejemplo, como sucede con el artículo 151 del Código Penal de Bolivia, que expresamente refiere el abuso de la condición y de las funciones) de modo de entender que el abuso se da exclusiva o principalmente en el marco del ejercicio de dichas atribuciones, como sucede en varios de los delitos de abuso de autoridad. Lo cual permite colegir que en el ámbito específico del delito de concusión no es necesario ni imperioso que el *obligar* o *inducir* se produzca en el ejercicio de las funciones del funcionario o servidor, no obstante que ello también ocurra, sin que le

(532) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 613-614.

reste importancia al hecho o haga variar la tipicidad e ilicitud del delito, salvo que –como sucede en los delitos de cohecho– el agente no constriña o induzca, sino solicite o acepte a cambio de actos de función, supuestos en los cuales no estaremos en los alcances del artículo 382 del Código Penal. Antonio PAGLIARO, luego de un agudo análisis, nos ofrece las siguientes precisiones(533). Según el ilustre profesor de la Universidad de Palermo, el funcionario abusa de la calidad cuando hace valer la posición que se deriva del ejercicio de la función pública, calidad que no puede ser sino la condición propia de quien ejercita función pública (...); el abuso de poder o de las atribuciones, requiere de las competencias del funcionario público; el abuso de la calidad o de las funciones debe ser idóneo; el requisito de la idoneidad comporta tanto en el caso del abuso de la calidad como de las funciones una cierta relación entre la competencia jurídica del funcionario público y el hecho cometido. Francisco ANTOLISEI, por su parte, nos dice que el *abuso de la calidad* (o del cargo) se presenta cuando los actos del sujeto activo no están comprendidos en la esfera de su competencia funcional o territorial, pero los hace valer para conseguir sus fines ilícitos(534). DELPINO igualmente confirma la posición de la doctrina y jurisprudencia italiana cuando afirma: se tiene abuso de la calidad cuando el sujeto se aprovecha de ella para constreñir a un tercero a dar o prometer, independientemente con los actos de sus funciones. El abuso de poder, en cambio, presupone la capacidad de ejercitar las potestades de las que está legítimamente investido, en cuanto ingresa en los límites de su competencia(535).

En el delito de concusión, bastará que el sujeto activo haga valer abusivamente su cargo para obligar o inducir, con prescindencia de cuáles sean sus reales atribuciones o que actúe con base en las mismas, y sin que ello implique una contraprestación de su parte para obtener el beneficio económico, para que se configure el comportamiento típico exigido por el delito. El abuso del cargo es el mínimo penalmente relevante y suficiente que requiere el tipo penal, de modo que, si el sujeto activo se aprovecha igualmente del poder que se deriva del marco específico de sus atribuciones, siempre que ello no configure alguna modalidad de cohecho, igual estaremos en el otro extremo de tipicidad posible del delito de concusión.

(533) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale*. PE, cit., pp. 107 a 116.

(534) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 614.

(535) DELPINO, Luigi y PEZZANO, Rocco: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, XXIV Edizione, Gruppo Editoriale Simone, 2017, p. 92.

ABANTO VÁSQUEZ[536] otorga a la locución modal «abusando del cargo», que comanda la tipicidad objetiva del delito de concusión, el sentido de un «abuso de funciones», de tal forma que solo habrá concusión al actuar u omitir el sujeto activo, en el marco de tipicidad objetivo-subjetiva del delito en mención, siempre y cuando se halle ejercitando actos de función inherentes a los de su competencia por razón del cargo. Dicho autor ofrece así una interpretación basada en criterios de vinculación funcional que la norma no exige expresamente. Es importante prestar atención a la lectura, que con base en la jurisprudencia penal italiana nos brinda MORONE, quien afirma que en el abuso de la calidad el funcionario público instrumentaliza la propia posición pública que ocupa como medio para ejercer coacción (abuso subjetivo), esto es, todas las veces en las que el funcionario público actúa sin razón legítima, sin que ello sea justificado o exigido en el marco del cumplimiento de las propias competencias. En cambio, actúa el funcionario con abuso de poder cuando premunido de la calidad pública cumple u omite un acto vinculado o discrecional o un hecho de su competencia, sin que esté conforme con las leyes o reglamentos que lo regulan[537]. Igualmente agrega dicho penalista italiano que, desde un punto de vista objetivo, puede haber abuso de poder: a) si se ejerce cuando no debe; b) si no se ejerce cuando debiera; c) si se ejerce de manera diferente a como debiera ser; y d) si el agente amenaza una situación a la que se refieren la letra a, b y c[538].

Como se colegirá del estudio de los anteriores delitos, el abuso del funcionario o servidor puede asumir diversidad de formas y naturalezas (administrativa, civil, laboral, penal, etc.). Aquí, en el delito de concusión nos hallamos ante un tipo especial de abuso del cargo, orientado a la obtención ilícita de bienes o beneficios patrimoniales mediante el uso de la coacción y del convencimiento engañoso en tanto medios facilitadores de la consumación típica del delito. Se trata así de un ámbito de delincuencia funcionarial facilitada en uno de sus extremos por el denominado por Francesco CARRARA ***metus publicae potestatis*** (miedo del ciudadano al poder público) que el sujeto activo trasmite explícita o implícitamente mediante su comportamiento de constricción a la persona afectada[539].

(536) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., pp. 239, 240 y 241.

(537) MORONE, Antonio Francesco: *Concussione induzione indebita e corruzione. Lucci ed ombre dopo le leggi 190/2012 E 69/2015*, Milano, Editore Key, 2016, p. 18.

(538) MORONE: *Concussione induzione indebita e corruzione. Lucci ed ombre dopo le leggi 190/2012 E 69/2015*, cit., p. 19.

(539) Al respecto, véase desarrollos de la jurisprudencia colombiana sobre el *metus publicae potestatis* en SANGUIÑO MADARIAGA, Alirio. *Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013, pp. 224 a 227.

Abusar, según Stefano RICCIO, es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad(540). Al decir de BERNAL PINZÓN, el abuso comprende varias formas, pero solo cuando incide sobre la voluntad del sujeto pasivo, convirtiéndose en constreñimiento o inducción, constituye elemento esencial del delito de concusión(541). En palabras de Luigi DELPINO, se requiere que el abuso haya producido sobre la persona aquel estado de temor o preocupación que es típico de la concusión y que ha viciado su voluntad constriñéndolo o induciéndolo a acceder a la ilícita pretensión(542).

El abuso del cargo puede producirse, sostiene PORTOCARRERO, incluso en situación de vacaciones, permisos(543), haciendo valer el cargo, pero no necesaria ni exclusivamente como resultado del ejercicio de sus atribuciones. Se trata, en suma, de una arbitrariedad, es decir, de actos extralimitados que se hallan fundamentalmente fuera del marco legal propio de las funciones o del servicio público(544). Tenemos así una sustantiva y significativa diferencia con los delitos de abuso de autoridad, donde se requiere necesariamente ejercicio de atribuciones que fundamenten el acto o la decisión arbitraria genérica o específica.

2. Obligar a dar o prometer

Primera de las dos modalidades del delito de concusión que contiene el tipo penal 382 del Código Penal. Obligar a dar o prometer, tiene como presupuesto el abuso del cargo por parte del funcionario o servidor público y como finalidad forzar la libre determinación de la voluntad de la víctima en el marco de las ilegítimas pretensiones económicas del agente.

Obligar es forzar, constreñir, coaccionar la voluntad de una persona de modo tal de dirigir su voluntad hacia actos de comportamiento que libremente no habría adoptado. Es *ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión* sobre una persona, de forma que altere el proceso formativo de su voluntad y le lleve a adoptar una "acción u omisión diversa de aquella otra que (sin la coacción y el temor al daño que sufriría y que el agente

(540) RICCIO, Stefano: *I delitti contro la pubblica ammnistrazione*, Torino, UTET, 1955, p. 292 (citado por BERNAL PINZÓN, Jesús: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1965, p. 64).

(541) BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 66.

(542) DELPINO, Luigi: *Diritto Penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995, p. 104.

(543) PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 139.

(544) ÁNGELES y FRISANCHO: *Código Penal* VII, cit., p. 3235.

se encarga de trasmitirle explícita o implícitamente) habría realizado"[545] y que, en el caso del delito de concusión, se concreta en el dar o prometer un bien o beneficio económico. Obligar es constreñir la voluntad de la víctima, es presionarla psicológicamente de modo tal de modificar el proceso formador de su voluntad, que sin dicha presión ella no habría realizado el comportamiento pretendido por el funcionario abusivo. Es, precisa la acotación que realiza PACHECO, cuando nos dice que conviene distinguir entre la violencia del robo y la que lleva implícita el constreñimiento de la concusión. La primera tiene por objeto eliminar la voluntad del sujeto pasivo, y la segunda inclinarla solo a dar o prometer lo que se le pide[546]. Igualmente, oportuna es la ocasión para diferenciar entre la coacción o constreñimiento del delito de concusión con la violencia del delito de extorsión, en la medida en que en este delito común las vías utilizadas por el sujeto activo anulan o hacen eclipsar la voluntad de la víctima.

De las vías o medios que dan cuenta de la conducta de constreñimiento u obligar, de las que se sirve el agente, la más común es la amenaza o anuncio de un mal con el objeto de intimidar a la víctima y orientar su comportamiento a los fines buscados por el sujeto activo del delito. Amenaza cuyo contenido (el mal que sufriría la víctima de parte de la Administración Pública) queda bajo el dominio y control del funcionario o servidor público, la misma que, junto a la fuerza y la presión, constituye el factor más importante para determinar la voluntad de disponer patrimonialmente a favor del sujeto activo del delito.

En tanto elemento descriptivo-normativo del tipo penal de concusión, el "obligar" implica una acción que, objetiva y subjetivamente, debe reunir condiciones de idoneidad y direccionalidad para los objetivos ilícitos del agente, tomando en cuenta y según la evaluación de las vulnerabilidades de la víctima, esto es, colocándose el intérprete en una situación *ex ante* de análisis.

El comportamiento de "obligar" puede desarrollarse mediante una coacción *física*, una imposición o forzamiento sobre la persona (sin llegar al nivel de la violencia física requerida por el delito de extorsión), como a través de una coacción o *presión psicológica* o moral (amenaza, intimidación),

(545) Al respecto, revísese la ejecutoria suprema (Sala C) del 20 de setiembre de 1999, Exp. N° 4628-98-Áncash, donde el encargado de programar los sueldos fue amenazado por el procesado, jefe de Administración USE-Huaylas, de denunciarlo por desacato si no le programaba el pago de dos sueldos. El proceso derivó en absolución del procesado al no haberse acreditado con prueba concreta la exigencia o presión.

(546) PACHECO OSORIO, Pedro: *Derecho Penal especial*, Tomo I, segunda edición, Bogotá, Temis, 1972, p. 161.

que quiebran la voluntad del agraviado. La *coacción psicológica* puede ser, siguiendo a PAGLIARO *absoluta* o *relativa*. La *primera* se presenta cuando la víctima está a merced del sujeto activo, no realiza propiamente acción, sin otra opción que ceder a las intenciones delictivas del mismo; la *segunda*, cuando lo querido por el sujeto activo requiere cierta colaboración de la víctima, teniendo esta la opción de elegir entre el ceder a la presión o el rechazarla. Ambas coacciones psicológicas ponen en juego de parte del sujeto activo un mal que le podría suceder a la víctima. Ambas son relevantes penalmente(547).

Lo anterior nos lleva a considerar que el funcionario o servidor se vale casi siempre de situaciones de dificultad o irregularidades de índole diversa frente a la Administración Pública, que a manera de aspectos vulnerables ofrece la víctima (en caso de particulares): amenaza de denunciarle por delito tributario si no le entrega dinero, o de detenerla; en el caso de servidores públicos, de comunicar a la autoridad administrativa una irregularidad que podría afectar la permanencia del servidor público en la institución, etc.

La violencia o amenaza puede ejercerse directamente sobre la víctima o de forma indirecta sobre sus familiares o seres queridos para lograr resultados de viciamiento o doblegación de la voluntad sobre la persona deseada. Sobre el contenido de violencia que supone el verbo rector «obligar», es correcta la precisión de ABANTO(548), en el sentido de tener que diferenciarse aquí entre la «violencia» de la extorsión y el «obligar» de la concusión, pues en el segundo caso no estamos ante una violencia abierta, sino más bien frente a grados menores de la misma que tienen que ver con forzamientos o imposiciones inaceptables en un Estado de Derecho y, por lo mismo, para el Derecho Penal.

Señala la jurisprudencia italiana con relación a la amenaza del constreñimiento que ella puede consistir en una amenaza de un mal indeterminado, siempre que sea adecuada para coaccionar la voluntad del particular, no exigiéndose que deba ser necesariamente explícita, pudiéndose también deducirse del comportamiento del funcionario (Cass. Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 44720). Amenaza coactiva o inductiva que deberá ser analizada *ex ante* y en consideración a las especiales vulnerabilidades objetivas de la víctima, sin que ello suponga subjetivizar dicha situación.

(547) Véase PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale*. PE, cit., p. 117, ídem DELPINO y PEZZANO: *Manuale de Diritto Penale*, cit, p. 92.

(548) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., p. 289.

Resulta muy discutible que pueda constituir coacción el simple temor reverencial que la víctima tiene al agente y del cual se aprovecha el sujeto activo. La idoneidad y seriedad de los medios usados tienen que ser detenidamente analizadas y evaluadas por el juez.

El obligar puede estar dirigido a dar un bien o beneficio patrimonial, como a prometer en un futuro dicho bien o beneficio. Con base en esta diferenciación se construyen dos submodalidades distintas de delito. Por lo tanto, la violencia física y/o psíquica ejercida por el agente tiene que ser idónea, suficiente, adecuada e inequívoca, es decir, tener capacidad causal para actuar real y efectivamente sobre la voluntad de la víctima, para poner en peligro no solo el bien jurídico institucional, sino el patrimonio de la persona afectada directamente con la conducta típica, de forma tal que esta se vea compelida a dar o prometer dar el bien o beneficio patrimonial(549).

Igual de importante que la interpretación de los alcances del verbo rector "obligarse" es la contextualización de dicha conducta –válido también para el caso del verbo rector «induce»–, dado que, y en efecto, estamos ante un supuesto que vincula el abuso del cargo (la institución de la Administración Pública) por parte del sujeto público con las vulnerabilidades de la víctima. Si el constreñimiento tiene otro marco de actuación, es decir, para otros efectos (pago de una deuda, amenazas a la propiedad o la vida, vulneración de la libertad), no será válido apreciar delito contra la Administración Pública, dado que el sujeto público está actuando al margen de su cargo o funciones, comportándose como un sujeto común, así se prevalga de su calidad, y, por lo mismo, incurriendo en delito de extorsión o en un extremo mínimo de coacciones. En igual sentido, Arboleda Vallejo y Ruiz Salazar llegan a decir que la característica de la concusión no consiste únicamente en el uso de la violencia o la amenaza, sino en la circunstancia de que una y otra son la expresión de un abuso de funciones cometido por quien está revestido de la calidad de funcionario público(550).

(549) Son importantes las elaboraciones conceptuales de Jakobs sobre el papel de la violencia y las amenazas en el delito de coacciones, así como los pareceres jurisprudenciales del Reichsgericht alemán al respecto. Véase Jakobs, Günther: "Coacciones por medio de violencia/Las coacciones por medio de amenazas", en Jakobs, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, UAM Ediciones-Civitas, 1997, p. 442 y ss.

(550) Arboleda Vallejo, Mario y Ruiz Salazar, José Armando: *Código Penal comentado*, Bogotá, Leyer, 2004, p. 755.

3. Inducir a dar o prometer

Inducir es hacer uso, por parte del sujeto público, de la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza para formar o determinar la voluntad de la víctima a efectos de que esta dé o prometa dar el bien o beneficio patrimonial, todo ello teniendo como presupuesto el abuso del cargo, pues sin dicho componente o siendo el cargo un elemento concurrente secundario, el caso sería una estafa. Se trata así de una inducción con nombre propio, esto es, orientada a procurarle al agente, en menoscabo de los intereses económicos del afectado, un provecho patrimonial al que no tiene derecho, no es –en el presente caso– un influjo psicológico para cometer delito como sucede con la instigación.

Si bien existe debate en la doctrina acerca de si la inducción tiene el mismo significado material que la instigación o si entre dichos conceptos existen relaciones de género a especie o viceversa, o si tienen otras diferencias, en el tipo penal de concusión del artículo 382 la inducción está colocada en igual plano de injusto que el constreñimiento, razón de fuerza para tomarla aquí –para este caso concreto– con el mismo significado esencial que la instigación, no en su orientación de destino final, reconociendo –por cierto– que la instigación externamente posee una categorización mayor en tanto una de las modalidades de participación en el delito, mientras que la inducción es más, y en propiedad, un comportamiento específico.

Remarca Delpino, con base en consensos dominantes en la doctrina italiana, que la inducción se objetiva en una actividad dialéctica del agente que valiéndose de su autoridad y acudiendo a argumentaciones de diversa índole, fundadas sobre elementos no privados necesariamente de veracidad, busca convencer al sujeto pasivo a la dación o a la promesa para evitar el peligro o el mal(551).

Antolisei explica que «el significado de la inducción es más amplio que el de constreñimiento, comprendiendo todo comportamiento no violento que tenga por resultado determinar a la víctima a una conducta dada. Está comprendido sin duda el engaño, ya sea en la forma más grave de artificios o estratagemas, sea en la modalidad de la simple mentira, como en el caso del particular a quien se induce a pagar una sobretasa porque el funcionario, contrariamente a la verdad, ha afirmado que es debida. También la exhortación y el consejo pueden bastar con tal que en la aceptación haya

(551) Delpino: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 105.

influido la posición de superioridad del funcionario[552]. Por cierto, que en el caso de la inducción al pago de una tasa indebida ello se sale de los alcances del tipo penal de concusión en la fórmula legal peruana, para configurar el delito de exacciones ilegales. En el caso de la sola exhortación y consejo, ello resulta un tema bastante discutible desde la perspectiva –que aquí interesa– de la idoneidad de las mismas para doblegar o alterar significativamente la voluntad de la víctima.

La inducción puede ser cometida también **mediante omisión**; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario, ante la incertidumbre de la persona, que obran para dar o prometer dar. En todo caso, debe existir una suficiente relación de causalidad imputable entre la causa (inducción) y el efecto (el dar o prometer) o, si se quiere, un apreciable incremento del riesgo de lesión para el bien jurídico.

La **intensidad de la inducción** comisiva u omisiva, para ser tomada en cuenta desde la perspectiva penal, debe dar cuenta de su idoneidad para poner en peligro el bien jurídico y perjudicar, realmente o potencialmente, a la víctima. Por lo mismo, no bastará la sola afirmación de haber sido constreñido o inducido para configurar el comportamiento típico, si es que no se acredita probatoriamente tanto el abuso del cargo y la puesta en práctica por el sujeto público de las acciones tendientes a procurarse el provecho patrimonial ilícito. No tendrá la inducción entidad suficiente si la víctima se autogenera un estado de error acerca del mal que podría sufrir, en un contexto de acción no imputable al funcionario. En sentido contrario, si será penalmente relevante el error en que incurra la víctima acerca del mal que podría sufrir si es propiciado por el agente.

Al igual que con el verbo rector anterior, la norma contiene o comprende dos subvariedades de delito, según que el objetivo de la inducción sea para que la víctima dé o prometa.

4. El dar y el prometer dar

El dar y el prometer, actos desarrollados por la víctima, tienen como presupuestos típicos imprescindibles la existencia previa de un uso abusivo del cargo que se manifiesta en el obligar o inducir que operan o actúan

(552) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 614. La exhortación y el consejo como medios posibilitadores de concusión son en extremo discutibles. En la doctrina italiana existen posiciones discrepantes para aceptar que el engaño sea elemento de la inducción (PANNAIN). PAGLIARO es de la idea que el engaño en la concusión es el abuso mismo. El engaño supone, dice PAGLIARO, provocar un error en la víctima. El engaño también puede obrar generando el temor de un peligro imaginario (PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale*. PE, cit., p. 121).

sobre la voluntad de la víctima. De no existir tales presupuestos previos, no existirá delito de concusión(553). La persona afectada no desarrolla las acciones de dar o prometer en favor del sujeto público con libertad o en concertación, su voluntad se halla afectada por el constreñimiento o la sugestión engañosa llevadas a cabo por el funcionario o servidor público, factores típicos que juegan el papel de activadores para la disposición patrimonial. En este contexto, cualquiera de los dos comportamientos del sujeto activo se constituye en la *conditio sine qua non* que permite explicar la actitud de la víctima que se encuentra colocada en una disyuntiva o acepta la pretensión del agente o sufre los efectos de su negativa, en condiciones de constreñimiento o inducción. Tal es el escenario de tipicidad que proyecta el delito de concusión y en el que despliega sus pretensiones ilícitas el funcionario o servidor público.

Dar, en los alcances significativos del delito de concusión, es sinónimo de entregar, de desprenderse de algo con valor en el mercado, de poner a disposición, proporcionar o transferir a alguien un bien o una promesa de beneficio patrimonial. Ese es su sentido jurídico material, no es un dar o prometer algo por fuera del sentido patrimonial del beneficio. En su sentido jurídico-penal, *dar* es tanto entregar un bien o un beneficio económico producto de la coacción o inducción como también permitir que el funcionario o servidor tome para sí o tercero la cosa que, en razón a algún título, poseía en consignación, empeño o custodia, en perjuicio de la víctima. Ambos extremos de interpretación resultan posibles y aceptables. Dar comprende, así, la entrega material y/o jurídica de bienes muebles, dinero, como inmuebles, títulos valores o utilidades.

Prometer es el compromiso a efectuar en un futuro cercano inmediato o mediato una entrega o prestación económica o utilitaria de contenido patrimonial para el funcionario, servidor público o un tercero (por ejemplo, mediante letra de cambio, compromisos de pago escrito o verbal, participación futura en utilidades). Acción de la víctima que tiene igualmente las mismas características señaladas para el caso de dar un bien o beneficio. Son penalmente irrelevantes las modalidades que asuma la promesa o que exista o no formalidad sobre ella, al tratarse de acuerdos de origen y naturaleza ilícita, por lo mismo, sin efectos jurídicos válidos, esto es, se trata de un acto jurídico viciado y nulo.

Obviamente, la promesa tiene que reunir condiciones de seriedad –de forma de no convertir el hecho imputado en un delito, en el cual uno

(553) Por ejemplo, que la entrega o la promesa hayan sido ya asumidas en la voluntad de la persona sin necesidad de coacción o inducción.

de sus componentes sea irrealizable– y ser posible objetivamente, además de haber tenido su origen en cualquiera de los dos comportamientos del agente (obliga o induce). El hecho de que la víctima no cumpla su promesa o que la promesa haya sido formulada para salir de la difícil situación generada por el funcionario o servidor no le quita relevancia penal al hecho. Lo mismo sucede si después la víctima denuncia el hecho ante la autoridad, pues el delito ya se ha consumado con el ofrecimiento del bien o beneficio patrimonial.

El tipo penal no se ha colocado en la situación en la cual el dar o prometer, en las condiciones de tipicidad descritas, sea para la entidad pública o cualquier repartición de la Administración Pública, ello será atípico de esta figura penal.

VII. «INDEBIDAMENTE»: EL ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE CONCUSIÓN

«Indebidamente» significa que el funcionario o servidor público no tiene derecho a la dación del bien o a la promesa del beneficio patrimonial. El sujeto público actúa arbitrariamente al pretender beneficiarse ilegítimamente con las acciones obligar o inducir, esto es, no le asiste para ello amparo alguno de las leyes o reglamentos.

La norma ha colocado el adverbio "indebidamente" no antes ni a continuación inmediata de la conducta típica, sino en directa conexión con el acto de disposición de la víctima, esto es, con el dar o prometer, lo que permite interpretar que se halla relacionado a lo inmerecido del componente patrimonial, ya que toda la conducta del agente, incluido el abuso del cargo, es de por sí no solo indebida, sino ilegal e ilícita.

Si la prestación a la que se obliga o induce a la víctima es debida a la Administración Pública, el hecho será atípico de concusión si es que el bien o dinero ingresa a los fondos del ente público. En el caso de que el sujeto activo exija o induzca, haciendo valer su cargo, para cobrar una deuda personal, estará igualmente actuando indebidamente, pero el hecho será abuso de autoridad (artículo 376) y no concusión(554).

(554) En esta última hipótesis, MANZINI (*Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Vol. III, cit., p. 220) es de la opinión que el delito sigue siendo concusión, al igual que si la deuda fuera para el tercero u otro en favor de quien abusó el funcionario.

VIII. EL OBJETO DE LA CONCUSIÓN: «UN BIEN O UN BENEFICIO PATRIMONIAL»

El propósito delictivo del sujeto activo se dirige a lograr la obtención de un bien o un beneficio económico. La legislación penal peruana en este punto ha sido extensiva, no se ha usado como en otras legislaciones los términos «dinero», «dádiva», «utilidad», etc.

«Un bien» es toda cosa material con valor patrimonial traducible o convertible a dinero y susceptible de apropiación (bienes muebles, dinero, joyas, mercaderías). El concepto también comprende por extensión a los derechos sobre las cosas (acciones, títulos valores, etc.).

La frase *«un beneficio patrimonial»* es sumamente amplia para comprender con ella a toda utilidad, crédito ventaja o ganancia medible en términos de dinero. Las ventajas pueden ser diversas: participación en empresas, descuentos en los precios, obsequios de paquetes turísticos, etc.

Como sentenciara CARRARA, el objeto del comportamiento delictivo del sujeto activo, es decir, la obtención ilegal de un bien o beneficio económico mediante coacción amenaza o inducción, nos refleja de cuerpo entero a este tipo penal como a un típico delito de lucro, de codicia desmedida y delincuencial del funcionario o servidor público, en suma, una modalidad de corrupción abierta en la que puede incurrir todo funcionario o servidor público que abusa del cargo.

IX. EL DESTINATARIO: «PARA SÍ O PARA OTRO»

No ofrece dificultades de interpretación el tipo cuando precisa que el bien o la utilidad económica percibida o para percibir en un futuro sea para el funcionario o servidor público. El destino final de lo ilícitamente obtenido puede recaer también en *«otro»*. Este *«otro»* puede ser otro funcionario o servidor público, un familiar o particular (que tiene conocimiento del origen del bien o con desconocimiento del mismo; que podría generar en el primer caso un delito de receptación o lavado de activos), una persona natural o una persona jurídica. La posibilidad de comprender a la Administración Pública en el contenido de la frase «para otro»[555] representa un forzamiento de subsunción en los alcances de tipicidad del delito de concusión, no obstante que en una interpretación literal amplia ello

(555) ABANTO VÁSQUEZ cita el caso del policía que obliga o induce al particular a efectuar donaciones a su repartición (máquinas de escribir, computadoras, padrinazgos, etc. (loc. cit.) en *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 247.

pueda ser fácticamente posible; sin embargo, si dicha cuestión es analizada desde la perspectiva del componente subjetivo, resulta difícil entender que el dolo del agente cubra coherente y razonablemente la necesidad de lucrar a favor de la Administración Pública. Tal hecho o bien constituye un ilícito administrativo-disciplinario –y, por lo mismo, un acto atípico penalmente– o bien se reconduce por la hipótesis de un abuso genérico de autoridad, dependiendo esto último de la dirección subjetiva del comportamiento del agente.

El *«otro»* resulta ser el beneficiario económico de la conducta ilícita cometida por el funcionario o servidor público y en ninguna hipótesis puede ser autor o coautor del delito. Puede sí adquirir la calidad jurídica de un instigador (si fue él quien creó la voluntad criminal en el sujeto público), un cómplice primario (si con su contribución en fase preparatoria hizo posible el delito), un cómplice secundario (si es que colaboró mediante aportes de auxilio en la planeación o ejecución del delito) o un receptador (si su intervención se ajusta a algunas de las determinaciones modales del artículo 194 del Código Penal)[556].

X. ELEMENTO SUBJETIVO

Es requerible la presencia de dolo directo en los actos del agente, ya que de los medios de que se vale y del propósito lucrativo buscado (la obtención del bien o beneficio patrimonial) resulta impracticable que ello se produzca con dolo eventual. El sujeto público debe saber que está abusando del cargo público que ostenta, que realiza los comportamientos de constreñir e inducir sobre una tercera persona de quien pretende un bien o beneficio económico sabiendo que le son indebidos, que está colocando al ciudadano o particular (en determinados supuestos a otro sujeto público) en la difícil situación de decidir entre sufrir consecuencias dañosas/negativas o ceder a las presión o inducción del agente. A dichos componentes cognoscitivos se agrega la voluntad de realizar el delito.

Es difícil admitir la existencia de error de tipo invencible en el agente del delito. Los errores en que pueda incurrir la víctima son indiferentes para excluir el comportamiento típico del agente. Cuando ciertos niveles de constreñimiento están legalmente establecidos o permitidos, o es el modo habitual de obtener del tercero el bien patrimonial, al actuar el sujeto público en cumplimiento del deber, el hecho no será delictivo.

(556) Un mayor análisis sobre el papel que juega la frase "para otro" véase *infra*, p. 723 ("El destinatario: «para sí o para otro»").

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Nos encontramos ante un delito de consumación instantánea de naturaleza mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas: la de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) y la de concusión mediante inducción o convencimiento.

El empleo de los núcleos rectores posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos: **a)** obligar a una persona a dar o prometer; y **b)** inducir a una persona a dar o prometer. Ambas modalidades tienen un sistema de consumación doble.

Se producen dos escenarios diferentes de consumación: (i) obliga a dar, obliga a prometer; y (ii) induce a dar, induce a prometer, cada uno significando una modalidad delictiva de resultado y peligro, respectivamente. En ambos se afecta formalmente los intereses de la Administración Pública, pero solo materialmente la libre determinación y patrimonio del afectado en la primera modalidad de cada escenario.

Reubicando las modalidades del delito de concusión, en función de su naturaleza de lesividad y peligro se tiene que, en el primer caso, el delito se consuma en dos momentos distintos. En primer lugar, al producirse la entrega del bien o beneficio mediante forzamiento o coacción, o al producirse la entrega del bien o beneficio mediante inducción (ambas modalidades delito de resultado en las que se concreta la pluriofensividad material del delito). En segundo lugar, con la promesa de dar mediante, igualmente, forzamiento, constreñimiento o coacción, o mediante inducción (ambas modalidades de delito de simple actividad). De otro lado, en el segundo caso, el delito igualmente estará ya consumado si la víctima no cumple con el contenido material de la promesa, lo que se conoce como "la promesa bajo reserva mental de la víctima", pues el ilícito se perfecciona típicamente con la promesa de bien o beneficio patrimonial.

Las formas de tentativa son plenamente admisibles en el primer escenario de tipicidad o modalidad típica, al igual que el desistimiento, al existir un espaciamiento de actos hasta llegar a la entrega o dación. La posibilidad de tentativa en el segundo supuesto radica en la temporalidad y secuenciamiento del proceso de inducción, esto es, la puesta en escena de acciones orientadas a lograr la inducción.

No bastará para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva, sino que es necesario que la acción típica obligue o determine –en la voluntad del agente– la dación o la promesa, y ello

supone un *iter* o espaciamiento de actos o de un solo acto hasta llegar al momento de la dación o promesa.

XII. PARTICIPACIÓN

Pueden estar comprometidos otros funcionarios o servidores en calidad de cómplices o instigadores. Los particulares participan a título de cómplices o instigadores, nunca de autores, calidad que sí pueden asumir otros funcionarios o servidores que actúan conjuntamente en el delito, dado que esta figura delictiva posee una escasa vinculación funcional. El particular, también otro sujeto público, puede asumir el rol de intermediario del funcionario, trasmitiendo los mensajes coactivos o amenazantes orientados a la obtención de provecho patrimonial, siendo un cómplice en el delito del sujeto público. Puede igualmente el particular, u otro sujeto público, cumplir el papel de un instigador del sujeto público para la comisión del delito de concusión. El particular no podrá ser autor mediato.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

Puede haber atipicidad cuando el sujeto activo no es funcionario público al momento de los hechos(557). Igualmente, cuando el bien o beneficio patrimonial ha redundado en favor de la Administración Pública(558), tema por cierto delicado y lamentable que posibilitará otras vías de ilicitud, por ejemplo, un abuso de autoridad o, en un mínimo, ilicitud administrativa disciplinaria.

Es difícil que se presenten otros componentes y fases negativas que cancelen el delito. El abuso del cargo, la presencia de dolo directo y la naturaleza de los medios empleados no abonan, por lo general, la tesis de la

(557) Ejecutoria suprema del 23 de marzo de 1998, Exp. N° 6084-97 (Sala C), Lima: imputación dirigida contra el sujeto activo (juez de paz no letrado) de haber exigido suma de dinero a cambio de ayudar al litigante, amenazándole disponer su detención en caso de no entregar el dinero, no es considerada penalmente relevante para afirmar el delito de concusión al no tener el procesado la calidad de funcionario público al producirse los hechos, por cuanto, con dos meses de anticipación, la Corte Superior de Justicia de Lima dejó sin efecto su designación funcional.

(558) En este sentido, la jurisprudencia penal casatoria italiana: "En tema de concusión debe excluirse la existencia del delito cuando la promesa efectuada o ejecutada por el sujeto pasivo, luego de la inducción o constricción del agente solo ha beneficiado a la Administración Pública, significando un beneficio en la búsqueda de los propósitos institucionales, ya que en este caso no se determina una lesión para el objeto jurídico del delito (buen desempeño de la Administración Pública), y por otro lado el hecho carece de tipicidad no pudiendo el agente identificarse con la entidad pública en tanto sujeto activo, ni el Estado considerarse un tercero beneficiado" (Cass. Pen. sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45135 y la Cass. Pen, VI, 27 agosto 2009, n. 33491.

negatividad. El consentimiento de la víctima no actúa como causal de justificación de la conducta ilícita.

XIV. PENALIDAD

El Código Penal reserva para este delito una penalidad conjunta severa en el contexto de las sanciones del rubro «Delitos contra Administración Pública», con un mínimo de dos años y un máximo de 8, más la accesoria de inhabilitación (artículos 38 y 36 incisos 1, 2 y 8) y 180 a 365 días multa. Pena que, sin embargo, es menor que la aprobada en la fórmula colombiana (artículo 404 del Código Penal colombiano), que impone de 6 a 10 años de privación de libertad, además de una elevada multa.

XV. PLANTEO DE INTERROGANTES (PROBLEMÁTICA)

La concusión es un delito especial propio dotado de características de acción comunes (el obligar y el inducir) y especiales (abuso del cargo), reunidas en el comportamiento desarrollado por el funcionario o servidor público. Por tal razón se debe efectuar un detenido y analítico estudio de los componentes del supuesto de hecho y su correspondencia con la figura penal de concusión para descartar aparentes concursos de delito.

Habiendo expuesto los dos medios típicos utilizados por el sujeto activo para cometer el delito de concusión, es decir, mediante coacción o constreñimiento, y mediante inducción (persuasión o convencimiento), respondamos ahora a algunas interrogantes o problemática que plantea el delito a nivel de interpretación y de concursos.

1. ¿Son penalmente relevantes los motivos de la víctima para dar o prometer dar, de modo que se pueda sostener que esta consintió la inducción?

Los motivos que tuvo la víctima pueden ser varios: el temor a un daño mayor, por error, por no tener otra salida, por considerar que debía dar o prometer, para poner en descubierto la pretensión ilícita del sujeto activo, etc.

Las motivaciones que determinaron en la víctima a *dar* o *prometer dar* no pueden servir de causas de justificación del accionar delictivo del sujeto activo. El consentimiento, de producirse, no opera a favor de quien ocupa una posición de garante para con la sociedad y la Administración Pública.

2. ¿Debe la víctima conocer o ser consciente de que está dando o prometiendo lo indebido o que son ilegales los requerimientos del sujeto activo?

MANZINI es del criterio de que en la hipótesis del constreñimiento o coacción es siempre necesario que quien dio o prometió supiera que daba o prometía lo que no debía. PAGLIARO afirma que es erróneo sostener que quien da o promete supiese que daba o prometía lo que no debía (para ambas modalidades). A mi parecer y sobre todo en la hipótesis de inducción, considero correcta la tesis de PAGLIARO, ya que se trata de un hecho del mundo interno de la víctima que no influye sobre la responsabilidad penal del funcionario o servidor público.

3. ¿Los medios comisivos obligar e inducir deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia? ¿Quién y qué referentes permiten evaluarlas?

Es afirmativa la respuesta a la primera interrogante. No basta para tipificar el delito las simples declaraciones, sugerencias, opiniones o consejos desprovistos de intencionalidad o "frases indirectas" de las que haga uso el sujeto activo. Se requiere, como dice PAGLIARO, seriedad y eficacia de la coacción e inducción. La calidad del sujeto activo y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a la víctima son los referentes más usuales a tomar en cuenta.

El encargado de evaluar la idoneidad de los medios comisivos es el juez. Los abogados de la sociedad (el fiscal) y del procesado deben ofrecer argumentaciones razonables y convincentes.

4. ¿Admiten el obligar y el inducir formas omisivas de comisión imputables al sujeto activo?

No son admisibles en el *obligar*, pues el verbo es de acción directa. En la *inducción* que hace uso el sujeto activo si es posible que se presenten formas omisivas.

5. ¿Qué semejanzas tienen la concusión por constreñimiento y la extorsión típica del artículo 200?

La concusión por constreñimiento (violencia de baja intensidad o mínima, o amenaza) es una extorsión atenuada cometida por funcionario o servidor público. Este último elemento (la calidad funcional) la diferencia de la simple extorsión (cometida por particulares). En la concusión se hace valer la calidad e importancia del cargo para extorsionar. La extorsión

trabaja en su tipicidad con elementos de mayor amplitud tanto en el objetivo patrimonial (pues, además de aludir a "ventaja económica", alude a "ventaja de cualquier otra índole") como en el objeto material de protección: la persona, institución pública o privada. La extorsión no contempla como vía instrumental a la inducción, solo a la violencia o amenaza.

6. ¿Qué semejanzas tiene la concusión por inducción con la estafa?

No toda concusión por inducción supone la existencia de error en la víctima. Sin embargo, de darse este componente, la concusión por inducción ofrecerá grandes similitudes con la estafa, haciéndose la observación de que en esta existe generalmente, como diferenciador principal, un concurso de voluntades tendientes a un fin de supuesto y aparente mutuo provecho, circunstancia que no se da en la concusión.

7. Si una persona aparenta ser funcionario o servidor para inducir a la entrega ilegal de dinero, ¿ello configura el delito de concusión?

No, se trata de una figura simple de estafa; si se presentan los elementos constitutivos del artículo 361, puede concursar con el delito de usurpación de autoridad.

8. ¿En qué se diferencia el delito de concusión del de corrupción?

Esto va a ser desarrollado con mayor detalle en el capítulo respectivo de corrupción de funcionarios. No obstante, adelantando, indicaremos que en la concusión no existe concierto (bilateralidad presente en varias de las hipótesis legales de cohecho) para la entrega del bien económico o dinero, y tampoco es relevante que la entrega de dinero se haga para cumplir u omitir un acto del cargo o función.

9. El delito de concusión, en sus dos formas (constrictiva e inductiva), al ser un abuso del cargo, ¿está con ello refiriéndose también al abuso de atribuciones?

Efectivamente, el sujeto público puede actuar simplemente valiéndose de la posición que le da el cargo –tal la redacción literal del tipo penal– sin que esté desempeñando o ejerciendo funciones o servicios (abuso del cargo), o extralimitándose en dicho ejercicio, ya sea mediante mal uso o exceso (abuso de las funciones). Vale decir, en definitiva, abuso del cargo es una locución comprensiva de ambas dimensiones que dan contenido a la concusión. Sin embargo, reducir su ámbito de tipicidad solamente a la segunda hipótesis no corresponde a las previsiones normativas del tipo

penal. El segundo ámbito de significación, no obstante, no deberá constituir un abuso de autoridad en el sentido del artículo 376, es decir, genérico, subsidiario, lo que se facilita con la dirección patrimonial del comportamiento típico del agente concusador.

10. ¿Es acertada la clasificación hecha por algunos autores nacionales que indican que el artículo 382 es una concusión explícita y el artículo 383 corresponde a una concusión implícita?(559)

No, es una clasificación desacertada por dos razones fundamentales: **a)** el artículo 383 del Código no es propiamente una concusión, sino una exacción ilegal, donde incluso no hace falta en una de sus modalidades que el funcionario se mueva por (u obtenga) lucro; y **b)** la referida concusión explícita del artículo 382 tiene componentes de engaño o aprovechamiento del error que la descalifican para ser reputada de naturaleza explícita. El esquema fue propugnado por CARRARA, pero en la actualidad ha perdido vigencia. Decía CARRARA(560) que la concusión *es explícita* cuando el oficial amenaza con un acto de poder que reconoce injusto (v. gr.: el que amenaza con arresto o con orden de comparecencia si no se le da dinero); y *es implícita* si el oficial le hace creer al particular que está debiéndole una suma que no se le debe (como cuando el recaudador aumenta las cifras en los cobros de impuestos, o un secretario, un registrador u otros exigen una suma indebida o superior a la debida).

11. Si los comportamientos «obligar» o «inducir» son practicados por un particular sobre la víctima para que esta otorgue un bien o beneficio económico al funcionario o servidor público, ¿se configura el delito de concusión? ¿Qué ocurre en el caso de haber concertado el particular con el funcionario público para tal fin?

En la primera hipótesis, sin mayores precisiones, sin que exista prevalimento ejercido directamente no hay concusión. Puede tratarse de una extorsión (en todo caso, una coacción) o bien de una estafa que compromete al particular y al funcionario, en grado de coautores, dependiendo de la intensidad y gravitación de los aportes.

En la segunda conjetura, dependiendo de las circunstancias concretas que presente el hecho, estaremos: **a)** en una situación de complicidad

(559) Clasificación y tipologías que aplican PORTOCARRERO HIDALGO y HUGO ÁLVAREZ (de este último véase su obra *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., p. 73).

(560) CARRARA: *Programa de Derecho criminal*, Vol. V, T. 7, cit., § 2572.

atribuible al particular; de no desarrollar el sujeto público directamente la conducta –que es el supuesto propio de la concusión– y, por lo tanto, actuar el particular por disposición, asentimiento o beneplácito del funcionario o servidor público, considero que se configurará el delito de concusión en la que existirá complicidad imputable al *extraneus* y autoría para el sujeto público; **b)** en el caso de que el particular haya formado la voluntad criminal del funcionario o servidor, nos hallaremos ante la presencia de una determinación a delinquir, en la que el particular podría asumir un doble rol, tanto de instigador como de cómplice, segunda categorización que es absorbida por la primera, a efectos de delimitar los ámbitos de responsabilidad penal personal. No se puede indicar que se trate de una autoría mediata atribuible al funcionario, pues al existir concierto ello le quita la calidad de instrumento al particular. Pueden darse casos de autoría mediata de concusión, siempre y cuando el que instrumentaliza sea funcionario o servidor público.

De existir algún compromiso funcional, es decir, que el funcionario o el particular que actúa a su nombre induzcan la entrega de dinero o bienes a cambio de un acto de función, estaremos ante un caso de cohecho pasivo.

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 169: *El funcionario público que, abusando de su cargo, obligue a alguno a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad, será castigado con la inhabilitación perpetua para cargos públicos, con la reclusión de tres a diez años y con multa no inferior a 300 liras.*

Si la cantidad o la utilidad indebidamente dada o prometida es de poco valor, la inhabilitación será temporal y la reclusión de uno a cinco años».

«Código Penal de Italia (1889), artículo 170: *El funcionario público que abusando de su cargo, induzca a alguno a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad, será castigado con la reclusión de uno a cinco años, con la inhabilitación temporal para cargos públicos y con la multa de 100 a 5,000 liras.*

La reclusión será de seis meses a tres años, si el funcionario público recibiese lo que no es debido, aprovechándose solo del error ajeno.

Si la cantidad o utilidad indebidamente dada o prometida fuere de poco valor, la reclusión será, en el primer caso, de seis meses a dos años y en el segundo de un mes a un año».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 317 (redacción original): *El funcionario público, que abusando de su cualidad o de sus poderes, constriñe o induce a alguien a dar o a prometer indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad, será castigado con reclusión de cuatro a doce años y con multa no inferior a tres mil liras».*

«Código Penal de Italia (1930), artículo 317 (redacción reformada en 1990): *El funcionario público o el encargado de un servicio público que, abusando de su cualidad o de sus poderes, constriñe o induce a alguien a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, será castigado con reclusión de cuatro a doce años».*

La reforma introducida en 1990 amplió el campo de la autoría a los servidores públicos que tuviesen responsabilidades de conducción. Es esta redacción final la que terminará en la doctrina italiana con la concepción subjetiva de que solo los funcionarios públicos podían ejercer este tipo de coacción capaz de asumir relevancia penal.

Versión actual: «Artículo 317 (redacción reformada por la Ley 69 del 27 maggio de 2015): *Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servicio che, abusando della sua qualita o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebidamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilita, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».*

3. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 140: *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal».*

4. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 404: *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años*».

5. España (1995)

No tiene un texto de concusión similar al nuestro, ni en su versión de 1973, ni en la reciente y vigente de 1995. El artículo 438 (1995), que presenta una versión más moderna del artículo 403 (1973), ofrece el siguiente modelo.

«Código Penal de España (1995), artículo 438: *La autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a estos en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código*».

6. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 316: *Exigir, para sí o para otro, directa o indirectamente, ventaja indebida durante la función o antes de asumirla: Pena-reclusión de dos (2) a ocho (8) años y multa*».

7. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 348: *Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial*».

8. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 329: *El servidor público, que con abuso de su calidad o de sus funciones, constriña o induzca a*

alguien a dar o prometer indebidamente, para sí mismo o un tercero, dinero u otra utilidad será sancionado con prisión de uno a seis años y de cincuenta a cien días-multa».

9. Panamá (2007)

«Código Penal de Panamá (2007), artículo 352: *El servidor público que induzca a alguien a dar o prometer indebidamente dinero u otra utilidad en beneficio propio o de un tercero será sancionado con prisión de tres a seis años».*

2

EXACCIÓN ILEGAL

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. El abuso del cargo. 2. El exigir o hacer pagar o entregar. 3. Contribuciones o emolumentos no debidos. 4. Contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la tarifa legal (condición objetiva de punibilidad). 5. Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: el destino de lo pagado o entregado indebidamente. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Penalidad. **XI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación y de exculpación. **XII.** Planteo de interrogantes (problemática) y concurso de delitos: 1. Si lo percibido por el funcionario o servidor público, en el caso de las contribuciones, no ingresa al fisco, apropiándoselo o reteniendo dichos fondos, el supuesto del hecho ilícito ¿sigue siendo exacción ilegal? 2. ¿Requiere el tipo penal de exacciones ilegales el provecho económico del funcionario o servidor? 3. En el caso de que el funcionario o servidor, después de haber usado o simplemente apropiado las contribuciones, las hace ingresar a las arcas fiscales, ¿el supuesto del hecho ilícito de exacción pierde su ilicitud? 4. Si el agente simula poseer la calidad de funcionario o servidor para exigir el cobro, ¿bajo qué delito se subsumen sus actos? 5. Si el funcionario o servidor solicita o exige dinero o algún bien a alguien para –por ejemplo– no colocarle una papeleta en el caso del policía, o para no requerirle la presentación de sus libros de contabilidad, ¿qué supuesto de hecho ilícito se configura? 6. ¿Está comprendido en el tipo penal de exacción ilegal todo cobro que realiza el funcionario-servidor (por ejemplo, las tasas, multas, licencias, derechos, cobros de impuestos, etc.), o el tipo solo se circunscribe a las contribuciones y emolumentos? 7. ¿Cualquier funcionario o servidor que exija pago de contribuciones o emolumentos es sujeto activo del delito de exacciones ilegales? 8. Si el funcionario o servidor confunde y/o engaña al obligado al pago sobre el monto de lo adeudado, ¿es típico su comportamiento de la figura en estudio? 9. Si la persona paga o entrega contribuciones en cantidades mayores a las debidas y no recoge o retira el plus, pese a la observación al respecto del funcionario o servidor, ¿el hecho es típico de exacción ilegal? 10. ¿Admite nuestro Código la exacción indirecta, es decir, la realizada por medio de otra persona? 11. ¿Cuál

es el fundamento político-criminal del tipo penal del artículo 383? 12. ¿Cuáles son las diferencias con el delito de cohecho? 13. ¿En qué se diferencia la exacción ilegal del abuso de autoridad? 14. ¿Cuál es la tendencia de los Códigos modernos en cuanto a los elementos normativos de la exacción? **XIII.** Concusión básica y exacción ilegal: diferencias. **XIV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Proyecto del Código Penal Federal suizo (1918). 3. Alemania (1871, vigente con reformas). 4. España (1973, derogado). 5. España (1995). 6. Francia (1993). 7. Brasil (1940). 8. Paraguay (1997). 9. Panamá (1982). 10. Panamá (2007). 11. México (1922).

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 modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016).

I. ANTECEDENTES LEGALES

En la legislación penal peruana, el antecedente más cercano está constituido por el artículo 343 del Código Penal de 1924 –que tuviera una fuerte influencia del artículo 277 del proyecto suizo de 1918[561]–, cuya redacción original a la letra dice: *«El funcionario o empleado público que abusando de su cargo percibiera con propósito de lucro, contribuciones, tasas, indemnizaciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal, será reprimido con prisión no mayor de seis años, multa de la renta de treinta o sesenta días e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 por tiempo no menor de cinco años».* La influencia del Código Penal francés de 1810 igualmente se deja notar, a través del artículo 174[562], código paradigmático que elevó a modelo universal el delito de exacciones bajo el nombre de "concusión". Fue el histórico código francés el que estableció diferencias entre contribuciones, impuestos y tasas, elementos normativos a los que posteriormente el Código Penal suizo agregaría "emolumentos" e "indemnizaciones" en su artículo 313.

(561) Artículo 277 del Proyecto del Código Penal Federal suizo de 1918: "Los funcionarios que con ánimo de lucro percibieron derechos, emolumentos o indemnizaciones indebidos o que al cobrar derechos, emolumentos o indemnizaciones se excedieren de la tarifa legal, serán castigados con prisión o con multa".

(562) Véase "Legislación extranjera".

Los artículos 266 del Código Penal argentino y 402 del Código Penal español derogado no son, en rigor, fuente histórica del modelo penal de nuestro artículo 383 del Código de 1991[563], dado que el primero, cuya data es de 1922, tiene una estructura de tipicidad que no emparenta directamente con la fórmula peruana, pese a sus indudables semejanzas; lo mismo sucede –pero con más fuerza– en el caso de la legislación española, en la sucesiva línea de presentación de sus Códigos Penales 1848-1870, 1932-1940, pasando por el Código de 1973 antes de su derogación por el Código Penal de 1995. El Código Penal refundido de 1973, si bien posee algunas similitudes con nuestro modelo de exacciones ilegales, sin embargo, su impronta o modelo técnico legislativo es diferente. Decía el artículo 402 del Código Penal español de 1973 (reforma de 1940): "*El funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado por otro concepto, con una multa de duplo al cuádruplo de la cantidad exigida, sin que pueda bajar de 30,0000 pesetas*"[564]. Sin embargo, en la línea de mayor similitud, es en el Código Penal español de 1822, donde podemos encontrar cierta referencia histórica, al aludir dicho Código en su artículo 468 y siguientes (bajo el *nomen iuris* de extorsiones y estafas cometidas por funcionarios públicos) a "contribuciones no autorizadas" y "percepción de derechos indebidos", que se explican por cuanto este Código bebió también legislativamente en las fuentes del Código Penal francés, aunque por cierto tuvo también sus méritos de originalidad en otros apartados normativos[565].

(563) Véase ABANTO VÁSQUEZ, cit., p. 298, quien da esta opinión.

(564) Véase, al respecto "Legislación extranjera".

(565) El Código Penal español de 1822, de efímera existencia –obra del grupo de trabajo del jurista, militar y político extremeño José María Calatrava– y uno de los más extensos en su articulado, pues posee 816 artículos, describía en el artículo 468 del Capítulo Cuarto del Título VI lo siguiente: "*Cualquier funcionario público o agente del Gobierno encargado como tal de cualquier modo de la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de algún impuesto, contribución, derecho o renta pública o municipal, que por esta razón exija o haga exigir de los contribuyentes, y les haga pagar lo que sepa que no deben satisfacer, o más de lo que deban legítimamente, perderá su empleo, y resarcirá lo indebidamente pagado, con los perjuicios, aunque no malverse la cantidad injustamente exigida; y si hubiere procedido con el fin de perjudicar al contribuyente, sufrirá además la pena de prevaricador. Pero en el caso de que usurpe o malverse lo injustamente exigido y pagado, o de lo que exija o haga pagar para usurparlo o malversarlo, no solamente lo resarcirá con los perjuicios, sino que será infame, y no podrá obtener nunca empleo ni cargo público, aunque se lo rehabilite de la infamia, pagará una multa igual al importe de lo injustamente exigido, y sufrirá además una reclusión de seis meses a dos años si la exacción injusta no pasa de cincuenta duros. Si escediendo de esta cantidad no pasa de la de trecientos duros, presidio de tres a ocho años. Si pasa de trescientos y no escede de mil, ocho a veinte años de obras públicas; y si pasare de mil duros, sufrirá diez años de obras públicas, y después será deportado*". Los artículos subsiguientes hasta el número 478 efectúan particulares precisiones sobre el delito de exacción para incluir incluso a sujetos particulares en

De la alta frecuencia de comisión de este delito en la España del siglo XIX, nos da cuenta Joaquín PACHECO, quien comentando los artículos 326 y 327 del Código Penal español de 1850, nos dice: "*Imponer una contribución, cargar un arbitrio sin tener autorización legislativa, o su delegación expresa para hacerlo, es un atentado de gran tamaño (...). Este hecho no se concebiría en otros países donde hubiere más hábitos de legalidad rigurosa, pero se conoce bien en el nuestro, en donde no solo es posible, sino que todos habremos visto ejecutarlo, merced a la arbitrariedad de nuestras autoridades*". Refiriéndose al artículo 328, señalaba: "La exacción de derechos superiores a lo justo es cosa de todos los días, que no impidieron jamás las antiguas leyes penales, y que deseamos, más bien esperamos, corrijan las presentes"[566].

El legislador peruano de 1924, al receptar la figura penal suiza, suprimió el elemento subjetivo «con ánimo de lucro», y construyó el tipo penal de exacciones solo con los componentes normativos "contribuciones" y "emolumentos", dando como resultado un modelo de exacción ilegal de técnica imperfecta y sujeto a una complicada exégesis, que en cierto modo trataría de ser corregida en el Código Penal de 1991.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Esta figura penal específica de abuso, que tradicionalmente se conoció en el país como delito de concusión –con relación al cual históricamente representa una de sus especies– y que, en otros ámbitos de doctrina y de legislación penal (Francia, artículo 432-10 y Suiza, artículo 313, por ejemplo, entre otros)[567], se la sigue describiendo con dicha designación o convive mezclando concusión-exacción (Portugal, artículo 379; Ecuador, artículo 281; México, artículo 274), más allá de sus imperfecciones de técnica legislativa, al haber hecho una mención conjunta de los términos «contribuciones» y «emolumentos», representa un legado histórico acerca del otrora frecuente sistema retributivo de los funcionarios públicos, quienes obtenían sus ingresos con base en aranceles, tarifas, tasas, propinas o

el delito. Para quien desee repasar una fresca y sucinta historia del Derecho Penal español, véase en un escenario más amplio de ESCUDERO, José Antonio: *Curso de historia del Derecho. Fuentes e instituciones político administrativos*. Cuarta edición, Madrid Sola e Hijos, 2012, p. 891 y ss.

(566) *El Código Penal concordado y comentado por Don Joaquín Francisco PACHECO*, Segunda edición, Tomo II, Madrid, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1852, pp. 533 y 526.

(567) Al respecto, véase DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 238 y ss., quien evalúa las distintas apreciaciones de la doctrina argentina acerca de las relaciones entre concusión y exacción ilegal y las posibilidades normativas de la inclusión de la primera en la exacción, al carecer de un tipo penal autónomo al respecto.

dádivas cobrados a los particulares. Situación que ha sido casi desterrada de forma ostensible en las modernas y profesionalizadas estructuras burocráticas del poder administrador, organizadas con base en sueldos y extras a cuenta del erario público.

En la legislación comparada se observan varias tendencias legislativas. Entre ellas destacan dos orientaciones: una que exige para la tipicidad del delito la existencia del elemento subjetivo «a sabiendas» (Paraguay, artículo 312), manifestada en diversas expresiones, descartando, por lo mismo, la relevancia del hecho cometido con dolo eventual (los Códigos Penales de Alemania y Brasil mantienen esta orientación, el primero en su artículo 353.1 alude a la frase "de las que él sepa", el segundo emplea la locución "que sabe o debería saber"); y otra (apreciada en Códigos Penales recientes) que tiende a ampliar expresamente el objeto material de la exacción a las tasas, impuestos, salarios, rentas, minutas, etc., y a no aludir expresamente a la hipótesis de los emolumentos (España, por ejemplo, en su artículo 437). El modelo argentino de exacciones es particularmente expresivo por el celo puesto por el legislador para incorporar determinadas circunstancias y consecuencias derivadas de la conducta típica que agravan el injusto y la penalidad; así, el empleo de la intimidación y otros medios facilitadores del ilícito como el caso del provecho personal o de tercero que se hace de las contribuciones, derechos o dádivas solicitadas, exigidas o hechas pagar(568). Igualmente hay que destacar la sobriedad y precisión del esquema legislativo penal paraguayo de exacción ilegal. El modelo penal panameño de 2007, por su parte, ha suprimido del articulo 353 (Código Penal de 2007) toda referencia al abuso del cargo y de las funciones que todavía tenía el Código de 1982. En forma más decidida, el artículo 313 del Código Penal de la Confederación Suiza, siguiendo el modelo trazado en el proyecto de 1918, incluyó el elemento lucro en el tipo penal: "el funcionario que con fines de lucro" (*Ein Beamter, der in gewinnsüchtiger Absicht / Le fonctionnaire qui, dans un dessein de lucre*), dándole mayor sentido a los componentes del delito e identificándole con los fines tradicionales de la concusión.

En la doctrina penal española, el delito de exacciones ilegales ha levantado bastante objeción, de la cual da cuenta Morillas Cuevas, cuando nos dice: "Es un tipo de difícil alcance, excesivamente controvertido, de complicadas fronteras –que van más allá del cohecho y la malversación– para

(568) Ver "Legislación extranjera".

generar más dudas que soluciones, y que requiere una urgente y decidida revisión de su espacio punitivo y de sus contenidos"[569].

Ingresamos así al análisis de este particularísimo tipo penal de abuso del funcionario o servidor público cuyos comportamientos típicos poseen una doble dirección, tanto en atención al ciudadano que contribuye tributariamente con el Estado que es afectado en su libertad y patrimonio a través de comportamientos de forzamiento y engaño como dirigido igualmente a la Administración Pública, que es directamente perjudicada por el sujeto público en sus intereses patrimoniales. Ilícito penal que, hay que decirlo, de los delitos de infracción de deber funcionarial, es el que menos atención ha recibido por parte de la doctrina y que ofrece particulares problemas prácticos de interpretación.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al tratarse de una figura penal en la que se pone de manifiesto abuso de poder y arbitrariedad, lo que la emparenta con el abuso genérico de autoridad, pero que conserva su naturaleza propia al vincular dicho abuso con materia tributaria y remunerativa, cabe aquí lo dicho, en cuanto al bien jurídico protegido, para con el delito de concusión, con la precisión de que la norma penal quiere destacar con énfasis la necesidad de objetividad y profesionalismo en la actividad de los sujetos públicos en la labor recaudadora de contribuciones, así como de su corrección y probidad, a modo de separarla con la suficiente claridad de los comportamientos dolosos que afectan el patrimonio de los particulares y de la propia Administración.

En efecto, se trata de un bien jurídico pluriofensivo que comprende la preservación de la correcta marcha de la Administración Pública, enfatizando además su buena imagen y prestigio, que se ven afectados con el comportamiento ilegal de sus funcionarios, como por igual la protección de la libertad y el patrimonio del contribuyente sobre quien el funcionario dolosamente proyecta exigencias o hace pagar indebidamente contribuciones.

Este tipo penal –sobre el cual nos dice Abastos Hurtado[570] es el típico delito de los funcionarios y empleados de la Hacienda– ha sido construido con elementos normativos relacionados a las "contribuciones" que entrega o es hecho pagar –bajo exigencia indebida– el ciudadano producto de su relación con la Administración Pública, y a los "emolumentos" que exige o se hace pagar dolosamente el funcionario de la propia Administración;

(569) Morillas Cueva, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 1185.
(570) Abastos Hurtado, Manuel. *Derecho Penal II curso*, Lima, UNMSM, p. 236.

el bien jurídico específico abarca también la protección del patrimonio de la Administración Pública.

IV. SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo –autor directo o mediato– el funcionario o el servidor público encargado de percibir o recaudar contribuciones para la Administración Pública, en cualquiera de sus reparticiones, esto es, que goza legalmente de dicha facultad o que tiene ese encargo en el marco de sus deberes generales. Se aprecia así que se restringe el círculo de autores, lo que le convierte en un delito de infracción de deber propio con vinculación funcional intensa.

También es sujeto activo cualquier funcionario que goza del derecho de percibir remuneraciones del Estado, dado que hay funcionarios *ad honoren* que carecen de dicho derecho. Aquí la vinculación funcional se relaja para abarcar a amplios sectores del funcionariado en una literalidad flexible que comprende igualmente a los servidores públicos, no siendo necesario –por las propias particularidades del tipo penal– que el delito se cometa en ejercicio de atribuciones, sino en abuso del cargo.

El tipo penal, en una de sus dos modalidades, no solo resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos del Estado, sino también a aquellos cuyas remuneraciones devienen –los menos– de fuente particular (tarifas aranceles, etc.). En suma, en este apartado, el delito abarca a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar emolumentos. En este punto, como precisan Legape y Matsopoulou, se aprecia una interpretación amplia de funcionario público (que en el tipo penal francés 432-10 alude a una persona encargada de la autoridad pública o un encargado de una misión de servicio público)(571).

La jurisprudencia española da cuenta del debate doctrinario acerca de una interpretación restrictiva o amplia del sujeto activo de este delito. Así, la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de junio de 2006 consideró que autor del delito no puede ser cualquier funcionario, sino solo aquel que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido, como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc. Si no se cumpliera este requisito, el comportamiento del agente podría incidir con más propiedad en las figuras del cohecho o estafa. En otra orientación, la

(571) Legape, Agathe y Matsopoulou, Haritini: *Droit pénal spécial*, París, Themis droit, PUF, 2015, p. 777.

STS N° 255/2016, del 31 de marzo: "El tipo no establece limitación alguna en las autoridades o funcionarios que pueden ser autores de este delito, siempre que concurran los demás elementos del mismo".

En la doctrina alemana, de conformidad con lo prescrito por el artículo 353 del Strafgesetzbuch, que utiliza la frase "Un funcionario que le corresponde recaudar impuestos (...)" (*Ein Amtsträger, der Steuern, Gebühren oder andere Abgaben...)* KINDHÄUSER y HILGENDORF indican: los autores solo pueden ser funcionarios públicos que están autorizados a recaudar impuestos, tasas u otros cargos para una caja pública. Debe ser parte de la tarea asignada al autor en virtud de las reglamentaciones oficiales, y no solo sobre la base de la práctica de la autoridad interna(572). Igualmente, FISCHER: autores solo pueden ser los funcionarios públicos responsables de la recaudación. La recepción de tarifas debe corresponderles en virtud de las reglamentaciones oficiales, no solo por su práctica(573).

V. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es el Estado, que en la primera modalidad se ve afectado formalmente. El perjudicado directo (particular, colectivo social, persona jurídica de Derecho Privado) es la víctima directa del delito cometido por el sujeto público, que asume también –en tema debatible para determinados sectores doctrinarios– la calidad de sujeto pasivo material; víctima que, tal y como está descrito el tipo penal, en su relación con el sujeto activo, admite un alto grado de vulnerabilidad en sus derechos.

En la segunda modalidad de delito que se configura en torno a los emolumentos, tiene su titular igualmente en el Estado, pero específicamente en la repartición pública afectada formal y materialmente.

Las particularidades que presenta el delito de exacción ilegal posibilitan apreciar que los comportamientos del sujeto activo (el funcionario o servidor público) que capitalizan el núcleo del delito se producen tanto hacia fuera como al interior de la Administración. En el primer caso, cuando sus acciones se proyectan sobre el ciudadano o el colectivo social que mantienen relaciones tributarias con la Administración Pública; en el segundo caso su accionar doloso está planteado –principalmente– al interior

(572) KINDHÄUSER, Urs y HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*, 8 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 1419.

(573) FISCHER, Tomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Auflage, München, C.H. BECK, 2019, p. 2577.

de la propia Administración a la que pertenece, de la que pretende emolumentos indebidos.

La víctima material del delito, focalizada en el sujeto particular, en la lógica descriptiva de la exacción ilegal, puede que desconozca que efectivamente no debía la contribución o el exceso, o, acaso, tenga una percepción confusa al respecto, pero la acción del sujeto público que exige o hace pagar, esto es, que utiliza mecanismos impositivos o fraudulentos, termina por configurar el aprovechamiento del agente con base en su posición de dominio o de la calidad de funcionario o servidor público para dar la razonabilidad exigida por el *ius puniendi* para activar la injerencia punitiva. Puede también que dicha víctima material del delito conozca de la ilegalidad de las exigencias del sujeto público y resista sus pretensiones, pero que finalmente sean más intensas las actitudes coactivas del agente o el engaño que junto a la presunción de legalidad de lo debido termina imponiéndose, con lo cual igualmente se configura el delito. Obviamente que no se podrá hablar de víctima del delito si esta conviene en hacer los pagos por contribuciones o emolumentos indebidos con libertad y sin presencia de fraude por parte del sujeto activo, al faltar conducta típica, lo cual derivará su tratamiento jurídico hacia ámbitos de ilicitud administrativa del funcionario o servidor público, de no configurar el hecho actos de relevancia penal por modalidades de cohecho.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Al tratarse de un delito intrínsecamente vinculado a la exigencia indebida de contribuciones o emolumentos, ambos elementos normativos relacionados con la Administración Pública, los componentes materiales del tipo penal tienen como base o punto de partida el abuso del cargo e incluyen diversas modalidades de concreción del delito, cada una de las cuales puede presentarse por sí sola, sin que sea necesario que concurran las otras conductas para dar por perfeccionado el delito en su nivel típico, es decir, es suficiente que el agente ejecute o consuma cualquiera de las tres modalidades concentradas en cada verbo rector para perfeccionar la figura penal, al tratarse de un tipo penal con múltiples y alternativas modalidades delictivas.

Cabe precisar por adelantado que el núcleo de tipicidad del delito radica en las acciones que lleva a cabo el funcionario o servidor público desde dentro hacia afuera de la Administración, como por igual al interior de ella. En efecto, el sujeto público proyecta o dirige sus acciones ilícitas (exigencia, hacer pagar, hacer entregar) hacia el ciudadano o al colectivo social (personas jurídicas) que mantiene relaciones tributarias con

la Administración, pero también orienta sus comportamientos típicos –principalmente a la propia Administración– a los efectos de obtener de ella emolumentos indebidos. Tal una de las singularidades de este delito de infracción de deber.

1. El abuso del cargo

Cabe aquí igualmente lo señalado en el capítulo anterior, con la expresa anotación de que el abuso del cargo, por la referencia específica del tipo al término normativo "contribuciones", incluye también el abuso de las atribuciones del sujeto público, quien debe reunir facultades y actuar dentro del marco de su competencia funcional al exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos o, con prescindencia de ello, simplemente abusar aprovechándose del cargo (de la calidad de tal o cual funcionario) sorprendiendo o engañando a su víctima.

El abuso se efectúa a través de la exigencia o del forzamiento fraudulento (hacer pagar o entregar) a la víctima para que esta page o entregue contribución o emolumento indebido. Se trata de exigir o hacer pagar o entregar lo no adeudado al Estado o al funcionario o servidor; también, en caso de existir deuda, exigirla o hacerla pagar en cantidad que exceda a la tarifa legal, abuso que por sí representa una arbitrariedad lesiva a la propia Administración como a los intereses de los particulares.

2. El exigir o hacer pagar o entregar

El Código Penal de 1924 empleaba, en su artículo 343, el verbo rector "percibir", término que mereciera la crítica de HURTADO ABASTOS por no definir ni precisar adecuadamente la naturaleza del delito(574). Se trata, como precisa SOLER, de formas de intimación(575) que hace el funcionario o servidor público, es decir, de exhortación o requerimiento con fuerza de autoridad. En palabras de VIADA Y VILASECA, son las exacciones *ex post facto* por exceso en la percepción de los derechos que tiene señalado el funcionario público(576). La jurisprudencia penal española del Tribunal

(574) ABASTOS HURTADO, Manuel: *Derecho Penal II curso*, cit., p. 236.

(575) SOLER: Derecho Penal argentino, T. V, cit., p. 198. Al respecto, es ilustrativa la ejecutoria suprema del 8 de enero de 1998, Exp. N° 1644-97, Amazonas, que, de conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema, consideró exacción ilegal la exigencia de dinero hecha a los ganaderos por parte del subprefecto y gobernador para autorizar el pase del ganado.

(576) VIADA Y VILASECA, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, Madrid, Tipografía Manuel Ginés Hernández, 1890, p. 682. VIADA hace esta clasificación para diferenciarla de la exacción "*ab origine*", la misma que desde su origen es contraria a la Constitución y las leyes.

Supremo ha considerado que en el delito de exacciones ilegales, el funcionario crea una falsa apariencia de legalidad, generando en el particular error por entender que la cantidad era debida con arreglo a derecho (STS del 20 de mayo de 2004).

Exigir contribuciones no debidas implica demandar enérgicamente al supuestamente obligado el cumplimiento de las mismas para con la administración estatal, demanda enérgica que supone un nivel de intimidación y de coacción de cierta intensidad como vía idónea para lograr la consumación del delito, y que parte de la posición de dominio o de poder con la que se presenta el sujeto público frente al particular. El funcionario o servidor, consciente del estatus de superioridad que posee con relación al ciudadano, hace valer dicha situación para coactivamente exigir. No se trata aquí de exigir para sí o para otro (destinatarios propios de la concusión del artículo 382), sino de un destinatario que no es otro que la Administración Pública. En el modelo suizo de este delito, el sujeto público se mueve con fin de lucro, pero la doctrina se coloca también en la situación de que la contribución vaya exclusivamente a la Administración, considerándose en ese supuesto un caso de abuso de autoridad(577).

La jurisprudencia española ha considerado con relación a este verbo rector lo siguiente: "Esta conducta admite dos modalidades, que abarcan tanto los supuestos en que la exigencia se basa en el engaño (se exige una cantidad haciendo creer al ciudadano perjudicado que está obligado a abonarla), como en la coerción (se exige el abono de una cantidad indebida o excesiva como requisito para obtener un servicio). Limitar el contenido del tipo exclusivamente a las modalidades defraudatorias, fundadas en una falsa apariencia de legalidad y excluir las coercitivas, constituye una interpretación que carece de apoyo legal" (STS N° 255/2016, del 31 de marzo).

Igualmente, el sujeto activo, prevaliéndose de su poder, esto es, de modo abusivo, puede exigir emolumentos(578) o remuneraciones a la Administración Pública o a los particulares, en este segundo caso, en las especiales

(577) Al respecto, THORMANN, Philipp y VON OVERBECK, Alfred: *Das Schwezerische Strafgesestzbuch*, cit., p. 453.

(578) ABANTO es de la opinión (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., p. 304) que no es posible referenciar los emolumentos a la conducta «exige», dada su inidoneidad ya que «no sería posible intimidar al funcionario encargado con una violencia tan mínima». Sin embargo y contrariamente a dicha idea, quizás sea esta una modalidad muy frecuente en que se practica exacciones ilegales de emolumentos, en contextos donde el funcionario imprime una línea autoritaria (abusiva, arbitraria) y de voluntarismo no sujeta a control o de difícil control, tal como ha sucedido con alta incidencia en los gobiernos locales, según registra la producción jurisprudencial.

hipótesis en las cuales dichos particulares establezcan relaciones con la Administración Pública que justifiquen dichos emolumentos. Exigir emolumento supone, por su parte, un cambio de dirección del contenido económico de la exigencia. Lo exigido va no ya a engrosar las arcas del Estado, sino al peculio del sujeto activo, dada la naturaleza del emolumento.

Obviamente que entre exigir (artículo 383 del Código Penal) y obligar (artículo 382) hay diferencias de grado que explican el menor contenido del ilícito y, por lo mismo, de penalidad del primero, que se hallan distantes por naturaleza y relevancia penal con la solicitud (artículo 393), conducta que no integra tipicidad por delito de exacción ilegal.

El gravamen debe existir como tal, dice FISHER, "de modo que haya al menos el deber de recaudar para otros. Si la persona interesada sabe que no debe el monto y sin embargo paga por otros motivos, se excluye el tipo"(579). El autor debe haber engañado al deudor sobre su obligación tributaria, nos dice Bernd HECKER, asimismo, es irrelevante si el deudor sabe que no debe la cantidad solicitada debido al abuso cometido por el funcionario público para cobrar(580).

Dada la naturaleza transitiva del verbo "exigir", no es admisible que se pueda producir en esta hipótesis legal modalidad omisiva de delito(581).

«Hace pagar» contribuciones o emolumentos no debidos, en cambio, es ya la realización material del contenido de la exigencia, constituyendo en este punto una hipótesis legal de un mayor desarrollo en el proceso ejecutivo del delito. En efecto, mientras que la exigencia es una modalidad que configura un ilícito de peligro, «hacer pagar» ya pone en evidencia un resultado concretable, en este contexto de tipicidad. El supuestamente obligado abona tales contribuciones (a la Administración) o remuneraciones (a nombre del Estado) abonando emolumentos al funcionario o servidor público, instrumentalizado fraudulentamente por el accionar del sujeto activo del delito. El contenido material del comportamiento consistente en hacer pagar supondrá, como precisa ABANTO y reconoce la doctrina argentina, el concurso de actos engañosos por parte del funcionario o servidor que

(579) FISCHER, Tomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit. p. 2577.

(580) HECKER, Bernd, en SHÖNKE, Adolf y SHRÖDER, Horst: *Strafgesestzbuch Kommentar*, 30 Auflage, München, C.H. BECK, 2019, p. 3275.

(581) Véase para el caso del tipo penal español de exacciones del artículo 437, igual opinión de CASTRO MORENO, Abraham: *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 112.

exacciona[582]. BUOMPADRE anota que las conductas descritas como «hiciere pagar o entregar» revelan un obrar positivo que no supone el empleo de medios violentos, sino más bien la utilización de medios fraudulentos, que se acercan a la estafa. En esta modalidad, el agente utiliza medios engañosos para el contribuyente, que lo inducen a error acerca del deber de pagar algo que no se debe o a pagar más de lo debido[583]. KINDHAUSER Y HILGENDORF participan de igual criterio con relación al papel jugado por el engaño en el delito de exacción ilegal[584]. Cuando la dirección del comportamiento típico se dirige a la Administración, el abonamiento o pago de montos indebidos exigidos o hechos pagar por el funcionario o servidor generalmente se concreta en dinero; cuando se dirige a los particulares puede ser en dinero en efectivo o a través de letras, cheques, etc. (de acuerdo a la naturaleza de los emolumentos y las contribuciones)[585].

«Hace entregar» (en el empleo diferenciado de esta frase con relación a la anterior) debe ser interpretado, como afirma CREUS, como el *hacer dar*, *restituir* o *proporcionar algo* que tenga valor o cumpla una función económica[586], situación que abre el espectro de posibilidades a bienes distintos al dinero, en el que ingresan documentos y títulos valores. Al igual que en la modalidad «hace pagar», también aquí es posible la confluencia, en la conducta típica, del engaño, aprovechamiento del error o estratagemas sobre la víctima para hacer viable el resultado, en relación tanto a las contribuciones como a los emolumentos. Resultaría forzado admitir que dicha modalidad (hacer pagar) en el ámbito de las contribuciones admita un tributar en especie, la cual por su propia naturaleza es exigible en función del dinero.

El discurso jurisprudencial peruano tiene desarrollos argumentativos que destipifican la conducta si es que el cobro de emolumentos indebidos ha sido llevado a cabo sin ese nivel mínimo de constreñimiento o

(582) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., p. 300.

(583) BUOMPADRE: *Delitos contra la Administración Pública, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 308. Dicho autor, y con él la mayoría de autores argentinos, ve en la modalidad «exigir» una exacción explícita, mientras que las modalidades articuladas por los núcleos rectores «hiciere pagar o entregar» son vistas como exacción implícita.

(584) Véase, KINDHÄUSER, Urs y HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*, cit., p. 1419.

(585) Véase la ejecutoria suprema de fecha 13 de octubre de 1998 (Sala C) Exp. N° 1380-98-Piura, caso de cobro indebido de bonificaciones hecho por regidores y de percepción de dietas por sesiones no asistidas; así como la conducta del alcalde de disponer aumento de su sueldo por sobre el límite legal.

(586) CREUS: Derecho Penal. Parte especial, T. 2, cit., p. 312.

intimidación que suponen las exigencias requeridas por el tipo penal, sino más bien con base en acuerdos fundados en la autonomía institucional, no obstante que con ello se haya transgredido la Ley de Presupuesto General de la República. Así, la ejecutoria suprema de fecha 23/01/2002, Exp. N° 861-2000-Cuzco[587].

En la doctrina española, ETXEBARRIA ZARRABEITIA llega a decir: "La conducta típica se sitúa así a mitad de camino ente el engaño y la imposición. Aunque el tenor literal del precepto no requiere del empleo de un engaño generador de error en el particular, para que disponga a favor del funcionario una suma –total o parcialmente inexigible conforme a derecho– lo normal en las exacciones ilegales será que el funcionario se aproveche de una falsa apariencia de legalidad creada por el mismo o no"[588].

3. Contribuciones o emolumentos no debidos

El tipo penal es de carácter cerrado, se agota en las contribuciones o emolumentos, no hace referencia a dádivas. En este punto, la norma penal ha eliminado la mención expresa a las tasas e indemnizaciones que contenía el Código de 1924. El postular la inclusión de las multas dentro del concepto emolumentos, conforme lo propone ABANTO VÁSQUEZ[589], constituye una hipótesis que desborda los alcances significativos de dicha expresión. Igual sucede al pretender darle al concepto contribución un significado expansivo para abarcar el pago de "costos judiciales" o cuando se emplea la frase "pago realizado por el sujeto para obtener algo de la Administración". En este punto, cabe mencionar que en la doctrina francesa LEGAPE y MATSOPOULOU señalan, en el sentido de que los componentes del delito de concusión (exacción para nosotros) recibir, exigir, ordenar cobrar son interpretados de manera restrictiva por la jurisprudencia penal francesa, a contrapeso de la tendencia a la interpretación expansiva de las contribuciones y tasas tanto en la doctrina y la jurisprudencia[590]. En la misma idea, en la doctrina suiza, THORMANN und VON OVERBECK, para quienes el componente remuneración (*Vergütungen* para el Código Penal suizo en la parte alemana, *émoluments*, para el código suizo penal en la

(587) Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 126.

(588) ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: "Fraudes y exacciones ilegales", en ASÚA BATARRITA, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 221.

(589) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 255.

(590) LEGAPE y MATSOPOULOU: *Droit pénal spécial*, cit., p. 777).

parte francesa de la Confederación svizera) indica cualquier contraprestación no adeudada en términos monetarios[591].

Exigir, hacer pagar o entregar otras cosas (como bienes o regalos, dádivas, presentes) hace atípica la figura, pudiendo incurrirse en el delito de abuso genérico de autoridad (artículo 376) o más propiamente de concusión (artículo 382). No ingresan al tipo, por lo tanto, las dádivas, obsequios o entregas gratuitas. Lo que resulta discutible es si la norma penal tiene que circunscribirse al concepto estricto de contribución del Código Tributario o, en cambio, deba interpretarse extensivamente en tanto todo tributo que resulta exigible (contribuciones, tasas, derechos, etc.).

El concepto legal tributario del término ***contribuciones*** nos permite entender que se trata de una especie de tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de servicios estatales[592]. La interpretación amplia de su significado, en el ámbito penal, implica rebasar el sentido literal tributario para cubrir un espectro de tutela mayor que permita prevenir y sancionar abusos de los sujetos públicos, con base en la perspectiva de una más efectiva protección del bien jurídico, de forma que los derechos, tasas e impuestos sean también abarcados por la exigencia ilegal, al igual que las contribuciones en sentido restringido. Contribución es, así, para el Derecho Penal peruano, –con base en esta segunda lectura– sinónimo de tributo en sentido lato[593]. Al respecto y a efectos de mejorar el mensaje comunicativo del tipo penal de exacción ilegal, no estaría demás propender a una reforma del tipo a fin de incluir expresamente otros conceptos tributarios, lo cual le permitirá ganar en determinación a la norma y en taxatividad a la interpretación.

El término ***emolumento*** que utiliza el legislador peruano para integrar el tipo penal de exacción ilegal, siguiendo los modelos penales

(591) Thormann, Philipp und Von Overbeck, Alfred: *Das Schweizerische*, cit., p. 453.

(592) TUO del Código Tributario (Decreto Supremo N° 135-99-EF, del 19 de agosto de 1999), Norma II del Título Preliminar.

(593) Velásquez Calderón, Juan y Vargas Cancino, Wilfredo (*Derecho Tributario moderno. Introducción al sistema tributario peruano*, Lima, Grijley, 1997, p. 36) dan la siguiente definición: "Las contribuciones son los tributos que paga el contribuyente al fisco en contraprestación a un beneficio grupal o sectorial derivado de algún servicio que presta el Estado". Francia Arias, José Luis efectúa una detallada exposición acerca de la historia legislativa nacional del delito de exacciones ilegales y de los componentes típicos "contribuciones" y "emolumentos", en la perspectiva como el mismo denomina "hacia una reinterpretación del delito de exacciones ilegales" ("¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas y por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re)interpretación del delito de exacciones ilegales, en *Gaceta Penal*, Tomo 103, enero 2018, Lima, Gaceta Jurídica, p. 126 y ss.

suizos (Anteproyecto y Proyecto de 1916 y 1918, respectivamente), tiene dos acepciones que se han sucedido en el tiempo. La *primera*, de origen latino (*emolumentum*), obedece a una concepción estricta, en el sentido de propina o gaje dado a determinados funcionarios en reconocimiento a sus servicios (registradores, escribanos, peritos) por quienes toman sus servicios, denotando así el origen histórico del término. La *segunda* acepción, de carácter amplio y comprensivo, expresa la idea de honorario, sueldo, remuneración o indemnizaciones, incluyendo los derechos percibidos por peritos oficiales, escribanos, registradores públicos, funcionarios municipales, médicos forenses y otros que cobran por los servicios prestados con base en aranceles. Este último significado es el correcto y del que da cuenta la doctrina penal (THORMANN-OVERBECK, LOGOZ, CASSANI, entre otros) y la jurisprudencia suiza, al igual que en la doctrina nacional ABASTOS HURTADO, entre otros. Sin embargo, es debatible que ingresen en el concepto penal de "emolumentos" las pensiones percibidas por los familiares del funcionario o servidor público. Así también, los denominados «gastos operativos», los mismos que poseen un destino y un fundamento de origen y uso distinto al de la remuneración; sí, en cambio, pueden ser considerados emolumentos, en sentido penal, los bonos que se conceden a determinados funcionarios públicos, pese a no ser pensionables. Tampoco son parte del tipo las subvenciones solicitadas o exigidas por funcionario o servidor público(594).

Se aprecia, por lo tanto, que la noción de "emolumento" posee una doble orientación significativa. Ya, en tanto, remuneración que por diferente concepto percibe el funcionario o servidor público de cualquiera de las diferentes reparticiones de la Administración Pública, esto es, del Estado en sentido global; como también percepciones de dinero que determinados sujetos públicos reciben de parte de los particulares, en los casos señalados en ley o reglamento, a través de montos establecidos en aranceles o tarifas. Significación esta última cada vez más en desuso y que da cuenta de su significado histórico de origen.

Estos emolumentos para ser debidos y, por lo mismo, legales deben estar fijados legal, reglamentaria o administrativamente. Por ejemplo, en el ámbito específico de determinados funcionarios, tenemos los derechos

(594) En tal sentido, la ejecutoria suprema del 01/10/2004, Exp. N° 83-2004-Áncash, que declaró haber nulidad en la sentencia condenatoria y reformándola absolvió al procesado por delito de exacción ilegal, al haber este solicitado una subvención, no siendo esta una contribución o emolumento, véase en AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth: «Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema», *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 289.

o aranceles que deben pagar los justiciables para que el juez o secretario materialice un lanzamiento o desalojo; asimismo, los emolumentos de los funcionarios municipales para celebrar matrimonios civiles, de los médicos forenses para certificar prueba de ADN y otras; las dietas de concejales, honorarios de notarios, etc. Cabe indicar, finalmente, que la palabra emolumento no goza de consenso en el contexto normativo internacional. En efecto, ninguno de los Códigos europeos modernos, con excepción del vigente Código Penal suizo, hace mención de dicho término en la construcción de sus modelos de concusión o exacción ilegal.

Tales contribuciones o emolumentos exigidos, hechos pagar o entregar deben ser **no debidos**[595], es decir, no adeudados (por estar ya pagados, por no existir deuda alguna, por no ser la persona que debe, por tratarse de contribuciones derogadas o simplemente por no existir legalmente el impuesto o la obligación de pagar, o por estar eximido del pago) o, por lo menos, no en el monto exigido. En palabras de Manuel G. Abastos, lo no debido es lo ilegítimo: «La exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por la ley o reglamento vigente, o cuando siendo legal en sí misma tiene por objeto una suma que el particular ha pagado o que no debe»[596]. Esta circunstancia convierte el comportamiento del funcionario o servidor público en arbitrario y abusivo, pues él actúa con conocimiento de la inexistencia de la obligación por parte de la víctima. La norma penal peruana no ha empleado la frase «indebidamente» como la argentina, sino que ha restringido el sentido de la ilicitud al «exigir, hacer pagar o entregar lo no debido», lo cual tiene íntima conexión con el objeto material del tipo penal: las contribuciones y los emolumentos.

La ejecutoria suprema contenida en la R.N. N° 3295-2012, del 06/03/2013, Amazonas, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que "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. Lo no debido es lo ilegítimo, esto es, aquella exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por las leyes o

(595) Así, el caso del alcalde y los regidores que en abuso de su cargo cobraron indebidamente sumas de dinero por concepto de racionamiento cuando no tenían derecho a ello (sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Junín de fecha 24 de abril de 1998, Exp. N° 157-95. Véase en Academia de la Magistratura: *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2000, p. 433).

(596) Abastos Hurtado, Manuel G., *Derecho Penal. II Curso [Apuntes de clases]*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s/f, p. 236.

reglamentos vigentes, o cuando siendo legal en sí misma, tenga por objeto una suma que el particular ya ha pagado o no debe".

4. Contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la tarifa legal (condición objetiva de punibilidad)

Los elementos normativos (contribuciones, emolumentos y tarifa legal) siguen orientando la labor de interpretación sistemática del tipo penal, lo que aleja la posibilidad de incurrir en subjetivismos y exégesis voluntaristas.

Por ejemplo, excede a la tarifa legal que el funcionario o servidor público exija o haga pagar más del 5 % por derecho del impuesto a los arrendamientos, o más del 18 % por concepto del Impuesto General a las Ventas[597], o en otros casos referidos a pagos efectuados en Registros Públicos, etc.

La alusión a «tarifa legal», elemento normativo copiado del modelo suizo de 1918, se halla referida a las tablas de derechos a pagar fijadas legalmente y de conocimiento público.

Tanto las contribuciones y emolumentos no debidos como las cuantías excesivas son, de acuerdo al tipo penal, un engaño o montaje que sobre los mismos hace el sujeto público.

Al respecto, algunos extractos que marcan el perfil doctrinario de la **jurisprudencia penal francesa,** en un delito de escasa incidencia en dicha latitud geográfica:

> "El delito de concusión se constituye si una persona depositaria de la autoridad pública o encargado de una misión de servicio público recibe, exige u ordena cobrar derechos o contribuciones, impuestos o cargas públicas que él sabe no se debe o que excede la que se debe, sin dar una base legal para ello. El Alcalde y los concejales municipales son culpables de exacción ilegal, el primero por haber firmado las órdenes de pago en beneficio de los concejales, los segundos por no tener derecho a reclamarlos. De otro lado el delito de exacción ilegal solo se constituye si ha habido una orden de cobro y no una orden de pago" (Crim. 27 juin 2001, Bull Crim, N° 162).

(597) Referencias tributarias que pueden variar de acuerdo a la política económica impositiva de los Gobiernos. Al respecto, véase la ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, Exp. N° 4722-97-Amazonas.

"Para fijar el delito de concusión, la sentencia establece que si al acusado no se le ha dado ninguna suma de dinero, los beneficios en especie que recibió eran ilegales en el sentido que no estaban deducidos de su salario, de lo que se deduce que el acusado recibió sumas superiores a las debidas" (Crim. 21 marz 1995).

"El delito de exacción ilegal solo se constituye si ha habido una orden de cobro y no una orden de pago. Por tanto, el Alcalde que se compromete, en nombre de terceros, no investido con ninguna de las cualidades, no comete exacción ilegal" (Crim. 27 juin 2001)[598].

5. Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: el destino de lo pagado o entregado indebidamente

Se ha sostenido que es este un delito, que toma tipicidad con las contribuciones, por exceso de celo del funcionario o servidor público, quien actúa dentro de sus atribuciones, pero abusando o excediéndose dolosamente en el ejercicio de las mismas. Lo dicho es perfectamente válido en la hipótesis de las contribuciones, pero es inexacto para con la de los emolumentos. Cuando el funcionario o servidor público exige, se hace pagar o entregar contribuciones no debidas, dicho sujeto actúa a nombre de la Administración Pública, vale decir, compromete el prestigio y el nombre de dicha institución en su doloso accionar; en este supuesto, se entiende que el contenido de la exigencia (el monto de la contribución) ingresa al patrimonio público. En el caso de que la exigencia –o la concreción de los otros verbos rectores– bajo la apariencia de formalidad sea una estratagema del funcionario para aprovecharse de dicho monto, el mismo que no es ingresado al patrimonio de la institución, podríamos estar ante un caso de estafa (sin embargo, la configuración de este delito supondrá la convergencia de los componentes propios del artículo 196 del Código Penal); en caso extremo, si se produjo la incorporación y en ese supuesto el funcionario se apodera del dinero, se tratará de un peculado.

En la hipótesis legal de los emolumentos obtenidos ilícitamente, ello redunda por lo general en provecho del sujeto activo, situación en la cual existirá a título doloso aprovechamiento personal-funcional de carácter lucrativo[599], situación que suele presentarse –siendo ello un grave indicador de la fragilidad de la Administración Pública peruana– en situaciones

(598) Véase, *Code Pénal Annoté*, 2018, 115 édition, París, Dalloz, p. 1313.

(599) El provecho económico del autor no es un componente típico necesario del delito de exacciones ilegales. Así, en tal sentido, la citada ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, Exp. N° 4722-97-Amazonas, que de conformidad con el dictamen fiscal supremo considera la no

excepcionales dada la naturaleza reglada e institucional de las remuneraciones de los funcionarios públicos. Esta última es la orientación dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema, razón por la cual se habla de la figura de «pagos o cobros indebidos» como submodalidad de la exacción ilegal, imputable al funcionario o servidor que se aprovecha de su posición o cargo para pedir imperiosamente a la Administración Pública el pago de remuneraciones (sueldos, asignaciones, etc.) o la entrega de montos de dinero no debidos o en cantidad superior a la correspondiente(600); expresión concreta de exacción cometida por funcionario público que se explica por las estructuras no debidamente consolidadas de la Administración Pública y del funcionariado peruano, que permiten constatar y mostrar estos excepcionales y anómalos casos de perversión de las relaciones entre funcionariado e institucionalidad pública, que se concentran en zonas donde la presencia del Estado es escasa o cuando este es débil y permisible(601).

Si bien el tipo de exacción ilegal –cobro indebido– puede admitir, en una línea de interpretación amplia del concepto "emolumento", la posibilidad de que las asignaciones mensuales vitalicias pagadas por concepto de jubilación sean también emolumentos, para que en este supuesto la doble percepción de haberes por jubilación (funcionario o servidor que percibe los beneficios remunerativos de jubilación de una repartición administrativa del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y además de una universidad nacional, por colocar un ejemplo, de los diversos que suelen producirse) suponga relevancia penal por el delito en mención deberá hallarse rodeado de las exigencias que plantea el tipo: coacción, engaño. La

relevancia del hecho, para la consumación del delito, si la diferencia cobrada en exceso fue o no apropiada por el acusado.

(600) Véase sobre esto la ejecutoria suprema del 6 de octubre de 1998, Exp. N° 5755-97-Ica (Primera Sala Transitoria), en la que se evalúa un caso de exacción ilegal por pago indebido de emolumentos. El alcalde y los regidores de Caravelí (Arequipa) percibieron de enero a mayo de 1994 dietas y conceptos excesivos por racionamiento. El caso fue resuelto por atipicidad penal al no existir dolo en el comportamiento material de los sujetos activos, habiendo devuelto los funcionarios los montos de dinero.

(601) Véase, por ejemplo, el caso que describe la sentencia del 24/04/1998, Exp. N° 157-95, con voto en discordia, de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, en la que, previo acuerdo de Concejo Municipal de un distrito, los funcionarios (alcalde y regidores) se hicieron pagar indebidamente durante el lapso de un año y con carácter retroactivo sumas de dinero por concepto de racionamiento, en Academia de la Magistratura: *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2000, p. 433. Con un sentido distinto de argumentación, véase la ejecutoria del 23/01/2002, Exp. N° 861-2000-Cuzco, en la que si bien los funcionarios (alcalde y regidores) se habían hecho pagar sumas de dinero por concepto de racionamiento, la Corte Suprema consideró atípica la figura, dado que no había sido producto de exigencia alguna sino como consecuencia de un acuerdo del Consejo Municipal (Véase en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 126).

sola percepción pasiva de un doble o triple concepto remunerativo, incluso a título de jubilación, procedente del Estado o de organismos de este constituirá una situación de irregularidad administrativa o en todo caso un ámbito de tolerancia administrativa cuando no exista norma prohibitiva, que no alcanzan la suficiencia típica exigida por la norma penal de exacción ilegal.

Debe apreciarse que en la hipótesis que trabaja con las contribuciones, estas deben ingresar al ámbito efectivo de dominio de la Administración Pública o más propiamente del Tesoro o Hacienda pública, aumentando indebidamente el patrimonio estatal. De ocurrir lo contrario, es decir, si el funcionario o servidor se los apodera, existirá peculado o, según el caso, apropiación ilícita.

En el caso de la hipótesis delictiva que trabaja con los emolumentos indebidos, el funcionario o servidor logra un lucro que no le corresponde, obtenido ilegalmente por lo general de la Administración Pública.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, esto es, el funcionario o servidor al actuar sobre la base de cualquiera de los comportamientos típicos debe conocer los elementos objetivos y normativos del tipo penal. El sujeto activo debe conocer que el agraviado no debe a la entidad estatal que se trate o que si debe no es en la cantidad exigida o hecha pagar o que esté exigiendo o haciéndose pagar indebidamente. Es este conocimiento del abuso que ejerce sobre la víctima y la voluntad de actuar pese a ello lo que explica la relevancia penal del comportamiento.

La exacción ilegal de emolumentos supone la presencia de dolo directo, pues está en juego un propósito agregado de beneficio ilícito.

La existencia de error de tipo por ignorancia del monto de pago o en el cálculo de las contribuciones o en la actualidad de la ley, es una posibilidad que puede ocurrir. La presencia de buena fe en los actos del sujeto público, la ignorancia de los funcionarios explicada por la lejanía o el desconocimiento de la ley, siempre cambiante en materia de imposiciones, ha sido vista por la Corte Suprema con criterio de atipicidad. Así, la ejecutoria suprema del 14/01/1998, Exp. N° 1587-97-Cajamarca, señala que al haber los regidores efectuado cobros indebidos por concepto de dietas y bonificaciones con desconocimiento de la ley, habiendo actuado de buena fe y procedido posteriormente a devolver lo percibido indebidamente, descarta el lucro por parte de los procesados, constituyendo

el hecho una irregularidad administrativa, al no existir dolo en dicho comportamiento(602).

En cuanto a la valoración del reintegro o devolución de lo indebidamente hecho pagar, que efectúa la Corte Suprema, interesa destacar que adquiere interés en el lenguaje jurisprudencial para restarle relevancia a la conducta típica si es que dichos actos están precedidos de buena fe o de la ignorancia sobre la ilegalidad del comportamiento(603).

La norma penal en este punto no se ha detenido a privilegiar móvil alguno, de forma tal que será irrelevante, para efectos de tipicidad penal, el porqué de la conducta dolosa del sujeto activo.

La jurisprudencia peruana ha enfatizado, para el caso de los emolumentos, en diversas ejecutorias el elemento voluntad del agente para remarcar que deberá ella estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio, con la que asume la tesis del dolo directo(604). En la Ejecutoria Suprema N° 2788-2008-Tumbes, de la Sala Penal Permanente, como nos lo recuerda Francia Arias, la Corte Suprema indicó: "No se configura el delito de exacción ilegal si el funcionario recibió del usuario una mayor suma por desconocer la tarifa exacta por concepto de conexión de agua, más aún si cuando supo que la mencionada tarifa era menor, devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le parecía excesiva".

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito tiene varios supuestos que se consuman en modo diverso (delito de actos compuestos o delito complejo):

a) *El exigir contribuciones o emolumentos no debidos.* Se consuma con la simple actividad imperiosa de demandar o exigir (ya sea con notificaciones, requerimientos, medidas cautelares, verbalmente, etc.). Se trata, pues, de un delito de simple actividad y de peligro

(602) Véase en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 652.

(603) Véase también el voto en minoría en el caso de la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín ya citada, que destaca las circunstancias de hallarse los acusados en un lugar donde no podían contar con la asistencia de abogado o contador para determinar si su conducta se hallaba permitida por la ley.

(604) Ejecutorias supremas del 20/09/1999, Exp. N° 4628-98-Áncash, en *Revista Peruana de Jurisprudencia,* Trujillo, Normas Legales, 2000, Año II, N° 3, p. 394; del 23/01/2002, Exp. N° 861-2002-Cuzco (Salazar Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 124); ejecutoria suprema del 12/07/2002, Exp. N° 2916-2001-Lima (Salazar Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 149).

que, de acuerdo a las circunstancias de ejecución, admitirá o no formas de tentativa.

b) *El hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos.* Se consuma al efectivizarse el pago o la entrega (delito de resultado). Son viables las formas de tentativa.

c) *Hacer entregar contribuciones o emolumentos debidos, pero en cantidad que exceda la tarifa legal.* Cabe aquí lo dicho para el supuesto b).

No existirá delito si el sujeto público obra de buena fe, con inexistencia de dolo o por ignorancia de las normas que regulan las contribuciones.

IX. PARTICIPACIÓN

Rigen las reglas generales de la participación, vale decir, pueden ser inductores y cómplices tanto otros funcionarios y servidores públicos como los particulares. La autoría solo corresponde al funcionario o servidor público que abusa del cargo. En el caso de las conductas típicas relacionadas con las contribuciones, la acción es directa, la exigencia, el hacer pagar o entregar no posibilita que el supuesto típico pueda configurarse utilizando a terceras personas, esto es, indirectamente. Situación diferente puede presentarse en el caso de la exacción que se concreta mediante el hacerse pagar emolumentos no debidos o en cantidad mayor, dado que en estos hechos, por lo general, quien abusa de su poder tiene una posición jerárquica superior con relación al funcionario o servidor que se ve, en cierto modo, compelido a entregar.

X. PENALIDAD

Gravedad intermedia en la pena privativa de libertad de 1 a 4 años, más inhabilitación.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Existe atipicidad:

- Por error de tipo invencible por parte del sujeto activo del delito acerca de la existencia de la deuda o sobre el monto de lo exigido.

- Por actos de tan solo relevancia administrativa y/o ausencia de dolo[605] o por ser irrelevantes[606].

2. Causas de justificación y de exculpación

Tenemos las siguientes:

- Cuando el agente considera que obra por disposición de la ley.
- Por error de prohibición invencible, cuando el sujeto activo comete el ilícito penal por crasa ignorancia de la norma o reglamento, situación que suele presentarse con más frecuencia en zonas alejadas del país, por cierto cada vez menos frecuente con los adelantos y la evolutiva informatización del conocimiento. De este modo, existe error de prohibición invencible cuando el agente por ignorancia de la norma, reglamento o tarifa considera debido el pago al que no está obligado el afectado (causal de exculpación: error de prohibición); o porque cree que obra por disposición de la ley (error sobre la existencia de una causal de justificación de la antijuricidad del hecho).

XII. PLANTEO DE INTERROGANTES (PROBLEMÁTICA) Y CONCURSO DE DELITOS

1. Si lo percibido por el funcionario o servidor público, en el caso de las contribuciones, no ingresa al fisco, apropiándoselo o reteniendo dichos fondos, el supuesto del hecho ilícito ¿sigue siendo exacción ilegal?

Esta situación no ha sido prevista expresamente por el Código peruano; sí lo regulan el Código Penal argentino (artículo 268) y el brasileño

(605) Por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 14 de enero de 1998, Exp. N° 1587-97-Cajamarca (1ª Sala Penal Transitoria), donde se declara no haber nulidad de sentencia absolutoria por falta de dolo en los actos imputados a los regidores de cobros por dietas y bonificaciones con desconocimiento de la ley (véase ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 652). Véase, igualmente, la ejecutoria suprema del 31 de diciembre de 1997, Exp. N° 659-97-Huancavelica, que declara fundada la excepción de naturaleza de acción por delito de exacción ilegal, al tratarse de responsabilidad meramente administrativa. Asimismo, la ejecutoria suprema del 23 de diciembre de 1996, Exp. N° 2343-95-Lima, que, de conformidad con el dictamen fiscal supremo, consideró atípica la imputación de concusión en agravio del Estado al no haber actuado dolosamente los agentes.

(606) Ejecutoria suprema del 22 de marzo de 1960: "El abogado que siendo regidor de un Municipio y cuyos personeros legales lo designaron para patrocinar una acción civil, recibiendo adelantos de honorarios, no abusa de su cargo de concejal para hacer cobros ilegales, pues está celebrando un contrato de locación de servicios profesionales".

(artículo 316), como modalidades agravadas de exacción ilegal. Respondiendo a la pregunta, se tratará de un caso de concurso de exacción ilegal con peculado por apropiación, o más propiamente se trata de un peculado por apropiación cometido por el recaudador o percibidor de contribuciones, con base incluso en el derecho expectaticio que le asiste a la Administración Pública sobre tal caudal[607].

2. ¿Requiere el tipo penal de exacciones ilegales el provecho económico del funcionario o servidor?

Se presentan dos situaciones distintas. Las contribuciones generalmente son pagadas o entregadas a través de formularios registrados y sellados por el órgano receptor con firma del funcionario o servidor. En este supuesto se entiende que todo el monto de la contribución ingresa al fisco. En la segunda hipótesis, al exigir o hacer pagar emolumentos en montos superiores, excesivos o no adeudados, cabe aquí el provecho personal en la medida que los cobros sean directos.

3. En el caso de que el funcionario o servidor, después de haber usado o simplemente apropiado las contribuciones, las hace ingresar a las arcas fiscales, ¿el supuesto del hecho ilícito de exacción pierde su ilicitud?

El hecho sigue siendo delictivo; hay concurso real de exacción con el delito de peculado.

4. Si el agente simula poseer la calidad de funcionario o servidor para exigir el cobro, ¿bajo qué delito se subsumen sus actos?

Definitivamente no en el de exacción ilegal ni en el de concusión, pero sí en el de extorsión, estafa o incluso, de ser tal el caso, concurso de delitos con la figura de usurpación de funciones y falsificación de documentos.

5. Si el funcionario o servidor solicita o exige dinero o algún bien a alguien para –por ejemplo– no colocarle una papeleta en el caso del policía, o para no requerirle la presentación de sus libros de contabilidad, ¿qué supuesto de hecho ilícito se configura?

Si solo solicita, no habrá exacción, pero sí cohecho pasivo mediante solicitud. Si el nivel del pedido eleva su grado de exigencia para constituir una presión o coacción, podríamos estar frente a una concusión, con

(607) Véase también *supra*, p. 729 y ss.

el inconveniente de que el supuesto de hecho de la pregunta contiene un acto de función, con lo que el tipo penal, más que una concusión, podría ser un cohecho mediante condicionamiento.

6. ¿Está comprendido en el tipo penal de exacción ilegal todo cobro que realiza el funcionario-servidor (por ejemplo, las tasas, multas, licencias, derechos, cobros de impuestos, etc.), o el tipo solo se circunscribe a las contribuciones y emolumentos?

En la doctrina tributaria no existe uniformidad en la clasificación de los tributos, es más, se reputa arbitraria cualquier clasificación, pues no hay límites definidos. Si bien el Código Tributario peruano tiene su propia clasificación (impuestos, contribuciones, tasas, arbitrios, derechos, licencias), el Código Penal, por interpretación extensiva e histórica, utiliza el concepto «contribución» en sentido amplio, exceptuando, por cierto, a las multas que no son tributos, asunto que, sin embargo, es debatible.

7. ¿Cualquier funcionario o servidor que exija pago de contribuciones o emolumentos es sujeto activo del delito de exacciones ilegales?

Sí. El tipo es amplio, pues no se restringe al abuso de funciones, sino del cargo, es decir, de hacer valer su investidura o calidad radicada en un oficio público. Por lo mismo, puede tratarse de un funcionario o servidor de las entidades del Gobierno central correspondientes, de los entes jurisdiccionales, municipales, etc.

8. Si el funcionario o servidor confunde y/o engaña al obligado al pago sobre el monto de lo adeudado, ¿es típico su comportamiento de la figura en estudio?

Sí. La exacción ilegal puede contener el elemento engaño y/o aprovechamiento del desconocimiento o incertidumbre que tiene el afectado sobre su situación de contribuyente obligado.

9. Si la persona paga o entrega contribuciones en cantidades mayores a las debidas y no recoge o retira el plus, pese a la observación al respecto del funcionario o servidor, ¿el hecho es típico de exacción ilegal?

No, pero puede existir delito de apropiación ilícita por error (artículo 192-2) si el funcionario se los apropia. Si lo acepta a modo de dádiva por lo que hizo o dejó de hacer, el hecho es típico de cohecho pasivo. De no configurarse los componentes de estas hipótesis delictivas, el hecho adquirirá irrelevancia penal.

10. ¿Admite nuestro Código la exacción indirecta, es decir, la realizada por medio de otra persona?

En este punto la norma no hace alusión expresa a forma alguna específica de exacción. Cabe la posibilidad de acuerdo a las circunstancias de comisión. El tercero de quien se sirve el funcionario o servidor responderá a título de complicidad.

11. ¿Cuál es el fundamento político-criminal del tipo penal del artículo 383?

Se busca mantener incólume el prestigio y la seriedad de la Administración Pública ante la sociedad civil, lo que explica el castigo del exceso doloso de celo.

12. ¿Cuáles son las diferencias con el delito de cohecho?

En el delito de cohecho pasivo no hay obligación al pago por parte del particular (persona natural o jurídica), tampoco hay el nivel intenso de la acción, propio de la exigencia para la percepción o recepción (modalidades de cohecho). El cohecho mediante condicionamiento tiene otra lógica de configuración típica. El cohecho mediante solicitud tiene en el verbo rector similitud con el exigir del delito de exacción; sin embargo, ni la contribución ni el emolumento son mecanismos corruptores.

13. ¿En qué se diferencia la exacción ilegal del abuso de autoridad?

Podríamos decir que la exacción ilegal es una modalidad específica de abuso de autoridad, del que se diferencia por el contenido patrimonial de la exigencia. El Código Penal portugués vigente, por ejemplo, lo ubica como una modalidad de abuso de autoridad en su artículo 379.

14. ¿Cuál es la tendencia de los Códigos modernos en cuanto a los elementos normativos de la exacción?

El Código español de 1995 (artículo 437) utiliza los términos *derechos*, *tarifas por aranceles* y *minutas*. El Código francés de 1993 (artículo 432-10) se refiere a *derechos, contribuciones*, *impuestos* o *tasas públicas*. El Código colombiano de 1980 alude a *impuesto*, *contribución*, *recargo*, *renta*, *rédito*, *salario* o *emolumento*. La tendencia es ampliar expresamente al elemento normativo de la exacción[608].

(608) Véase "Legislación extranjera".

XIII. CONCUSIÓN BÁSICA Y EXACCIÓN ILEGAL: DIFERENCIAS

La ley penal peruana ha considerado a ambas figuras como tipos penales del rubro genérico «concusión», pues en los dos existe abuso del cargo y obtención ilegal de un valor económico mediante el uso de la presión sobre la persona afectada; sin embargo, de las figuras penales analizadas se desprenden importantes notas distintivas:

a) En la concusión básica (artículo 382) existe provecho personal para sí o para tercero. En la exacción ilegal, la obtención del bien económico (contribución) ingresa a los fondos del Estado. El provecho económico personal es una probabilidad solo en la modalidad que toma por objeto material de la acción ilícita a los emolumentos.

b) En la concusión, los medios típicos de comisión están constituidos por la constricción y la inducción sobre la persona (medios violentos y persuasivos); en la exacción ilegal, por la exigencia (nivel inferior en intensidad que el constreñimiento y superior a la solicitud) el hacer pagar y el hacer entregar.

c) La exacción ilegal es norma especial frente a la concusión.

d) En la concusión, lo dado o prometido (valores patrimoniales) es indebido, injustificado. En la exacción ilegal cabe la posibilidad de que lo obtenido ilícitamente sea en parte debido y en parte no (o lo sea en exceso).

e) La concusión básica tiene un mayor grado de ilicitud o injusto penal que la exacción ilegal, y ello se explica por la naturaleza de los medios de comisión delictiva y el carácter absolutamente indebido de los valores patrimoniales obtenidos.

f) La penalidad de la concusión del artículo 382, por consiguiente, es mayor.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 266: *Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno o cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiera o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden».*

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 267: *Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años».*

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 268: *Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores».*

2. Proyecto del Código Penal Federal suizo (1918)

«Proyecto del Código Penal Federal suizo (1918), artículo 277: *Los funcionarios que con ánimo de lucro percibieren derechos, emolumentos o indemnizaciones indebidas, o que al cobrar derechos, emolumentos o indemnizaciones se excedieren de la tarifa legal, serán castigados con prisión o con multa».*

3. Alemania (1871, vigente con reformas)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 353: *I. Un funcionario que deba recaudar impuestos, tasas u otras contribuciones para una caja pública será castigado con pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años cuando recaude contribuciones de las que él sepa que el pagador no las adeuda, o solo en una mínima cantidad, y toda o parte de la recaudación ilícita no la ingrese en la caja.*

II. Igualmente será castigado quien, como funcionario, conceda descuentos ilícitos al destinatario al realizar gastos en dinero o especie, y haga constar los gastos en la contabilidad como totalmente realizados».

4. España (1973, derogado)

«Código Penal de España (1973), artículo 402: *El funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado por otro concepto, con una multa de duplo al cuádruplo de la cantidad exigida, sin que pueda bajar de 100,000 pesetas. El culpable habitual de este delito incurrirá, además, en la pena de inhabilitación especial».*

5. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 437: *La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por*

aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniese obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

6. Francia (1993)

«Código Penal de Francia (1993), artículo 432-10: *El hecho, por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de recibir, exigir u ordenar la percepción a título de derechos o contribuciones, impuestos o tasas públicas, una suma que ella conoce no debida o excesiva, es castigado con cinco años de prisión y 500,000 francos de multa.*

Es castigado con la misma pena el hecho, cometido por las mismas personas, de convenir bajo cualquier modalidad y por cualquier motivo una exoneración o franquicia de derechos, contribuciones, impuestos o tasas públicas en violación de los textos legales o reglamentarios.

La tentativa de los delitos previstos en el presente artículo es castigada con las mismas penas».

7. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 316: (...)

Exceso de exacción:

1. *Si el funcionario exige tributo o contribución social que sabe o debería saber indebido o, cuando siendo debido, emplea en su cobranza medio vejatorio o gravoso, que la ley no autoriza: Pena-reclusión de 3 a 8 años y multa.*

2. *Si el funcionario desvía en provecho propio o de otros, lo que recibe indebidamente para las arcas públicas: Pena-reclusión de 2 a 12 años y multa».*

8. Paraguay (1997)[609]

«Código Penal de Paraguay (1997), artículo 312: *Exacción*

(609) El actual Código Penal de Colombia no contempla la figura de exacciones ilegales.

1.- El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas:

1. recaudara sumas no debidas.

2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública.

3. efectuara descuentos indebidos.

Será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa.

2.- En estos casos será castigada también la tentativa».

9. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 330: *El servidor público que, con abuso de su calidad o de sus funciones exija y cobre algún impuesto, tasa, gravamen, contribución, derecho o arbitrio inexistente o que aun siendo legales emplee para su cobranza medios no autorizados por la ley, será sancionado con cincuenta a cien días-multa»*

10. Panamá (2007)

«Código Penal de Panamá (2007), artículo 353: *El servidor público que cobre algún impuesto, tasa, gravamen, contribución o derecho inexistente será sancionado con prisión de tres a seis años. Si el cobro es legal, pero se usa algún medio no autorizado por la ley, la sanción será de seis meses a un año de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fin de semana».*

11. México (1922)

«Código Penal de México (Distrito Federal), artículo 274: *Al servidor público que con tal carácter* exija *por sí o por interpósita persona a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, dinero, valores, servicios o cualquier otra cosa que sepa no es debida, o en mayor cantidad de la que señala la ley, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión, de treinta a trescientos días multa e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar cargo, empleo o comisión en el servicio público, cuando el valor de lo exigido no exceda de quinientas veces el salario mínimo o no sea valuable. Si el valor de lo exigido excede de quinientas veces el salario mínimo, se le impondrán de dos a doce años de prisión, de trescientos a quinientos días multa e inhabilitación de dos a doce años para desempeñar cargo, empleo o comisión en el servicio público».*

3

COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** El bien jurídico protegido: 1. La insuficiencia del bien jurídico definido en términos generales. 2. Los principios de la contratación pública como bien jurídico. 3. La asignación de caudales (recursos) como bien jurídico. 4. La expectativa de conducta institucionalizada de los intervinientes en el proceso administrativo de contratación pública como bien jurídico. 5. La mirada del bien jurídico en la perspectiva comparada: doctrina. 6. La mirada en la jurisprudencia española sobre el delito de fraude a la Administración. 7. El bien jurídico en la doctrina nacional. 8. El bien jurídico protegido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República. 9. Fijación de posición sobre el bien jurídico protegido en el delito de colusión. **IV.** Sujeto activo y sujeto pasivo. **V.** Características comunes al delito de colusión de peligro y colusión de lesión: 1. Colusión: delito de infracción de deber con dominio del hecho. 2. Colusión: delito plurisubjetivo, de participación necesaria y de encuentro. 3. Colusión: delito de peligro y de lesión en clave económica. 4. Colusión y la ampliación del objeto normativo de protección a las concesiones públicas. 5. Colusión y *ultima ratio*. 6. Colusión: la opacidad y la importancia del principio-deber-derecho "transparencia". 7. Colusión e irregularidades administrativas. **VI.** Tipicidad objetiva: 1. El funcionario o servidor que interviene por razón del cargo. 2. La concertación ilegal. 3. Los objetos normativos de protección penal: contrataciones públicas, concesiones y operaciones. 4. Los interesados y partícipes. **VII.** Colusión de peligro y colusión de lesión con perjuicio patrimonial. 1. Dos tipos de colusión: de peligro y de resultado **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Penalidad. **XI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XII.** Participación. **XIII.** Concurso de delitos. **XIV.** Circunstancias agravantes. **XV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Chile (1873).

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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del

artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional» (texto modificado por el artículo 2 de la Ley N° 31178, publicada el 28/04/2021. Anteriormente modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016; por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21/07/2011; por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10/06/2011; y, por el artículo 2 de la Ley N° 26713, publicada el 27/12/1996).

I. ANTECEDENTES LEGALES

La actual redacción legislativa del artículo 384 del Código Penal, construido con dos modalidades del delito de colusión, no registra fuentes o antecedentes en los diseños comparados clásicos ni en los coetáneos a la fecha de su entrada en vigencia. En efecto, ni los modelos históricos del siglo XIX ni los códigos reformados o creados en el siglo XX –en Europa o América Latina– dan cuenta de una criminalización igual en diseño dual: simple actividad/peligro y resultado/lesión patrimonial. No existe un diseño en el contexto legislativo internacional para considerar que haya servido de antecedente técnico para su recepción, reformulación o recreación al estilo nacional.

El delito de fraude al Estado de la legislación penal española, que hunde sus raíces en los Códigos del siglo XIX (1848-1870) y se reproduce con algunos cambios en el siglo XX (1922-1944-1973-1995), es, sin duda, fuente histórica del delito de colusión simple o de peligro, regulado en el primer párrafo del artículo 384, al igual que de los demás Códigos latinoamericanos, sin

que pueda ser considerado modelo de referencia legislativa del diseño en su totalidad, lo cual no quita el interés a su doctrina y jurisprudencia a efectos de generar pautas de interpretación para nuestro delito de colusión simple. En suma, el diseño actual del delito de colusión en sus dos modalidades es un producto legislativo de factura nacional, incluso la denominación "colusión" aplicada a la materia penal es singular en el concierto legislativo y doctrinario.

En el Código Penal español de 1973, siguiendo una tradición que se remonta a la línea de diseño de Códigos Penales anteriores, el delito de fraude al Estado (artículo 400) presentaba la siguiente redacción: "*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*". En el Código Penal chileno, su artículo 239 contiene el delito de fraude al Estado, redactado de la siguiente manera: "*El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo*". Hay que destacar que la fórmula legal chilena de fraude al Estado mantiene, a diferencia del modelo español, una clara descripción típica de resultado, con la particularidad de que a continuación el artículo 240 del Código Penal, el mismo que regula al delito de interés indebido de funcionario en contrato u operación –con gran similitud, en su primer párrafo, con nuestro tipo penal 399 de "negociación incompatible"–, es igualmente considerado delito de fraude al Estado, punto en el cual se diferencia notoria y notablemente de la conceptualización legislativa peruana.

El artículo 376 del Código Penal de *Honduras* contempla un delito de fraude al Estado consistente en ponerse de acuerdo el funcionario con alguno de los interesados para defraudar al fisco, favorecer a un tercero o facilitar su participación, castigado con pena de 6 a 9 años; lo mismo sucede con el Código Penal de *Guatemala*, cuyo artículo 450 regula el delito de fraude mediante concertación del funcionario con los interesados o especuladores o cuando usare de cualquier artificio para defraudar al Estado, castigando con pena de 1 a 4 años de prisión. El Código Penal de *Nicaragua* varía el modelo al estar redactado en clave de perjuicio patrimonial, mediante su artículo 415, que tipifica el delito del funcionario o empleado público que interviniere en las operaciones, por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, municipalidades o establecimientos públicos, empresas públicas o mixtas, sea originándoles pérdidas o

privándoles de un lucro legítimo, castigando con pena de prisión de 2 a 12 años. Los Códigos alemán, suizo, portugués, francés o austriaco no regulan una figura similar a la nuestra. El artículo 239 del Código Penal chileno de fraude al Estado y que alude al término "operaciones" ha sido construido, como ya ha sido dicho, en clave de lesión o perjuicio al Estado, a diferencia del artículo 436 del Código Penal de Bolivia de 1995, que copiando el modelo español opta por un diseño legislativo de peligro y simple actividad.

El modelo legislativo del Código Penal de 1924, fijado en el artículo 344, que señalaba: *"El funcionario o empleado público que en los contratos en que interviniere por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesado en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros sufrirá prisión no mayor de 6 años"* –el mismo que acusara la influencia del Código Penal de 1870–, se constituyó en la fuente directa del tipo penal original del Código de 1991, pero no del tipo actual reformado en su segundo párrafo, ahora vigente. Igualmente, la reforma producida el 12 de junio de 1981, por efecto del Decreto Legislativo N° 121, que amplió la defraudación para comprender a las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta fue, en esa redacción, acogida por el nuevo Código Penal de 1991 (artículo 384) con una pena notablemente más alta de 3 a 15 años y, luego, variada por Ley N° 26713, del 27 de diciembre de 1996, para retirar del tipo a las empresas del Estado y de economía mixta, regresando de tal forma al diseño establecido por el Decreto Legislativo N° 121, con la exclusión mencionada; modelo que supervivió por cerca de 15 años, hasta su modificación por la Ley N° 29703 en junio de 2011, que creó un diseño punitivo de mayor filtraje de la conducta típica al exigir perjuicio patrimonial efectivo, ley que levantó un nivel inusitado de críticas, logrando que el Congreso con rapidez sorprendente, bajo el argumento de varios de sus congresistas de "haber sido sorprendidos" y con totalidad de sus miembros –tal y como había sido decidida la Ley N° 29703– aprobara la Ley N° 29758, que fijó el modelo dual del delito de colusión que actualmente tenemos, frente al cual los críticos señalaron que aún no bastaba para los fines anticorrupción, pero que finalmente terminó rigiendo.

El Código Penal de 1863, siguiendo el modelo español sentando ya las bases de tipicidad del futuro diseño del Código de 1924, establecía en su artículo 200 (De los fraudes y exacciones): "El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraude al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá reclusión en tercer grado". Dicha pena daba cuenta de un rango temporal que partía de los 28 meses y llegaba a los 3 años, según la escala establecida en el artículo 34 de dicho Código. Criticaba José Viterbo Arias que el legislador haya

usado el epígrafe "fraudes", pues constituye *una expresión inexacta*, considerando que el término que correspondía era el de "defraudación". Daba cuenta igualmente el otrora profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos que *la entidad de este delito está sujeto a numerosos cambios por la magnitud del daño que ocasiona a más de la injusticia que entraña, lo cual era hasta cierto punto desmoralizador*(610).

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Este particular delito de infracción de deber con elementos de dominio fáctico, que no tiene consenso de uso en la mayoría de Códigos Penales, y en otras legislaciones penales que lo regulan se confunde y recibe los nombres de «celebración indebida de contratos» (Colombia, artículo 408), «fraudes contra el Estado» (España [1973], artículos 400-401), «fraudes y exacciones legales» (España [1995], artículo 436), «fraudes» (Chile [1873], artículo 239), etc., tiene un propósito específico: conminar a los funcionarios y servidores públicos a que observen con profesionalismo el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y operaciones en los que participan a nombre del Estado y de dicho modo optimicen los intereses patrimoniales de la Administración Pública y los principios de la contratación pública.

Diseños legales con diferente técnica de tipificación al nuestro se encuentran en el Código Penal francés, cuyo artículo 432-14 regula el delito de "atentados a los contratos públicos" (*Des atteintes á la liberté d'accès et les marchés publics et les contrats de concession*), en remisión a leyes administrativas de la materia, castigado con dos años de prisión y multa (*amende*) de hasta 200, 000 euros; y en cierto modo también el tercer inciso del artículo 313-6, que regula modalidades próximas con la estafa de las adjudicaciones públicas (bajo el rubro *Des infractions voisines des L'escroquerie*). El Código Penal alemán, en su artículo 298, regula el tipo penal de Acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*), castigado hasta con 5 años de pena privativa de libertad(611).

(610) Viterbo Arias, José: *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Tomo 2, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1898, p. 483.

(611) Strafgesetzbuch, artículo 298. Acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas: (i) Quien en una licitación pública sobre bienes o servicios haga una oferta que se base en un acuerdo ilegal que tenga como objetivo lograr que el organizador acepte una propuesta determinada, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años. (ii) A la licitación pública se le equipara, en el sentido del inciso 1, la licitación privada de un pedido después de un concurso previo de participación. (iii) No será castigado, conforme al inciso 1 y también al inciso 2, quien

En el caso de Italia, mediante diseños legislativos de mucha mayor amplitud que el diseño español y los Códigos latinos, en materia de conducta típica y de autoría, los artículos 353 (*Turbata libertá degli incanti*), 353 Bis (*Turbata liberta del procedimento di scelta del contraente*) y 354 (*Astensione dagli incanti*) normativizan los delitos que afectan las contrataciones públicas, ya tanto el impedimento o turbación de las licitaciones y subastas públicas o las licitaciones privadas por cuenta de la Administración, mediante violencia, amenazas o regalos, promesas, colusiones u otros medios fraudulentos, castigado con pena de seis meses a cinco años y multa de 103 a 1032 euros (artículo 353. Este artículo realiza una ampliación a las licitaciones privadas por cuenta de privados cuando sean dirigidas por un funcionario público). La turbación del procedimiento de selección del contratista, con iguales medios comisivos, es castigada con pena de reclusión de seis meses a cinco años y multa (artículo 353-Bis); y quien mediante dinero o promesa para sí o tercero o por otra utilidad se abstiene de concurrir a las subastas o licitaciones, la pena en este delito es hasta 6 meses y multa de hasta 516 euros (artículo 354).

La **fórmula española** de fraude contra la Administración, especialmente en contrataciones públicas (artículo 436 del Código Penal de 1995) –cuyos antecedentes históricos se remontan a los Códigos Penales de 1848, artículo 314, y de 1822, artículo 479– , a diferencia del modelo peruano que es un delito de resultado, enfatiza el núcleo del injusto en una fase previa a la consumación material, esto es, **no requiere que se produzca necesariamente la defraudación a los intereses del ente público**, siendo suficiente «la concertación para defraudar»; igualmente, en esta línea de diferencias, amplía las posibilidades de comisión típica al agregar –acotación que no posee nuestro modelo– la frase «o usase cualquier otro artificio para defraudar», complementación que abre la tipicidad objetivo-subjetiva del tipo. En cambio, el esquema del delito de fraude contra la Administración Pública que registra el Código Penal chileno en su artículo 239 (actualizado) centra el injusto penal en la defraudación al Estado y en consentir dicha defraudación, ambas, modalidades de delito cometidas por el empleado público que interviene en las operaciones por razón de su cargo. Valga la pena remarcar que, a diferencia del diseño nacional, el esquema de redacción chileno ubica coherentemente este delito en una sección denominada Fraudes y exacciones ilegales.

---

voluntariamente impida que el organizador acepte la propuesta o la realice. Si la propuesta no se acepta o el servicio del organizador no se realiza, no será castigado si se esfuerza voluntaria y seriamente para impedir la aceptación, la propuesta o la prestación de los servicios, *Strafgesetzbuch*, 56 Auflage, München, Beck, 2018.

La Ley N° 29703 (21/07/2011) modificó la redacción del artículo 384, superando la casuística redacción anterior, que se había prestado a interpretaciones dispares por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, con relación a si era un delito de peligro o de resultado. La fórmula legal de dicha ley con una redacción de mejor técnica legislativa, orientó el tipo penal hacia un delito de resultado lesivo con la siguiente normativización: "*El funcionario o servidor público que interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado (...)*". Este diseño normativo a los pocos días de promulgado recibió, por parte de varios ex procuradores anticorrupción, periodistas, algunos profesores de Derecho Penal y comentaristas de opinión una serie de cuestionamientos (propiciaba salida de cárcel de los condenados por dicho delito, ayudaba a los "fujimoristas" procesados, dejaba en la impunidad el delito al ser difícil acreditar el perjuicio, contravenía lo dispuesto por las convenciones internacionales anticorrupción, constituía una "atrocidad y estupidez", entre otros criterios cada vez de menor argumentabilidad); incluso la Fiscalía de la Nación obtuvo del Tribunal Constitucional una sentencia que declaró nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente" de la Ley N° 29703 y doctrinariamente inaplicables los efectos de la ley penal intermedia (retroactividad benigna), al no ser válida dicha expresión (Exp. N° 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, Lima, Fiscal de la Nación). En realidad, hubo desmesuramiento y tendenciosidad en la utilización mediática, en las críticas ante un tipo penal de impecable técnica de redacción que creó una figura penal de resultado que castigaba igualmente la tentativa conforme las reglas de la parte general (artículo 16 del Código Penal), trató de superar las imprecisiones del discurso jurisprudencial y mantuvo una punición alta de 15 años que reprodujo la técnica de juego flexible en la determinación de pena para regular los acercamientos del comportamiento típico a la afectación patrimonial, conforme reglas de proporcionalidad[612]; ventajas que incluso se encargaron de poner de relieve algunos penalistas nacionales que se pronunciaron en defensa de la reforma practicada por la Ley N° 29703. En sentido distinto a lo sucedido en el país, en la doctrina penal española,

(612) Para una lectura histórica interna y crítica de la Ley N° 29703, con relación al diseño normativo de colusión y tráfico de influencias que trajo consigo dicha efímera ley, véase Gaspar Chirinos, Ángel: "Una mirada político criminal y dogmática al proceso de construcción legislativa de la Ley N° 29703. Referencia especial a los delitos de colusión y tráfico de influencias", en *Gaceta Penal*, Tomo 27, setiembre, 2011, Lima, Gaceta Jurídica, p. 209 y ss. Asimismo, Marca Romero, Elmer: "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758", en *Gaceta Penal*, Tomo 26, agosto, 2011, Lima, Gaceta Jurídica, p. 21 y ss.

entre otros, JAREÑO LEAL, profesora de la Universidad de Sevilla, analizando el delito de fraude al Estado del artículo 436, critica dicho artículo por su naturaleza de peligro difícil de acreditar, sosteniendo la tesis de que el delito "debió haberse redactado como delito de lesión, acogiendo el castigo de la efectiva defraudación y del enriquecimiento de dichos sujetos"(613).

La Ley N° 29758 se encargaría de fijar el tipo penal definitivo del delito de colusión, escindido en dos modalidades, la primera (párrafo primero del artículo 384) centró y exclusivizó el comportamiento típico en los actos de concertación ilegal con tendencia, necesaria, hacia la afectación patrimonial del Estado; la segunda (párrafo segundo del artículo 384 del Código Penal) enfatizó el perjuicio patrimonial como consecuencia de dicha concertación ilegal. Ambas figuras con penas ostensiblemente distintas: 3 a 6 años y 6 a 15, respectivamente. Posteriores normas legales de reforma respetarían dicha construcción de estructura e incorporaron pena de multa (Ley N° 30111, del 26/11/2013) y modificaron el régimen de la pena de inhabilitación (artículo 426 del Código Penal) para los funcionarios y servidores (Decreto Legislativo N° 1243, del 22/10/2016), en tanto pena principal (artículo 38 del Código Penal), con niveles diferentes de graduación.

El delito de colusión del artículo 384 es sui géneris, tanto por el sustantivo utilizado para distinguir el *nomen iuris*, que no se observa doctrinaria ni legislativamente en el contexto comparado para un delito de infracción de deber, como por su posicionamiento a nivel de un delito plurisubjetivo de participación necesaria. En el primer plano, la colusión siempre fue utilizada por la legislación internacional y nacional para definir prácticas de abuso de posición de dominio y de concertación de precios, condiciones o participación en el mercado. Así está legislada, por ejemplo, entre otros dispositivos legales, en el Decreto Legislativo N° 1034 –cuyo preámbulo alude específicamente a la palabra "colusión" y su normativa a "prácticas colusorias"– y en el propio Código Penal mediante el artículo 241, que alude a prácticas ilegales de concertación previas en el marco de las licitaciones y concurso de precios.

La característica de plurisubjetividad o de participación necesaria del agente que actúa a nombre del Estado y del interesado o representante de la contratista o concesionaria, que hace que juntos definan la conducta típica, bajo las reglas de autoría-participación de un delito de infracción de deber propio, es igualmente una nota particularísima que diferencia el tipo penal 384 no solo de otros tipos de infracción de deber del Código Penal, sino de

(613) JAREÑO LEAL, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011, p. 141.

la restante miscelánea de fraudes al Estado que observa la legislación comparada. Solo el artículo 436 del Código Penal español de 1995, modificado por Ley Orgánica N° 1/2015, del 30 de marzo, que incrementó las penas, es el único que mantiene similitud con el modelo nacional en materia de comportamiento típico y participación plurisubjetiva (véase "Legislación extranjera"), no así en el modelo dual, el alcance del objeto de protección ni en la gravedad cuantitativa de las penas, dado que, en este último extremo, el tipo penal español anota un rango de pena de 2 a 6 años de prisión, que en tanto delito de peligro y simple actividad tiene bastante parecido con la primera modalidad de colusión del artículo 384 del Código Penal.

Este delito, al igual que el de concusión (artículo 382), con mayor fuerza aún, es decir, *a fortiori,* constituye una figura penal de corrupción en sentido amplio. No un delito de cohecho, sí de corrupción, habida cuenta de que ambos conceptos (concusión y corrupción) poseen categorizaciones que comprenden una significación jurídico-social de especial importancia para la injerencia punitiva en el programa de lucha contra las prácticas corruptas.

Finalmente, sobre el tipo peruano de colusión desleal o defraudatoria, cabe indicar que –al igual que el modelo derogado y sustituido– centra su tipicidad en la concertación ilegal entre funcionario-servidor público e interesado, la que por igual está presente en la modalidad de peligro y en la de lesión, jugando en esta segunda modalidad la *ratio fáctica* y jurídica de su existencia, pero por sí sola es estructuralmente insuficiente. Concertación orientada a la defraudación del Estado o que es la fuente de la defraudación patrimonial. Habiéndose superado la casuística relación de elementos normativos que exhibía la fórmula anterior y ampliado los objetos normativos de protección penal a las concesiones(614).

El tipo penal de colusión abarca así dos modalidades de comisión. Un primer delito caracterizado por su naturaleza de simple actividad y peligro, y una segunda modalidad de colusión de lesión con efectivo perjuicio patrimonial al Estado, ambas con numerosos componentes comunes, de los que destacan los actos de concertación ilegal, los que sin embargo son típicamente insuficientes para configurar la segunda modalidad que exige resultados de perjuicio patrimonial.

Constituye igualmente un tipo penal incompleto que requiere acudir a la normativa administrativa para completar el contenido de sus componentes normativos, los cuales han sido enunciados genéricamente.

(614) Véase Rojas Vargas, Fidel: «Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal (tipo penal 384 del Código Penal vigente), en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2005, Jurista Editores, p. 388.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En materia del delito de colusión ilegal, que compromete al funcionario y al "interesado" en la labor anómala de concertarse para defraudar al Estado, entidad u organismo, o que efectivamente lo defrauda patrimonialmente a consecuencia de dicha concertación, la precisión del bien jurídico adquiere caracteres de capital importancia, tanto desde la perspectiva del principio de legalidad como de la preservación de las garantías de seguridad jurídica y debido proceso en un Estado constitucional, a efectos de evitar desnaturalizaciones, subjetividades o arbitrariedad en la persecución de este delito, en su relación con otras etiologías penales o para evitar marcos de confusión, en la interpretación de su tipicidad, con el ámbito de las ilicitudes administrativas. Bien jurídico que tiene que cubrir no solo todos los elementos comprendidos en el tipo legal, sino los objetivos políticos criminales de existencia de este delito.

El escenario exclusivamente contractual y administrativo en el que se hallan posesionados los objetos material-normativos de protección (adquisiciones, contrataciones, concesiones y operaciones), así como la naturaleza penal de los otros componentes ("concertación", "interesado", "para defraudar"), incluidos en la redacción del artículo 384 del Código Penal, permite orientar la interpretación del bien jurídico concretamente protegido y colocar vallas de razonabilidad a los intentos de crear objetos jurídicos de tutela penal por fuera de dichos delimitadores objetivo-normativos o de mistificar el análisis introduciendo frases desprovistas de contenido jurídico en tanto graficadores del bien jurídico protegido.

En una primera línea de acercamiento, en la fijación del bien jurídico específico en el delito de colusión, se puede decir que el objeto de tutela penal busca preservar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de representación del Estado en las contrataciones, concesiones y operaciones, protegiendo de ese modo el patrimonio del Estado. 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 que resultan bloqueados por la concertación ilegal y dolosa del sujeto activo con el interesado.

1. La insuficiencia del bien jurídico definido en términos generales

En efecto, señalar que con este delito se protege la regularidad del funcionamiento de la Administración Pública, el correcto desarrollo de las funciones públicas, las expectativas normativas de conducta y frases parecidas, con ser correctas, sin embargo, poco ayudan a precisar las

características del tipo penal y la necesidad de la injerencia punitiva por encima del control administrativo, que es también otra forma de ejercicio de *ius puniendi* estatal. Dicha formulación genérica del bien jurídico vale para todos los delitos contra la Administración Pública, pero no nos sirve para identificar las particularidades de este delito de fraude a los intereses del Estado, de modo que sean de utilidad para el trabajo de análisis e interpretación de la tipicidad del delito. Igual de genérica es la consideración de que se resume en la frase de aseguramiento de la imagen institucional o, por sí solo, del deber de lealtad institucional.

2. Los principios de la contratación pública como bien jurídico

El Tribunal Constitucional ha destacado, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC, partiendo del artículo 76 de la Constitución Política del Estado(615), que el delito de colusión busca garantizar los principios de la contratación pública: "libre competencia", "trato justo e igualitario" a los potenciales proveedores, "transparencia" e "imparcialidad"(616) de parte de los funcionarios públicos. No cabe duda de que dichos principios son plenamente válidos para la primera modalidad de colusión que trabaja con la base administrativa de los procesos de selección de postores o concesionarios, donde son aplicables –pese a que lo mismo se puede decir del fundamento de la ilicitud administrativa–, pero no así ya en la fase de ejecución de los contratos, en los cuales carecen de entidad, sobre todos los tres primeros (participación libre en la convocatoria, trato paritario y transparencia), al no haber postores, sino contratistas ejecutando obras, efectuando suministros o prestando servicios, y donde lo que interesa preservar es el patrimonio público, que es, en suma, el interés general, de maniobras defraudatorias de contenido patrimonial que lo afecten, precisamente esto sucede en la segunda modalidad del delito de colusión(617). De modo que no es razonable absolutizar los principios de la contratación, siendo más correcto precisar, de acuerdo a la naturaleza del hecho administrativo lesivo, cuál valor esencial es el afectado en el marco

(615) Artículo 76 de la Constitución Política de 1993 vigente: "Las obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

(616) Véase una amplia explicación sobre los principios de transparencia, igualdad y libertad de concurrencia en Retamozo Linares, Alberto: *La impugnación de las bases en los procesos de contratación con el Estado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, pp. 21 a 36.

(617) Véase una crítica a la tesis de que el delito de colusión protege los principios de la contratación en García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis: *El delito de colusión*, Lima, Grijley, 2008, pp. 68 a 70.

del acuerdo colusorio; es decir, dependiendo del momento del proceso de contratación tendrá que focalizarse si es la libertad contractual, el trato paritario o la imparcialidad el centro de la vulneración que dé base para construir la afectación del bien jurídico. De otro lado, la lectura del bien jurídico específico exige no perder de vista que, en un delito de fraude, como lo es la colusión, lesiones imprudentes o negligentes de los valores señalados son incompatibles con la idea de concertación ilegal, de lo que el quiebre de los principios de contratación requiere una interpretación conforme a la lógica descriptivo/normativa que explica este delito de gran injusto penal.

3. La asignación de caudales (recursos) como bien jurídico

Desarrollos jurisprudenciales de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 9-2018-Junín, del 26 de junio de 2019 (fundamento 1.6), recogiendo algunas posiciones doctrinarias(618), ha considerado que en el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en sentido económico, sino "la asignación de caudales públicos de manera eficiente y racional", con lo que se enfatiza un valor administrativo más que jurídico penal, poseedor de interés en sentido amplio para toda la Administración Pública, en la que el Estado invierte recursos en aplicación de sus cometidos constitucionales no solo restringido al escenario de las contrataciones públicas. En efecto, el Estado asigna y aplica recursos para gastos corrientes, pagos de deuda, inversiones públicas, labores de asistencia social, también, por cierto, en contrataciones públicas, con lo que dicho criterio termina siendo impreciso e insuficiente para concretar un bien jurídico específico inherente a un delito fraudulento cometido contra los intereses del Estado. Tiene, además, dicho criterio el defecto de no cubrir todos los objetos normativos de protección (concesiones y operaciones) con dicho delito ni el significado optimizado de la presencia de los actos de concertación ilegal entre funcionario e interesado.

4. La expectativa de conducta institucionalizada de los intervinientes en el proceso administrativo de contratación pública como bien jurídico

Es una idea central del funcionalismo normativista considerar que el Derecho Penal busca reafirmar las expectativas normativas de respeto a la norma jurídica, al igual que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos dado que, cuando se activa la injerencia punitiva, siempre llega tarde. En esta orientación se inserta la tesis de que en el delito de colusión –y, en

(618) Véase García Cavero y Castillo Alva: *El delito de Colusión*, cit., pp. 72-73.

general, en todo otro delito– se protegen expectativas sociales de conductas institucionalizadas[619] de los que intervienen en los procesos de contratación, siendo por lo mismo irrelevante la protección del patrimonio público. Sin dejar de ser una tesis original y distinta a otras fundamentaciones; sin embargo, la misma constituye una pretensión general que abarca todo el Derecho, esto es, no solo del Derecho Penal, sin que por ello mismo tenga capacidad de rendimiento para descender a un discurso de especificación del bien jurídico, más aún si se llega a identificar expectativa normativa con bien jurídico. Es decir, vale para todos los ilícitos penales sostener que cada delito busca estabilizar expectativas sociales de comportamiento, siendo que la estandarización de conductas no es propiamente un bien jurídico, sino una de las finalidades centrales del Derecho Penal, por lo que no cumple con los presupuestos que sustentan y dan lugar a la noción de bien jurídico, referidos más adelante –en el ítem "fijación de posición"–, es decir: diferenciar delitos, fundamentar la interpretación, evitar extravíos o desmesuramientos, proveerle al juez herramientas conceptuales para resolver las causas en rigor, objetividad y seguridad jurídica en la lucha contra el delito. La tesis en comento resulta así una inadecuada aplicación de consideraciones de alta generalidad a un escenario concreto en el cual no tiene adaptación, incluso así se le anexe frases de particular significación como "evitar el abuso de facultades para concertarse ilícitamente", "en el marco de contratación", etc., con lo cual se termina utilizando criterios de corte fáctico; tesis que afirmando su impronta normativista tiene el defecto de acudir a un concepto abstracto de sociedad, la cual viene a ser la que extiende o genera la expectativa de estandarización, cuestión de por sí bastante discutible[620].

5. La mirada del bien jurídico en la perspectiva comparada: doctrina

Veamos cómo mira la doctrina y jurisprudencia española el tema del bien jurídico en su delito de fraude mediante concertación para defraudar a cualquier ente público (artículo 436 del Código Penal español), único tipo

(619) Estrictamente en el planteo metodológico JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición corregida, traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 994.

(620) Posición fundamentadora de bien jurídico que se aprecia en algunas resoluciones de la Corte Suprema de manera bastante particular, al vincularla con los planteamientos tradicionales del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionario. Así, véase la ejecutoria suprema del 06/10/2010, R.N. N° 03-2018 "A"-Callao, Sala Penal Transitoria: "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".

penal del concierto legislativo que puede emparentarse con el delito de colusión en su modalidad de peligro o simple actividad. Ni el modelo argentino, chileno u otro parecido sirve para dicho cometido, al regular dichas legislaciones un delito diferente, esto es, el de interés ilícito de funcionario en contrataciones públicas.

ETZEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: "En todos los casos existe un interés jurídico protegido –la corrección de la actuación de los funcionarios, conforme a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia e imparcialidad, en el área de las relaciones de contenido económico entre la Administración y los administrados–. (...) concurre el aprovechamiento del cargo u oficio en la comisión del hecho como elemento constitutivo. A la vez se produce una protección de patrimonio de los entes públicos en el artículo 436, y el patrimonio de los particulares en el artículo 437, que se pone en peligro por la acción ilegítima del funcionario. En ninguno de los dos casos se exige perjuicio efectivo, sino que basta con la realización de la acción idónea para ello"(621).

CATALÁN SENDER: "La pureza de la Administración requiere su imparcialidad en los negocios privados (...) La Administración y su aparato organizativo, en el que se integran autoridades y funcionarios, debe ofrecer siempre una conducta o comportamiento ejemplar, intachable que sirva de guía y referencia, siendo de esta forma la primera que da ejemplo a los ciudadanos, pues es la más cercana a los mismos, residiendo ahí en último término su legitimidad, pues si ello no es así los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho quedarían en serio entredicho. Ahora bien dicho todo lo anterior (...) debe añadirse que las coordenadas del delito de fraude en la actualidad, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho derogado, pasan por una interpretación en clave económica, habida cuenta que en el tipo penal se exige en todo caso una voluntad defraudatoria, esto es un intento de menoscabo o daño en el patrimonio público, cuya preservación de actos que vayan contra el interés general en la Administración se erigirá en el bien jurídico inmediato tutelado. Estamos ante conductas que suponen un peligro para el patrimonio público"(622).

(621) ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Javier: "Fraudes y exacciones ilegales", en ASÚA BATARRITA, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 207. El profesor ETXEBARRIA, cuando se refiere a "los dos casos", está aludiendo en su trabajo a los delitos regulados en los artículos 436 (fraude al Estado en tanto delito de peligro) y 437 (exacción ilegal).

(622) CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., pp. 306 y 307.

GIMENO LAHOZ y CORBELLA HERREROS: El objeto jurídico protegido es el acervo público imprescindible para un correcto desempeño de las funciones públicas(623).

MIR PUIG: Bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas. Estamos ante una figura especial de conducta defraudatoria del patrimonio público –no del patrimonio particular como ocurre en el artículo 437 y normalmente en el artículo 438 del Código Penal– configurada como tipo de peligro abstracto, delito de mera actividad, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado, y delimitada dicha figura penal a un campo concreto de la gestión pública: la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos. La conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos –infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos del gasto público– como a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público(624).

MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA: El objeto jurídico tutelado en este delito guarda una estrecha relación con el correspondiente al delito de malversación. En último término, se persigue evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la Administración. No obstante, la conducta delictiva no consiste en la sustracción directa de caudales o efectos públicos, sino en la realización de acciones defraudatorias que ponen en peligro el patrimonio público, una suerte de tentativa de malversación caracterizada por un acuerdo entre funcionario y titular dirigido a perjudicar a la Administración y, probablemente, a beneficiar al particular. Desde esta perspectiva, el bien jurídico tutelado en el delito comentado podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas(625).

(623) GIMENO LAHOZ, Ramón y CORBELLA HERREROS, Teresa: "Delitos contra la Administración Pública", en GANZEMÜLLER, C.; ESCUDERO, J. F. y FIGOLA, J. (coordinadores). *Delitos contra la Administración Pública, contra la administración de justicia y contra la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 121.

(624) MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 335-336.

(625) MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José: cit., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1788.

Piñol Rodríguez: "El delito mantiene una estrecha relación con el delito de malversación (...) Sin embargo mientras que en la malversación se trata de 'hacer salir' determinados bienes, o su uso, de la esfera administrativa a la que están adscritos, en el presente la clave de los comportamientos gira en torno a conductas que utilizando ciertos fraudes generan igual perjuicio para los fondos públicos. En consecuencia, el bien jurídico afectado es la indemnidad de los fondos o presupuestos de los distintos entes públicos que se verían menoscabados a consecuencia de determinadas prácticas tendentes a defraudarlos"(626).

Rodríguez Collao y Ossandón Widow: Este delito tiende a la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que, según la doctrina mayoritaria, resulta lesionado cuando el funcionario no cumple el deber de velar por los intereses patrimoniales del fisco, de acuerdo con criterios de economía y eficiencia, vulnerando con ello, alternativamente los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir el ejercicio de los cometidos estatales. Además, este delito tiene una connotación evidentemente patrimonial, pues exige que se produzca un perjuicio, lo que permite afirmar que el bien jurídico protegido también está constituido por el patrimonio público, imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas(627).

Morillas Cueva: El bien jurídicamente protegido sigue siendo la Administración Pública, su correcto funcionamiento, a través del respeto a los principios de objetividad y de imparcialidad; aunque no cabe duda que junto a este bien prioritario se conjugan otros intereses protegidos como el propio patrimonio público(628).

Benavides Schiller: "(...) El fraude funcionarial (...) requiere de una individualización del modo en que resulta afectada la capacidad prestacional de la Administración en términos de imparcialidad y eficacia –bien jurídico genéricamente protegido– afectación que el funcionario o autoridad pretende y, en su caso, consigue con este delito, mediante el abuso de su cargo y a costa del patrimonio de la Administración. Es decir, en último término se persigue evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la Administración. Propugnar un bien jurídico específico como

(626) Piñol Rodríguez, José Ramón, en Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coordinador): *Manual de Derecho Penal II Parte especial*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 502.

(627) Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena: *Delitos contra la función pública*, cit., p. 401.

(628) Morillas Cuevas, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1181.

el recién indicado, significa abrazar una concepción funcional de patrimonio público, para la cual una correcta gestión del mismo se identifica con la atención y respeto que merece un interés patrimonial ligado al establecimiento de fines que son propios de la Administración Pública y que se orientan a la satisfacción de necesidades de carácter general.

Coincidimos con quienes afirman que la conducta del funcionario se orienta tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos estatales como a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público"[629].

6. La mirada en la jurisprudencia española sobre el delito de fraude a la Administración

La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo español (TSE), caracterizada generalmente por sus altas cuotas de rigor académico –que ha sido asumida y reproducida por las salas penales supremas de los diferentes países de América hispana–, en este punto ha sido atacada de no saber qué hacer con el tipo penal 436: delito de fraude al Estado mediante concertación[630]. Incertidumbre que, por lo visto, no solo es de la judicatura española, como podrá advertirse de ciertas resoluciones supremas nacionales que más adelante tendremos oportunidad de revisar.

"El bien jurídico protegido estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, que impone a los poderes públicos el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (*STS N° 606/2016, del 7 de julio*).

"El delito de fraude es un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) con la finalidad de llevarlo a cabo" (*STS N° 884/2013, del 18 de noviembre*).

(629) Benavides Schiller, Andrés: *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona, Bosch, 2016, pp. 135 y 166.

(630) Véase Jareño Leal, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., p. 124.

"En el delito del artículo 436 predomina sin embargo como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si este se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio al patrimonio público. Y el fraude no contempla el efectivo perjuicio patrimonial exigido por la malversación" (*STS N° 806/2014, del 23 de diciembre*).

"La acción debe ir dirigida a la intención de defraudar a un ente público. No se requiere que efectivamente se produzca el perjuicio para la Administración, basta el concierto, acto preparatorio de la estafa a la Administración. Se afirma por la doctrina que esta figura delictiva constituye una modalidad de estafa agravada por ser sujeto activo un funcionario público y que deben concurrir los elementos que caracterizan a la estafa, entre ellos el engaño bastante. También es posición doctrinal que el funcionario público persigue obtener un beneficio económico a costa del patrimonio de la Administración" (*STS N° 657/2013, del 15 de julio*).

"El hecho de que el delito no precise de ocasionamiento de daño y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumar la infracción es preciso, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto, así como su efecto perjudicial al erario público. Cosa distinta es que se consume o no, pero aun simplemente proyectado, debe ser objeto de un dictamen pericial o juicio crítico del juzgador que permita dar por probado que el proyecto o intento de defraudar, constituía un verdadero fraude" *(STS N° 606/2016, del 17 de julio).*

En el caso de la jurisprudencia penal española, en materia del delito de fraude a las Administraciones Públicas (colusión ilegal para nosotros), la inexistencia de un tipo penal con lesión efectiva al patrimonio público explica las idas y venidas de su jurisprudencia, que no acierta a dotarle de un perfil propio a dicho delito, al que llega a vincularlo con el delito de peculado (malversación en la imprecisa literatura penal española) –en tanto progresión cuantitativa– en el caso se produzca perjuicio material a la Administración o con la estafa. Situación de marcada labilidad doctrinario-judicial que genera criterios jurisprudenciales como aquel que considera que el delito de malversación (peculado para el Código Penal peruano) absorbe al acto de concertación del fraude (así la STS N° 166/2014, del 28 de febrero), o el de acudir a la estafa para explicar su naturaleza. Situación que no acontece en el tipo nacional de colusión construido con dos hipótesis, una de peligro –con la que el delito de fraude español tiene similitud– y otra de

resultado lesivo al patrimonio estatal, de la cual carece la legislación penal española, posibilitando la fórmula nacional una descripción más matizada del delito y mayor coherencia en el discurso de análisis y argumentación, lo que explica además la mayor asertividad en la fijación doctrinaria del bien jurídico tanto a nivel de doctrina como de la jurisprudencia (de la Corte Suprema), con sus méritos, pero también oscilaciones y fragilidades académicas. Sin embargo, **interesa destacar en la jurisprudencia española** la Sentencia N° 606 del Tribunal Supremo español del 17 de julio de 2016, que correctamente centra el punto de la relevancia penal del delito de fraude en el hecho de concretar objetivamente el concierto entre el funcionario y el interesado, y el efecto perjudicial derivado de ese concierto, en tanto un periciamiento de pronóstico de probabilidades, en el caso de que la lesión patrimonial no sea nota distintiva del supuesto fáctico imputado. Ello permitirá, sin duda, superar la fácil y equívoca identificación de las irregularidades meramente administrativas con las que tienen un contenido penal colusorio y que se insertan en el plan criminal propio de este tan debatible y peligroso delito funcionarial.

7. El bien jurídico en la doctrina nacional(631)

Abanto Vásquez: "El objeto del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado. También interesa proteger la legalidad del ejercicio funcionarial. Y, por último, como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el carácter público de la función"(632).

Cáceres Julca y Carrión Díaz: "La base sobre la cual se materializa el delito de colusión es el patrimonio del Estado, cuya defraudación o

(631) Véase una descripción y evaluación resumida de distintos puntos de vista sobre el bien jurídico, en Cavero García y Castillo Alva: *El delito de colusión*, cit., pp. 65-80; ídem Mandujano Rubín, José Luis: *Delito de colusión: propuesta de fundamento y prueba*, Lima, Lex & Iuris, 2018, pp. 154 a 160.

(632) Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., p. 309. Ídem en "Modelos de protección penal del patrimonio público", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto: *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial*, compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, pp. 199 y 201. Si bien Abanto admite la tesis de la protección del patrimonio público, en tanto bien jurídico, hace la precisión de que, en la primera modalidad del delito de colusión, la defraudación no está referida a perjuicios patrimoniales, sino de otro tipo "o sea los casos de puesta en peligro equivalente al perjuicio".

no, además ocasionará, ya sea una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcionarial, o una falta de legalidad del ejercicio funcionarial, o en su caso, el incorrecto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus actividades"[633].

CAVERO GARCÍA: "El bien jurídico 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 negociaciones y en la ejecución de los contratos públicos para la adquisición de bienes y servicios"[634].

CASTILLO ALVA: "Desde nuestra perspectiva, consideramos que el bien jurídico protegido del delito de colusión es el patrimonio del Estado. Sin embargo, una premisa de esta clase peca por genérica y amplia, pues también en otros delitos como el peculado o la malversación de caudales se tutela el patrimonio estatal. La particularidad del delito de colusión reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado. Queda claro entonces, que no solo la contratación administrativa es protegida por el bien jurídico, sino también otra clase de contratación en la medida que posea un unívoco sentido económico"[635].

MARCA ROMERO: "Consideramos que el objeto específico de tutela penal tendría que estar comprendido dentro de un marco económico-patrimonial, debido a que la figura penal plantea la defraudación del Estado producto del acuerdo colusorio entre funcionario y particular. Pero no se trata del patrimonio en particular como ocurre en los delitos patrimoniales (...), sino en cuanto a la función que cumple en el Estado"[636].

SALINAS SICCHA: "El bien jurídico penalmente protegido encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior de la Administración. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al

(633) CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan: *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Idemsa, 2011, p. 29.

(634) CASTILLO ALVA, José Luis: *El delito de colusión*, cit., p. 23.

(635) CASTILLO ALVA, José Luis: *El delito de colusión*, cit., p. 79.

(636) MARCA ROMERO, Elmer: "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Tomo 26, agosto, 2011, p. 25.

sistema económico, sino en el irregular desempeño del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público (...). De modo que el patrimonio del Estado es protegido en forma indirecta por el delito de colusión"[637].

PARIONA ARANA: "El bien jurídico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado"[638].

MARTÍNEZ HUAMÁN: "El bien jurídico protegido penalmente en el delito de colusión es la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes –que emanan de su participación en el proceso administrativo–, a través de la concertación ilícita, para procurar defraudar al Estado"[639].

SALAZAR SÁNCHEZ y LLAMOJA HILARES: "El objeto de protección en el delito de colusión ilegal es el correcto desarrollo del proceso de licitación, adquisición o contratación pública"[640].

ARISMÉNDIZ AMAYA: "Consideramos, siguiendo a Castillo Alva, que el objeto de tutela por parte del Derecho Penal en el delito de colusión es el patrimonio del Estado, en la medida que tanto el sujeto calificado –*intraneus*– como el interesado –*extraneus*– con sus conductas concertadoras ponen en peligro o lesionan el objeto tangible de protección, esto es, el patrimonio del Estado, que es lo que justifica la existencia del delito de colusión[641].

8. El bien jurídico protegido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República

La Corte Suprema de la República ha tenido oportunidad de dictar varios pronunciamientos sobre el bien jurídico protegido, con una oscilación

(637) SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, 4ª edición, Lima, Iustitia-Grijley, 2016, p. 328.

(638) PARIONA ARANA, Raúl: *El delito de colusión*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 25.

(639) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Editores del Centro, 2019, p. 143.

(640) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y LLAMOJA HILARES, Giuliana: *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano. Una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber*, Volumen 2, Lima, Editores del Centro, 2020, p. 1664.

(641) ARISMÉNDIZ AMAYA: "La problemática de la participación del extraneus en el delito de colusión ilegal", *Gaceta Penal*, Tomo 71, mayo, 2015, Lima, Gaceta Jurídica, p. 141.

de criterios objetivos y subjetivos que han ido progresivamente inclinándose hacia una tesis que, desestimando la protección del patrimonio público, va afirmando un criterio de impronta administrativista que enfatiza el punto de vista que lo que se protege concretamente en el delito de colusión es la "*asignación de los caudales públicos de manera eficiente y racional*", idea que parte de considerar que el delito es uno cuya naturaleza es de peligro y de simple actividad, en el cual posee escaso interés la afectación al patrimonio público y donde incluso el pacto colusorio podría beneficiar a la Administración Pública, percepción errónea que subjetiviza, en el análisis, la naturaleza del delito e interpreta en contra de los componentes del tipo penal. Se aprecia así, en parte, la influencia de la doctrina española que correctamente está pensada para un delito construido técnico-legislativamente en perspectiva de simple actividad y peligro, que compatibiliza con la primera modalidad peruana de colusión del artículo 384, pero en modo alguno tiene relación de correspondencia jurídica a nivel de bien jurídico con la segunda modalidad de colusión contenido en el segundo párrafo del referido artículo. Así, veamos algunos desarrollos jurisprudenciales de las salas penales de la Corte Suprema peruana:

(i) "En 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"[642].

(ii) "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"[643].

(642) Ejecutoria suprema del 24/05/2005, R. N. N° 2029-2005-Lima, fun. jur. 3 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(643) Ejecutoria suprema del 12/12/2007, R. N. N° 1296-2007-Lima, fun. jur. 5. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(iii) "El 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"(644).

(iv)"En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto sea esta concreta y específica"(645).

(iv)"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. 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–. 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 ofertas–"(646).

(644) Ejecutoria suprema del 12/02/2007, R. N. N° 1296-2007-Lima, fun. jur. 5. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(645) Sentencia de Casación N° 661-2016- Piura, del 11/07/2017, fun. jur. 17, Sala Penal Permanente.

(646) Sentencia de Casación N° 9-2018 del 26 de junio de 2019, Lima, Sala Penal Permanente.

Resulta de interés doctrinario revisar, redundando, la **jurisprudencia del Tribunal Supremo español**, en materia del delito de fraude contra la Administración en contrataciones públicas, cuyo tipo penal 436, si bien admite mayor amplitud de elementos normativos y comisivos, se halla construida en fase de peligro y simple actividad, posee, sin embargo, similitud con nuestro delito de colusión del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, enfatizando como bien jurídico "*proteger tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar*"(647):

> "La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza, no requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito se consuma por el contrario con el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede genera el mismo" (STS N° 682/1998, del 19 de mayo).
>
> "El artículo 436 sanciona a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera 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, la jurisprudencia de esta sala considera el fraude a la Administración como un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación, ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial, ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal con la finalidad de llevarlo a cabo (STS N° 884/2013, del 18 de noviembre; o 391/2014, del 8 de mayo); razón por la que cierta doctrina destaca que una denominación más acertada para este ilícito sería la de 'concierto para el fraude a la Administración'. Y se ha considerado también que la relación de este tipo penal y el de malversación (que consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga

(647) Extractos jurisprudenciales extraídos de *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, IV. 5ª edición, coordinador: Julián SÁNCHEZ MELGAR, Madrid, Editorial Jurídica SEPIN, 2020, pp. 3412 a 3414.

los caudales públicos) es de progresión cuantitativa de modo que el delito de fraude es un delito que se ubica en un estadio previo al de la malversación de caudales públicos, debiendo excluirse la aplicación de aquel cuando la defraudación se materializa" (STS N° 673/2016, del 21 de julio).

"Según la STS del 26 de septiembre de 2013, la acción típica consiste en el concierto, esto es, ponerse de acuerdo con los interesados o especuladores por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que, efectivamente se haya logrado el mismo; momento en el que se produce la consumación delictiva".

"La acción debe ir dirigida a la intención de defraudar a un ente público. No se requiere que efectivamente se produzca el perjuicio para la Administración, basta el concierto, acto preparatorio de la Estafa a la Administración. Se afirma por la doctrina que esta figura delictiva constituye una modalidad de estafa agravada por ser sujeto activo un funcionario público y que deben concurrir los elementos que caracterizan a la estafa, entre ellos engaño bastante. También es posición doctrinal que el funcionario persigue obtener un beneficio económico a costa del patrimonio de la Administración" (STS N° 657/2013, del 15 de julio).

"En efecto, en cuanto al delito de fraude a la Administración, la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la Administración y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos encargados de un proceso de contratación pública, que se conciertan con el interesado en la actuación administrativa. Es un delito de simple actividad, con una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición 'para', describiendo la finalidad pretendida" (STS N° 362/2018, del 18 de julio).

9. Fijación de posición sobre el bien jurídico protegido en el delito de colusión

Esta mirada múltiple, amplia, variada y enriquecedora a los diferentes puntos de vista –doctrinarios y jurisprudenciales, nacionales y comparados– sobre el bien jurídico protegido en el delito de colusión nos coloca en mejores condiciones para acercarnos a nuestro objetivo: la delimitación específica del objeto de tutela que cubra las dos modalidades del delito de colusión.

Previamente hay que decir lo siguiente: **la importancia de delimitar el bien jurídico específico** reside en que a través de él se precisan los límites de lo punible, diferenciando los actos de relevancia penal de los niveles de incidencia jurídica extrapenal (administrativa, civil, política) o de lo absolutamente carente de interés para la materia penal; posibilita, dentro del escenario de la injerencia punitiva, diferenciar la materia propia de cada delito; orienta bajo criterios de razonabilidad y racionalidad, inherentes a la teoría del delito –cualquiera ella sea la posición dominante– la interpretación del tipo penal; dota de objetividad el trabajo de los operadores jurídicos, impidiendo el extravío y la confusión, así como el desborde y permitiéndole al juez herramientas jurídico-conceptuales de gran valor para administrar justicia penal. Analizar el delito prescindiendo de fijar el bien jurídico concreto tiene efectos negativos para la interpretación jurídica en condiciones de rigor y profesionalismo, al no permitirle al analista (fiscal, juez, abogado) obtener resultados que se correspondan con los principios de legalidad, culpabilidad y seguridad jurídica en el marco de una lucha eficaz contra el delito.

El objeto puntual de la tutela penal es múltiple en el delito de colusión desleal: a) proteger el patrimonio público puesto en juego en las diferentes contrataciones, concesiones u operaciones que a nombre del Estado gestionan los funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados, de maniobras fraudulentas, a efectos de garantizar su destino de interés general o institucional; b) preservar la intangibilidad –no alteración o desnaturalización– de los deberes especiales de competencia del funcionario o servidor público vinculado, inherentes a la función pública y de servicio a la Nación, quienes directa o indirectamente intervienen en la gestión de los procesos referidos a las contrataciones públicas, concesiones u operaciones en su vinculación con el interesado; y c) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus deberes especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones regladas, poniendo en peligro o lesionando los intereses patrimoniales del Estado; deber de probidad funcional que no se afirma solo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética, sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la Nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos.

Por cierto, que en la colusión cuya naturaleza es constituir un delito de peligro y simple actividad, adquieren fuerza los principios de la contratación pública en tanto componentes del bien jurídico protegido específico, los que están pensados para garantizar condiciones óptimas para la Administración en el marco del desarrollo de la gestión de las contrataciones

públicas y, por lo mismo, orientados a preservar el patrimonio de potenciales ataques que los actos de concertación ilegal –por exigencias del tipo penal– podrían ocasionar. Sin embargo –en una lectura crítica– dichos principios no son propiamente objeto de la tutela penal en el delito de colusión, se trata más bien de facilitadores o instrumentos para proteger el bien jurídico. Situación diferente sucede en al ámbito administrativo contractual, donde sí gozan de mayor alcance estimativo.

En cambio, en la colusión agravada, que es –de las dos tipologías– la de mayor incidencia y lesividad, la protección penal está orientada directamente a la tutela del patrimonio público, no de su apropiación o sustracción por parte del funcionario o servidor como ocurre en el peculado, o de su desviación al interior de la Administración como sucede en la malversación de fondos, sino de la gestión fraudulenta del funcionario o servidor público que, involucrado junto con el interesado, lesiona el patrimonio público de la repartición pública en los procesos de contratación pública, concesiones u operaciones en los que interviene. Patrimonio destinado a ser utilizado, en el caso de las contrataciones, por las entidades públicas para que el Estado cumpla sus fines de interés general o internos institucionales; en el caso de las concesiones, para generar réditos al Estado; en el de las operaciones, en última instancia, para beneficio del interés general. De modo que la afectación de los principios de la contratación pública será insuficiente para fundamentar la modalidad agravada de colusión. Por cierto, tanto en la colusión simple como en la agravada estarán presentes las maniobras de engaño o fraude al Estado y el quiebre de profesionalismo del sujeto público que se aparta así de las expectativas de comportamiento que el cargo, la función pública o sus atribuciones exigen.

Se da sentido así a la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de representación del Estado en las contrataciones, concesiones y operaciones, es decir, en los procesos de gestión de los negocios públicos, y se optimiza el cumplimiento del deber y lealtad a la Nación por parte del funcionario y servidor público vinculado. El objeto jurídico de la tutela penal o bien jurídico específico es, así, múltiple en el delito de colusión desleal: a) preservar el patrimonio público, de peligros y efectivas lesiones, que es involucrado en las diferentes contrataciones públicas, concesiones y operaciones a cargo del Estado, dada su gran importancia para los fines del Estado y el correcto funcionamiento de las funciones y servicios públicos; b) garantizar la intangibilidad de los roles especiales de los funcionarios y servidores que intervienen en dichos negocios públicos, en sus relaciones con "los interesados", roles inherentes a sus atribuciones o competencias y establecidos en función de intereses generales.

De este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos, y se castiga la privatización de parte de dichas funciones, al surgir una abierta incompatibilidad en el desempeño del sujeto público que de un lado actúa en representación de la Administración Pública y de otro prioriza intereses particulares mediante el acto de concertación ilegal que pone en peligro o es lesivo a los intereses patrimoniales del Estado; y c) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando penalmente a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones, deber de probidad funcional que no se afirma solo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética, sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la Nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos.

La figura de colusión ilegal es en términos generales una modalidad de corrupción –en sentido lato– del sujeto público inserta en el ámbito de los procedimientos contractuales, en los que entran en juego los deberes de representación, la correcta gestión de dichos procesos y la protección del patrimonio público; y donde las posibilidades de comisión de prácticas de cohecho pasivo –modalidad específica de corrupción del funcionario y servidor público– y corrupción activa –delito cometido por los particulares– suelen ser frecuentes y se manejan en el ámbito de la clandestinidad. Al respecto, el artículo 384, con una adecuada técnica de redacción, empleada por el legislador, no ha incluido en su redacción componentes de dichos delitos de cohecho, lo cual hubiera complicado su tipicidad y dificultado la labor de interpretación, dejándose a la técnica de los concursos delimitar ambas tipicidades. El delito de colusión nos muestra igualmente una cruda realidad: el quiebre de profesionalismo y la deslealtad a la Nación de funcionarios y servidores especialmente vinculados con el bien jurídico, incompatibles con el cargo público(648) y con efectos desestabilizadores de los valores de la Administración Pública.

(648) Considera Alberto MILLÁN que los funcionarios deben proceder en sus actos con absoluta prescindencia de otro interés que no sea el del servicio. Ver de dicho autor: "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero-marzo, Buenos Aires, 1970, p. 27. Por su parte, Luis Carlos SÁCHICA señala que los principios administrativos rectores de responsabilidad, lealtad institucional, profesionalismo, de incompatibilidades, de eficacia operativa, prelación del interés social y finalista de la función administrativa son el marco directriz obligado para los agentes públicos. Ver de dicho autor: *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado,* Bogotá, Temis, 1989, *passim.*

IV. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Solo el funcionario y el servidor públicos que intervienen directa o indirectamente por razón del cargo en las contrataciones públicas, concesiones y operaciones estatales pueden ser sujeto activo del delito, no así el contratista o interesado(649). Restricción del tipo que en el actual diseño de la norma nacional tiene la característica de haber ampliado, o mejor precisado, la razón del cargo para las intervenciones indirectas. Por cierto, que la intervención indirecta generadora de autoría no supone que se deba romper el componente normativo por razón del cargo. El sujeto activo que interviene indirectamente ha constituido el aporte de la reforma del año 2011 (Ley N° 29758), intervención que posibilita admitir que también es autor de colusión quien pese a no participar en la gestión ejecutiva directa de los procesos de contratación, concesión u operación, sin embargo, tiene capacidad decisoria sobre los mismos desde áreas no ejecutivas o interviene en los actos de contratación a través de otros funcionarios o servidores vinculados. Es correcta la afirmación de PARIONA ARANA cuando sostiene que para determinar la autoría en el delito de colusión no interesa quien tenía el dominio del acto de concertación, sino quien tenía el deber especial de contratación(650).

Cabe anotar que en la fórmula legal actual del tipo penal de colusión no existe ya la mención a quien actúa en el marco de las contrataciones en calidad de integrante de "comisión especial", que sí tenía contemplado el tipo original 384 del vigente Código Penal de 1991(651) y el artículo 344 del Código Penal de 1924.

(649) Véase la ejecutoria suprema de fecha 08/05/2013, R. N. N° 1458-2012-Ica, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: 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 de 1991.

(650) PARIONA ARANA, Raúl: *El delito de colusión*, cit., p. 55. MARTÍNEZ HUAMÁN mantiene una opinión particular al respecto, en efecto, precisa que cuando se hace mención al termino "directa" o "indirectamente" se quiere establecer que pueden ser autores aquellos sujetos que, a través de su aporte y con la competencia debida, influyan en el proceso de contratación pública, producto del acuerdo ilícito, en cualquiera de sus fases hasta la misma ejecución del contrato, donde se pueden incluir las adendas respectivas, la conformidad del servicio, etc., MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl: "Delito de colusión: cuestiones problemáticas del artículo 384 del CP", en *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial*, compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, p. 466.

(651) Inclusión en la fórmula derogada que generaba complicaciones en la interpretación de la autoría con base en la tesis de infracción de deber, al existir planteamientos en la doctrina que consideraban que dicho comisionista era en realidad un particular ajeno a la Administración Pública. Así, véase PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 148. Aquí el citado autor se refiere al comisionista como un sujeto especial desvinculado de su calidad pública.

No puede ser autor, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, ni que intervenga por fuera del marco de atribuciones de su cargo o empleo público, esto es, contradiciendo la lógica de intervención oficial en contrataciones, concesiones u operaciones estatales. La intervención por razón del cargo supone, así, tanto capacidad de decisión y cumplimiento de formalidades(652) en los actos significativos del tracto contractual en el que interviene el funcionario, sea que sus aportes se hallen posesionados en el escenario administrativo de la colusión de peligro o de lesión efectiva.

Sin embargo, admite cierta dificultad entender dicha capacidad decisoria en el caso de los servidores públicos autores de delito, ya que no es característica de ellos adoptar decisiones en el tracto administrativo de la contratación o concesión. Habrá que considerar decisiones en el ámbito concreto de sus competencias que tengan alta incidencia para configurar el acto de concertación, los que en una cierta cantidad de supuestos podrían ser apreciados desde la perspectiva de participación por complicidad más que de autoría, pero dada la naturaleza del delito, esto es, de constituir ilícitos de infracción de deber, podrían terminar siendo supuestos de autoría (servidor que emite un informe engañoso de importancia para el proceso de contratación o ejecución contractual, que da visto bueno fraudulento, efectúa constataciones simuladas o acepta la presentación de cartas fianzas que no cumplen los requisitos formales establecidos en la ley o reglamentos, etc.), siempre que se inscriban en la lógica del plan colusorio.

Las contribuciones de otros funcionarios o servidores, que no se encuentren en dicha vinculación funcional serán hipótesis de participación por complicidad o instigación, o, dependiendo de cada caso, asumirán irrelevancia penal; así, actos administrativos en desconexión con el plan colusorio y en cumplimiento de roles bajo principio de confianza.

El rol del árbitro, en tanto integrante de la parte estatal, cuyos aportes se suceden en fases ulteriores, coloca en situación límite a la capacidad de rendimiento del tipo penal 384, pues él ni contrata ni es parte del contrato, concesión u operación estatal; sin embargo, puede decidir bajo una lógica de conciertos ilegales. Resulta determinante en este punto recordar que la concertación ilegal se produce en el marco de una contratación pública,

(652) Así, la ejecutoria suprema de fecha 22/08/2012, R. N. N° 1105-2011-Ica, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que establece que 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.

concesión u operación, no alrededor de ella o por fuera de la misma[653]. Es decididamente forzada la introducción del árbitro particular en la lógica configuradora de tipicidad del delito de colusión, lo que no ocurre con la ampliación y equiparación de tipicidad que registra el artículo 386 del Código Penal, que, además del árbitro, contempla la intervención del perito y contador, entre otros sujetos particulares.

El sujeto activo puede ser autor individual en un específico acto o momento administrativo o en varios de ellos, de actuar concertadamente con el interesado. El tipo penal no requiere que el comportamiento funcional del sujeto público sea en su totalidad ilegal, no obstante que la concertación tiña de ilegalidad la intervención decisoria del sujeto público. Pueden darse igualmente situaciones de coautoría de los funcionarios o servidores vinculados, que actúan concertadamente con los interesados, a través de actos de intervención conjunta, siempre que, para este segundo título de imputación jurídico penal personal, los funcionarios o servidores se hallen conjuntamente asumiendo y cumpliendo iguales o determinantes deberes administrativos con relación a la contratación o concesión, en razón al cargo detentado o función desarrollada, situación que se observa a menudo con los aportes de los integrantes de los comités especiales de contratación y comités de recepción de obra. La presencia de otros funcionarios, incluso de mayor jerarquía, que se hallen al margen de dichos conectores no legitima la coautoría.

El, por lo común, extenso y variado tracto de preparación-ejecución-liquidación que caracteriza a las contrataciones, con sus escalonadas fases de secuenciamiento administrativo –generación y definición de la necesidad del servicio u obra, estudios previos, expedientes, convocatorias, bases, presentación de postores con documentación diversa, absoluciones, asignación de puntajes, otorgamiento de buena pro, firma y cierre del contrato, adelantos, adendas, informes, liquidaciones parciales, liquidación final, etc.–, por lo general de caracteres preclusivos, involucra la intervención de numerosos sujetos públicos vinculados, entre funcionarios y servidores públicos, al igual que sujetos "interesados", con aportes diferenciados, lo que puede llegar a generar autorías, coautorías y complicidades paralelas simultáneas o sucesivas, las mismas que por lo general terminan configurando complejos esquemas de intervención/participación en el delito, mediante la configuración de conciertos secuenciales y progresivos en correspondencia al avance del proceso previo, de selección y ejecutivo;

(653) Véase al respecto, para una línea crítica, el fundamento segundo de la Sentencia de Casación N° 1379-2017/Nacional, del 28/08/2018 de la Sala Penal Permanente.

situación que no es que llegue a configurar varios delitos de colusión en fases preparatoria-ejecución-consumación, sino una unidad jurídica de acción bajo un mismo delito de colusión con diferentes actores y partícipes.

Por haberlo así establecido la norma penal –lo cual ha permitido superar las dificultades de interpretación del diseño anterior–, las autorías, e incluso, coautorías entre funcionarios, pueden producirse en cualquier etapa de la contratación pública, concesiones u operaciones, lo que significa en cualquiera de sus momentos administrativos que tengan aptitud para propiciar concertación con el interesado e idoneidad (en su extremo mínimo) para poner en peligro o lesionar (extremo máximo) efectivamente los intereses jurídicos valiosos, dentro de ellos principalmente el patrimonio público, puestos en juego con la conducta típica concertadora de funcionario/interesado; tema de cuidado para el análisis, pues no cualquier anomalía o irregularidad administrativa registrada o cometida en alguno de los momentos de la contratación es de por sí sinónimo de concertación fraudulenta.

El delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (adquisiciones o contratación pública, concesiones u operaciones) por razones exclusivamente derivadas del cargo o las atribuciones funcionales.

En efecto, en este delito, como también en el de peculado, entre otros, se aprecia en toda su dimensión la exigencia de la ineludible vinculación funcional que debe poseer el sujeto activo con el objeto normativo/material del delito: en el caso del peculado, con los caudales o efectos; en el de la colusión desleal, con las contrataciones, concesiones y operaciones, cualquiera de ellas se trate en el caso concreto. En el supuesto de existir un colegiado de funcionarios públicos vinculados en una relación contractual con el interesado, la inactividad o la omisión de algunos en intervenir para evitar peligros –que amenazan lesionar el bien jurídico– dada la posición de garante que asumen (dichos sujetos públicos) puede configurar un delito de incumplimiento funcional (artículo 376 del Código Penal) o bien un estado de autoría en el delito de colusión con base en una omisión impropia o comisión por omisión[654], de conformidad con lo indicado en el

(654) Véase, en similar lectura, utilizando criterios funcional-normativistas MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl: *El delito de colusión*, cit., pp. 200 a 206). Un importante análisis en la doctrina nacional sobre la comisión por omisión, que no toca propiamente la posibilidad de que el delito de colusión pueda

artículo 13 del Código Penal (que el sujeto se encuentre en el deber jurídico de impedir el resultado y que su omisión se corresponda con el hacer), dependiendo en este segundo caso de que el deber de garante sea "tan intenso", es decir, se halle en manos del funcionario el deber específico de intervenir para remover dicho peligro(655), ya que "existen numerosos deberes que no constituyen propiamente posición de garante" o, mejor aún –confirmando la alta entidad del deber funcionarial–, como señala JAKOBS: "El deber general de todo funcionario de contrarrestar las irregularidades y por lo tanto comunicar a sus superiores las infracciones penales relevantes no es un deber de garante"(656). Si la omisión le es imputable a cualquier otro funcionario o servidor público, esto es, no vinculado funcionalmente, será invocable igualmente el delito de omisión de denuncia(657) o incumplimiento funcional de tratarse de comportamientos dolosos(658).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado 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(659). Apreciación jurisprudencial correcta en líneas generales.

La posibilidad de considerar al delito de colusión un delito también configurable expresamente mediante **omisión propia** hubiera significado que el legislador incorpore en el tipo la hipótesis de consentir el funcionario o servidor la concertación ilegal, como sucede con el artículo 415 del Código Penal de Nicaragua. De otro lado, plantear la posibilidad de que el delito de colusión pueda configurase acudiendo a la técnica de integración

---

cometerse por omisión impropia, en MEINI MÉNDEZ, Iván: "La realización de delitos de resultado mediante comportamientos omisivos y participación necesaria", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; CARO CORIA, Carlos y varios: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2005, pp. 79 a 131.

(655) MIR PUIG: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, IB de F, 8ª edición, 2008.

(656) JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 1006.

(657) En este último extremo, ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* 1ª edición, cit., p. 264) se pronuncia por la tesis de un abuso de autoridad omisivo (artículo 377 del Código Penal).

(658) Véase la lectura mayoritaria acerca de que el delito de colusión no admite comisión por omisión: PARIONA ARANA, Raúl: *El delito de colusión*, cit., p. 111; GARCÍA CAVERO, Percy: *El delito de colusión*, cit., pp. 49 a 51; SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 321; RÉATEGUI SÁNCHEZ, James: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 404.

(659) Ejecutoria suprema del 23/01/2013, R. N. Nº 2587-2011-Cusco, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

que habilita el artículo 13 del Código Penal, esto es, imputarle al sujeto público el delito mediante omisión impropia o comisión por omisión, atiende a situaciones excepcionales de equiparamiento de la omisión con la comisión, como sucede generalmente con la mayoría de delitos comisivos, en situaciones en las cuales existe el deber jurídico de intervenir para evitar lesionar el bien jurídico, al ocupar el agente un rol intenso de garante, no en función exclusiva de la titularidad, sino por su estrecha vinculación funcional. Por cierto, la dificultad radicaría en efectuar dicha integración al funcionario/servidor no vinculado por razón del cargo o con relación al cargo, al ser el delito uno de infracción de deber, con lo que la integración no resulta aplicable para todo sujeto público.

Si algún funcionario o servidor concierta con el sujeto "interesado", pero no es la persona habilitada por razón del cargo, la función o la atribución específica para intervenir en los procesos de contratación, su intervención no será a título de autoría, sino de complicidad de producirse la concertación que la norma penal exige, es decir, no es a esta modalidad de concertación a la que se refiere el tipo penal para dotarle de contenido consumador al núcleo de la conducta típica. Esto permite entender que el acto de concertación es uno de características singulares por su naturaleza y finalidad que involucra aportes de un funcionario/servidor vinculado y de un sujeto común representante de la contraparte.

En la ejecutoria suprema de fecha 11/05/2010, R. N. N° 702-2009-Lima, la Sala Penal Permanente consideró, para declarar nula una sentencia condenatoria, que el Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del encausado bajo el tipo penal de colusión en calidad de cómplice, que 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 (...). Por otro lado, la figura del *extraneus*, se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial requerida por el tipo penal –de funcionario con capacidad de contratación 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.

El interesado no es sujeto activo del delito, ya que no titulariza el comportamiento de infracción de deber exigido por el delito de colusión. En efecto, el cómplice primario en nuestra legislación –a diferencia de lo que sucede en España, donde es considerado una forma de autoría al igual

que el caso del instigador– no es autor ni puede equiparársele dicho título normativo personal de imputación.

En el contexto de la autoría, el artículo 386 realiza una extensión normativa de la misma a los peritos, árbitros, contadores particulares; tutores, curadores y albaceas(660).

Sujeto pasivo es el Estado o, específicamente, alguna de las reparticiones públicas o entidades oficiales contratantes que integran la Administración Pública, así como los entes paraestatales, afectados por la puesta en peligro del bien jurídico con las ilegales concertaciones entre el funcionario o servidor público con los interesados, que vulneren tanto los principios de la contratación pública como por igual afecten potencial o efectivamente su patrimonio.

El Estado está considerado en su dimensión amplia y globalizadora para comprender también a los entes paraestatales (entidad u organismo del Estado), que no son propiamente constitutivas de la Administración Pública, esto es, las empresas estatales y aquellas empresas mixtas en las cuales el Estado tiene involucrado patrimonio público en un rango de participación superior al 50 % del accionariado de la entidad; situación, sin embargo, que con relación a estas últimas entidades ofrece serios problemas derivados de las dificultades para diferenciar el patrimonio público del privado afectado en una contratación que adquiere caracteres fraudulentas y que perjudica efectivamente tanto al Estado como al capital privado; circunstancia que ha merecido pareceres doctrinarios que apuntan a excluir a las empresas mixtas de la relevancia penal para permitir que el ámbito administrativo o privado se encargue de dilucidar la sustantividad de la infracción y el establecimiento de las respectivas sanciones(661).

No afecta la lógica de configuración normativa del sujeto pasivo fijarlo en la entidad pública que sufre el peligro de perjuicio o que efectivamente resulta perjudicada, pues en ella se junta tanto la calidad de sujeto pasivo como la del perjudicado directo, siendo este último absorbido por la primera.

Tendencias doctrinarias actuales se orientan a ver en la colectividad también al sujeto pasivo del delito, en tanto depositaria de los intereses generales, colectividad que es a donde mayoritariamente se orientan las contrataciones públicas.

(660) Véase *infra*, p. 625 y ss., el estudio del artículo 386 del Código Penal.

(661) Véase BENAVIDES SCHILLER: *El delito de fraude del funcionario público*, cit., p. 179.

V. CARACTERÍSTICAS COMUNES AL DELITO DE COLUSIÓN DE PELIGRO Y COLUSIÓN DE LESIÓN

1. Colusión: delito de infracción de deber con dominio del hecho

La fórmula peruana del delito de colusión pone a prueba la tesis de los delitos de infracción de deber, en su presupuesto central, es decir, que es innecesario y hasta superfluo que el funcionario intervenga con actos propios y/o controle el suceso fáctico del delito(662), bastando tan solo la infracción de deber principalmente extrapenal que le es propio, de conformidad a lo establecido en la norma específica que regula las atribuciones propias del cargo o la función. Sin embargo, el tipo penal de colusión, tanto en la fórmula nacional como española (fraude), exigen la intervención del sujeto público (directa o indirecta en el caso del Perú) en la contratación mediante concertación con el interesado. Esta es, como diría WELZEL en sus escritos de juventud, sobre todo en su *Kausalität und Handlung,* una *sachlogischen Strukturen* (estructura lógica objetiva), que fija una valla insuperable para dicha tesis. No hay forma de que el funcionario o servidor público se constituya en autor por fuera de estos parámetros de intervención en el delito, donde el solo incumplimiento del deber reglado (por razón del cargo) se torna insuficiente para dar por configurado este singular delito funcionarial(663). Interpretación asumida así por la Corte Suprema cuando en reiterada jurisprudencia ha establecido que el delito de colusión es de participación necesaria y encuentro, según lo cual la sola inercia en el comportamiento, esto es, la omisión, no tiene entidad para configurar el ilícito penal.

Y es que el comportamiento típico que exige el delito de colusión –en sus dos variantes– de parte del funcionario o servidor público es de naturaleza transitivo-comisiva, requiere de la intervención y control del suceso criminal conjuntamente con el interesado, sobre todo en la colusión con intervención directa. Por lo mismo, no se puede indicar en puridad que el tipo penal de colusión sea ejemplo típico y paradigmático exclusivo de un delito puro de infracción de deber, delito que se corresponde más bien al conjunto de críticas que se le ha formulado a dicha teoría y que dan cuenta de una naturaleza mixta que involucra también dominio, que puede ser

(662) ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, cit., 2016, pp. 344 y ss.; 723 y ss.

(663) Al respecto, BENAVIDES SCHILLER: El delito de fraude del funcionario público, cit., pp. 154 y 155, quien señala: si bien es cierto que en los delitos especiales la infracción de deber juega un papel destacadísimo, en ningún caso los deberes institucionales tendrán el peso suficiente para generar por sí solos la imputación por las consecuencias del propio comportamiento organizador genuinamente penal.

parcial, pero dominio de hecho al fin, como parte de su carácter delictivo, y que el mismo ROXIN, profesor histórico de Derecho Penal en la Universidad de Münich, se ha encargado de evaluar en su altamente significativa obra *Autoría y domino de hecho* (*Täterschaft und Tätherrschaft*), novena edición alemana de 2015(664).

2. Colusión: delito plurisubjetivo, de participación necesaria y de encuentro

Se conoce, distingue y reconoce en la dogmática penal alemana (desde 1805 con el trabajo de Stübel: *Über den Tatbestand der Verbrechen*) y también en la doctrina italiana la existencia de ilícitos penales que para configurarse requieren de los aportes de varios intervinientes, cada uno de los cuales coloca un acto ejecutivo –objetivo subjetivo– necesario para ejecutar y/o consumar el delito, siendo imposible fáctica y jurídicamente el perfeccionamiento delictivo con los aportes de una sola persona(665). La bigamia, la estafa, el delito de nombramientos ilegales, la colusión, el tráfico de influencias, el cohecho pasivo mediante aceptación; antiguamente, los derogados delitos de duelo, riña y adulterio son ejemplos de delitos plurisubjetivos y de participación necesaria. Intervienen en el hecho delictivo varias personas con aportes decisivos desde escenarios de acción que no definen propiamente un cuadro de coautoría.

En el caso de la colusión, tipo penal bilateral y en otros casos plurilateral, el delito se articula con base en los aportes –como mínimo– de dos sujetos institucionalmente representativos y normativamente configurados por la norma penal, quienes con sus comportamientos concurren a modelar la "concertación" ilegal: el funcionario que, en razón al cargo y desde las reparticiones públicas, actúa a nombre de la Nación; y el interesado (el contratista individualizado, el representante legal del postor o de quien gana la buena pro, o quien representa al consorcio) que, por lo general, representa intereses particulares. Ambos sujetos, en el marco de las contrataciones, concentran y bilateralizan expectativas diferentes –el sujeto público en función de servicio a los intereses públicos institucionales/generales, el interesado sobre la base del lucro y crecimiento empresarial, donde la ley y los intereses de la Administración Pública fijan las reglas–. Sucede que dichos aportes, bajo las exigencias del delito, se salen de la esfera de

(664) Véase ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, cit., p. 731 y ss.

(665) Para una detallada exposición y análisis de la naturaleza, clases y problemática de esta clase de delitos, véase CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, Editorial Comares, 2002; ídem, MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: "Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado", en *Gaceta Penal*, Tomo 121, julio 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 217 y ss.

la legalidad para constituir contribuciones fraudulentas orientadas a afectar los intereses patrimoniales de la entidad pública, por ejemplo, cuando ambos convienen en colocar nuevas fechas de vencimiento a los fármacos que va a adquirir la entidad de salud o el supervisor emite informes falsos de conformidad de avance de obra para generar pagos indebidos. En ambos casos se produce un concurso de aportes ejecutivos para articular el delito de colusión, resultando absolutamente insuficiente que el solo quebrantamiento del deber, por sí solo –pese a constituir componente esencial del tipo penal–, esto es, por fuera del concierto ilegal, configure delito; concierto que se constituye en el filtro que coloca la injerencia penal a las anomalías administrativas significativas para adquirir relevancia punitiva. Ambos, el sujeto público vinculado y el "interesado", actúan de consuno en una misma lógica de comportamientos que se orienta a la afectación de intereses estatales. Ambos desarrollan acciones dolosas, su intervención es necesaria, y el punto de encuentro fáctico es el acto de concertación ilegal que cierra la conducta típica en la modalidad de peligro y que requerirá afectación patrimonial efectiva en la colusión lesiva. Por cierto, y en línea de rigor, no se asume aquí la tesis formal de los delitos de encuentro, que requiere dogmáticamente de los dos o más agentes que intervienen en el delito sean considerados como autores de delitos autónomos relacionados (cohecho pasivo y cohecho activo, con relación al funcionario que acepta o recibe y del sujeto que ofrece o da; también en el delito de nombramientos ilegales, entre otros material y formalmente delitos de encuentro).

Si el acto que se orienta a defraudar al Estado o que lo defrauda efectivamente en términos patrimoniales es de incumbencia de solo uno de los agentes, no habrá delito de colusión; si lo es solo del funcionario vinculado, no es posible dicho delito, no obstante que dicho agente público efectivamente haya infringido sus deberes derivados del cargo. Tal es la naturaleza del delito de colusión, en expresión de su característica plurisubjetiva (dos o más personas) de participación necesaria (que aportan acciones concurrentes) y de encuentro fáctico (a través del acto de concertación ilegal), delito que expresa la voluntad institucional de dos sujetos colocados en roles distintos pero compatibles para articular el delito contenido en el artículo 384 del Código Penal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido esta naturaleza en varias oportunidades[666].

(666) Véase la ejecutoria suprema de fecha 19/11/2013, R. N. N° 1565-2012-Ica, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ídem ejecutoria suprema del 12/07/2017, R. N. N° 885-2016-Callao, Sala Penal Permanente; ídem, la ejecutoria suprema del 12/07/2017, R. N. N° 885-2016-Callao, Sala

Sostener que en el delito de colusión solo bastará acreditar que el funcionario infringió o quebrantó algún deber administrativo significativo, derivado de su cargo o función, con prescindencia de si se concertó o no ilegalmente con el interesado, o considerar que el acto de concertación está implícito en la infracción del deber, constituyen maneras de interpretación por fuera del principio de legalidad, para elevar al rango de relevancia penal infracciones meramente administrativas o hacer uso de un razonamiento inexacto y subjetivo, respectivamente. Igualmente, estimar que las irregularidades por sí mismas ya denotan acuerdo colusorio o son parte del acuerdo colusorio, sin analizarlas con la objetividad y rigor del caso y desde la lógica de los componentes fácticos e inferenciales de la prueba indiciaria, supondrá partir de criterios prejuiciados y apriorísticos acerca de la tipicidad del hecho imputado. Existen irregularidades que se cierran en sí mismas, careciendo de relevancia penal y hay otras que forman parte del plan colusorio, es deber de la fiscalía y del juez penal discernir y ponderar no solo la vinculación con el acuerdo colusorio, sino también su entidad o suficiencia de idoneidad para a través de ellas configurar aporte significativo de conducta típica por delito de colusión.

Una de las consecuencias de los delitos plurisubjetivos y de participación necesaria radica en el hecho de que el sobreseimiento o la absolución de alguno de los dos agentes involucrados supone necesariamente el sobreseimiento o la absolución, dependiendo del estado procesal que el caso amerite, del otro investigado o procesado. En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante Acción de Revisión N° 164-2011, dictó la absolución de los funcionarios condenados en un proceso penal en el que se había absuelto al interesado(667).

Penal Permanente; ídem, la ejecutoria suprema del 29/10/2018, R. N. N° 224-2018-Pasco, Sala Penal Permanente, entre otras.

(667) Véase la ejecutoria suprema de la Rev. Sent. N° 164-2011-Ayacucho, del 25-09-2013, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: *"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"*.

La posibilidad de condenar solo a uno de los integrantes de dicha estructura relacional, sin que exista o haya sido individualizado jurídicamente el otro y sobre quien no se tenga prueba suficiente, configurará igualmente una hipótesis de arbitrariedad.

La **jurisprudencia de la Corte Suprema**, en ocasiones tan particular y, a veces, polémica y debatible al momento de resolver casos difíciles o de no asumir soluciones, ha tenido ocasión de pronunciarse en mayoría en relación al caso KOURI BOUMACHAR (R. N. N° 1842-2016-Lima, del 06/07/2017), abriendo peligrosamente la posibilidad de condenar solo al funcionario público, en una hipótesis en la cual los interesados, representantes del consorcio, habían sido sobreseídos judicialmente, privilegiándose razones formales por encima de consideraciones sustantivas acerca de la estructura del delito de colusión, en lo concreto, la relación bilateral o plurisubjetiva de la concertación ilegal, minimizada por la resolución suprema en mayoría(668).

3. Colusión: delito de peligro y de lesión en clave económica

El actual diseño legislativo del delito de colusión nos da dos presentaciones de dicha figura penal.

La **primera modalidad**, regulada en el primer párrafo del artículo 384, la segunda modalidad contenida en el segundo párrafo. En el primer supuesto, tenemos un tipo penal de peligro con orientación defraudatoria patrimonial, *ad simile* de lo que ocurre con el 436 del Código Penal español de 1995, que emplea la frase "*se concertare con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público*". Al ser el ilícito penal de colusión un delito de simple actividad y peligro, su consumación típica se centra en la presencia configurada del acuerdo colusorio entre funcionario e interesado, orientado a defraudar el patrimonio público del Estado, lo que puede llegar a suponer la criminalización de simples actos preparatorios, con la condición de que tengan entidad para denotar esa orientación defraudatoria potencial que se aprecie en las maniobras propias del acto de concertación ilegal. No es exigible por el tipo penal que se produzca lesión efectiva al patrimonio público, solo peligro potencialmente razonable de que ello llegue a suceder, como resultado de la interpretación y análisis al que llega el juez luego de la valoración de los elementos fácticos y probatorios en juego y de la idoneidad del concierto

(668) Al respecto, véase el artículo crítico de VALLE ODAR, Frank Carlos: "El deber de individualización del *extraneus* en el delito de colusión. A propósito del caso Kouri", en *Gaceta Penal*, Tomo 105, marzo, 2018, p. 95 y ss.

colusorio y, lo que es importante, de efectuar el juzgador un juicio crítico apoyado en informes técnicos probabilísticos. Conciertos entre sujetos públicos u orientados a otra finalidad no son propios del delito. Cuando la norma penal nacional señala "concierta con los interesados para defraudar al Estado, entidad u organismo del Estado", la interpretación no tiene otro sentido que estar pensada "*en clave económica*", para emplear una frase utilizada por CATALÁN SENDER(669).

El "patrimonio público" se constituye así en el referente de interpretación *ad hoc* para ambas modalidades, en sentido negativo cuando solamente se lo ponga en peligro, o positivamente cuando efectivamente se lo afecte. Un sector de la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha encargado de graficar la importancia del patrimonio al efectuar las siguientes precisiones: "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*"(670).

Conceptualizar la concertación ilegal como sinónimo de maniobra fraudulenta o engaño(671), en tanto totalizador del tipo penal, sin atender a su finalidad, es incurrir en un razonamiento erróneo, es darle al sustantivo

(669) *Los delitos cometidos por funcionarios*, cit., p. 307

(670) Véase, también la ejecutoria suprema del 04/11/2015, R. N. N° 341-2015-Lima, Sala Penal Permanente.

(671) Así, véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 313. Criterio que un sector de la Corte Suprema siempre mantuvo y actualmente lo sigue haciendo, no obstante que el tipo penal 384 ha regulado la colusión de lesión o resultado de afectación patrimonial. Para este sector de magistrados supremos, "*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*" (ejecutoria suprema del 06/07/2017, R. N. N.° 1842-2016-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema); ídem, Sentencia de Casación N° 54-2-2017-Lambayeque, del 03/05/2019, Sala Penal Transitoria: "*No es un requisito de la tipicidad ni de la actividad probatoria la identificación cuantitativa y concreta de un perjuicio económico determinado para*

"concertación" un cierre categorial, prescindiendo de su *ratio* y *telos*, que incluso en la jurisprudencia penal española, que trabaja con un tipo penal colusorio de peligro, resulta inaceptable(672). La concertación ilícita o acuerdo entre dos voluntades, al ser la única conducta típica, lo será siempre y cuando tenga la suficiente entidad comunicativa o de sentido para indicar que es al patrimonio público hacia donde se dirige la lesión penalmente relevante y no a otra finalidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en la interpretación de la naturaleza del delito de colusión ha oscilado históricamente y siempre en los extremos de esta disyuntiva: se trata de un delito de simple actividad: es un delito de resultado. Dicotomía carente de razonabilidad y dogmáticamente errónea, pues el tipo penal de colusión ofrece –con mayor positividad– en la actualidad dos tipos penales marcadamente distantes, en su entidad de injusto, aunque vinculados por el núcleo típico de la concertación ilegal que resulta suficiente para la consumación del delito de colusión (de peligro), pero se revela insuficiente para articular la tipicidad del delito de colusión de lesión o resultado. La línea de interpretación que ve en ambas modalidades del delito de colusión un ilícito de simple actividad y peligro, considerando que no hay diferencia entre ellas o de haberlas no son significativas, enfatiza así una posición judicial de alta represión del delito, pasando por encima de las previsiones normativas y partiendo de consideraciones jurídico-dogmáticas equivocadas, a la par que invocando fuera de contexto los mensajes de convenios internacionales anticorrupción. Esta particular interpretación, efectuada por un sector de magistrados supremos, se aprecia en varias resoluciones, de las cuales da cuenta, por todas, la Sentencia de Casación N° 9-2018, del 26 de junio de 2019, Sala Penal Permanente: "En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en sentido económico sino la asignación de caudales de forma eficiente; el tipo penal no es de resultado sino de mera actividad; se descarta la protección exclusiva del patrimonio público y el concurso necesario de un perjuicio". Antes de la reforma del artículo 384 (julio de 2011) era representativa, entre otras resoluciones, de dicho criterio la Ejecutoria Suprema del 03/05/2010, R. N. N° 5315-2008-Puno, Sala Penal Transitoria, que sostenía: "*El 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*

la configuración y realización de cualquiera de los dos delitos tipificados en el artículo 384 del Código Penal"

(672) Véase la STS N° 1176 del 16 de febrero de 1995: "Se entiende por defraudar perjudicar económicamente el patrimonio del ente público en cuestión".

sufra un perjuicio (...) Siendo del caso que la defraudación debe entenderse como trasgresión del deber de lealtad (...) no constituyendo por tanto el perjuicio un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio".

La **segunda modalidad de delito**, regulada en el segundo párrafo del artículo 384, es, sin duda, un delito de lesión patrimonial, que grafica la máxima intensidad de ilicitud que pueda admitir delito alguno de infracción de deber, dada la importancia que asume para cualquier país –y con mayor razón para el nuestro– el patrimonio público, solo comparado con el cohecho pasivo del artículo 395 del Código Penal. La afectación material efectiva del patrimonio público, involucrado en las contrataciones, concesiones u operaciones, debe mantener una vinculación interna indesligable con la concertación ilegal de funcionario-servidor e interesado, pues serán atípicas afectaciones patrimoniales que tengan su causalidad en factores tales como la falta de profesionalismo, ligerezas o imprudencias en la gestión de los sujetos públicos, fuerza mayor o desgracias. Esta modalidad de lesión no está regulada en el Código Penal español ni en otros Códigos europeos o latinos (con excepción del artículo 415 del Código Penal de Nicaragua, que formula un diseño colusorio que puede reputarse de lesión), por lo que la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se hace en dichos contextos comparados solo da cuenta del fraude en lectura de peligro. Esto ha llevado a equívocos a la doctrina nacional y a parte de la jurisprudencia suprema al considerar que el delito de colusión, siguiendo la jurisprudencia española[673], es un delito de peligro en sus dos modalidades, absolutizando la concertación y el significado y valor del fraude en detrimento jurídico conceptual del perjuicio al patrimonio, o forzando conceptualizaciones sobre el bien jurídico concreto protegido, al considerar que la sola infracción del deber o la afectación a expectativas permiten considerar dogmáticamente que el artículo 384 es un delito de simple actividad y peligro[674].

(673) La jurisprudencia española, por ejemplo, ha señalado los siguientes criterios jurisprudenciales: STS N° 391/2014, del 8 de mayo: "Es un delito de mera actividad que se consuma sin necesidad de ocasionar resultado alguno, por el mero hecho de concertarse para defraudar a cualquier ente público, lo que debería llevar a una denominación más apropiada de este ilícito como delito de 'concierto para el fraude a la Administración'"; ídem, la STS N° 63/2017, del 9 de febrero: "El delito del artículo 436 es un delito de mera actividad para cuya realización basta la actuación realizada con la intención de defraudar a la Administración Pública. No requiere efectiva causación de daño patrimonial aunque sí es preciso concretar objetivamente ese concierto así como su efecto perjudicial para el erario público".

(674) Véase Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 317; ídem, Martínez Huamán, Raúl Ernesto: *Delito de colusión*, cit., p. 245, quien refuerza su posición acudiendo a la jurisprudencia española, que en lógica correspondencia con el tipo penal 436 del Código Penal español regula exclusivamente un delito de peligro de fraude al Estado.

Es preciso recordar que nos encontramos en escenarios de contratación donde el dinero como lucro y ganancia es el factor clave que mueve a los contratistas a intervenir –sin que ello desmerezca otros criterios como el brindar servicios empresariales y afirmar su propio crecimiento como entidad privada–, así como que es el Estado quien asigna e involucra recursos e invierte capital para cumplir con sus funciones prestacionales en aras del interés general. No es posible que pueda haber colusión donde no hay dinero, bienes o recursos públicos comprometidos o donde no hay expectativas de lucro en juego, sin perjuicio de las irregularidades o anomalías administrativas que ocurran.

4. Colusión y la ampliación del objeto normativo de protección a las concesiones públicas

Una de las notas distintivas del modelo peruano de colusión es el de haber ampliado el ámbito de la tutela penal a las concesiones públicas, asunto que antes de la reforma de la Ley N° 29875 (21/07/2011) presentaba vacíos de punibilidad, en la medida que se había comúnmente considerado, en el discurso criminalizador, que la injerencia penal estaba pensada exclusivamente en función de los procesos de selección de postores (licitaciones, concurso de precios, suministros, subastas públicas, etc.), de conformidad a la Ley de Contrataciones del Estado, en un diseño legal en el cual incluso esta ley, en sus numerosas versiones modificadas, excluía en un extenso catálogo la injerencia del control administrativo, lo que motivó que durante décadas no fueran objeto de investigación fiscal ni procesamiento judicial las anomalías fraudulentas sucedidas en el trámite de procedimiento de los otorgamientos de las concesiones públicas, las que, a diferencia de las contrataciones tradicionales, han terminado involucrando una descomunal sumatoria de bienes de dominio público a lo largo y ancho del territorio nacional, en suelo y subsuelo, hipotecados por largos lapsos temporales, en compromiso de los intereses de la mayoría de los peruanos y movilizado ingentes sumas de dinero en valor de dichos recursos.

Si bien podría objetarse que no era necesaria dicha ampliación, pues la mención a las adjudicaciones y contrataciones públicas cubría ya el escenario de las concesiones; sin embargo, dicho razonamiento acusa serias dificultades para ser plenamente sustentable. Así, por mandato de determinación y legalidad constitucional; la norma prohibitiva tiene que ser precisa y clara; la normativa administrativa de contrataciones excluye determinados rangos de concesiones del Estado; la ausencia de un texto orgánico único que regule las concesiones; una larga historia de ausencia de injerencia fiscal en el terreno de las concesiones fraudulentas ante el vacío

de la normativa penal; la necesidad de optimizar la lucha anticorrupción en uno de los sectores, bajo control directo del poder ejecutivo, extrañamente olvidado y relegado de la injerencia punitiva, de probable gruesa factura corruptiva.

Que el concepto normativo "contrato" posea tal amplitud que cubra no solo la actividad desarrollada en los procesos de selección, sino también a las concesiones dependerá del sentido regulador que posea la norma administrativa al respecto. Así, la Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre, o Ley de Contratos del Sector Público español adecuada a las directivas de la Unión Europea, las recomendaciones de la OCDE y Uncitral, incluye en la norma los contratos de concesión de obras y servicio[675]; o el artículo 423-14 del Código Penal francés, que vincula a la legislación relacionada con los contratos y concesiones públicas (Loi 95-127 du 8 de févr. 1995 y Loi 2016-1691 du déc 2016). La ley de contrataciones nacional no tiene esa capacidad comprensiva.

5. Colusión y *ultima ratio*

El delito de colusión, al trabajar con una profusa y amplia base de regulación administrativa, referida tanto a las atribuciones de los funcionarios y servidores que actúan por razón del cargo como a la normativa de los procesos de contratación y concesiones públicas, requiere ser la última razón del control estatal en fase de criminalización y punición. La injerencia directa y de *prima ratio* del Derecho Penal tiene el inconveniente no solo de desestimar principios altamente valorados en el Derecho Penal (fragmentariedad y mínima intervención), sino de permitir la posible instrumentalización de una vía altamente violenta y cruel –con efectos devastadores sobre un rango de funcionarios que después serán declarados inocentes– con fines políticos, de venganzas personales o de complacencias con sistemas anticorrupción bajo control político.

El intento sistemático más vigoroso en el Perú para dotarle de *ultima ratio* al delito de colusión, entre otros delitos funcionariales, estuvo representado por la Ley N° 29622 (07/12/2010) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 023-2011-PCM (18/03/2011), que creó el sistema normativo de responsabilidad administrativa funcional de funcionarios y servidores públicos, estableciendo un conjunto bien formulado de infracciones, procedimientos y sanciones que rivalizaba y en muchos ítems superaba la técnica

(675) Véase Ley de Contratos del Sector Público, Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

de redacción del Código Penal, que lamentablemente nació –como se suele dice– muerta, dada la imposibilidad, de acuerdo a la normativa constitucional, de ser la Contraloría General de la República órgano de sanción a ese nivel. Sin embargo, la vigencia de la *prima ratio* sigue en manos del Tribunal de Contrataciones del Estado, organismo público integrante del OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado), el que posee competencia y capacidad decisoria para evaluar y decidir mediante sanciones las irregularidades administrativas e infracciones regladas surgidas en el amplio espacio de las diversas contrataciones públicas. Organismo que tiene facultad para derivar a la Contraloría General de Estado aquellas contravenciones que impliquen perjuicio económico al Estado o activar la probable injerencia penal, comunicando a la Contraloría los sucesos que ameriten razonabilidad indiciaria de comisión de delitos.

El sacrificio que supone la *prima ratio* en materia de colusión ha sido justificada por la cada vez ascendente e incontenible oleada de estos delitos cometidos por los funcionarios y servidores en municipalidades, gobiernos regionales y otras entidades públicas, a los cuales la legislación ha dotado de autonomía presupuestal y ejecutiva, y el Poder Ejecutivo transferido grandes cantidades de dinero, por diferentes conceptos, para obras y servicios prestacionales a través de las contrataciones públicas. Intervención penal maximalista que busca así controlar o disminuir, acudiendo también a la exposición mediática, dicho ámbito de criminalidad de gran sensibilidad y repercusión social. Sin duda constituye una realidad alarmante y desestabilizadora los altos índices de investigaciones y procesos penales en este delito de corrupción en sentido amplio, donde, como afirma Gimeno Feliu, citando un informe de la OCDE, "las mayores tentaciones y oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del Sector Público se produce en el mercado de los contratos públicos"[676].

6. Colusión: la opacidad y la importancia del principio-deber-derecho "transparencia"

Numerosas resoluciones de las salas penales de la Corte Suprema[677] se han encargado de enfatizar que las prácticas de concertación ilegal,

(676) Gimeno Feliu, José María: "La corrupción en la contratación pública", en Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar (directores): *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 15.

(677) Véase, por todas, la ejecutoria suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. N° 1296-2007-Lima; y la ejecutoria suprema del 13/08/2018, R. N. N° 874-2018-Cañete, Sala Penal Transitoria.

propias del delito de colusión, se producen generalmente en la clandestinidad[678], de modo soterrado, nunca o casi nunca –por su propia naturaleza– se publicitan o se hacen de manera abierta –salvo casos en los cuales reina un despilfarro presupuestal y corrupción absoluta de las costumbres contractuales–. Ello está relacionado directamente a la opacidad o falta de transparencia en la que se conducen determinados actos administrativos que marcan los momentos decisivos en los que se adoptan las decisiones que van a ir definiendo la naturaleza fraudulenta del delito. En efecto, la transparencia administrativa forma parte, en tanto valor positivo, de las contrataciones y concesiones. Su desnaturalización y sustitución por la opacidad y lo subrepticio en que se desenvuelve la concertación ilegal va a constituir un mecanismo propiciador del delito de colusión.

La "transparencia" en su conceptualización mutifacética de principio, valor, deber y derecho es entendida en tanto activa, pasiva y colaborativa. La **transparencia activa** es el deber de los órganos públicos de proveer y difundir información clara y precisa sobre las condiciones y procedimientos de la contratación pública en todas sus fases o momentos. La transparencia **pasiva**, en cambio, es el derecho de los ciudadanos, postores o no, a obtener, previo requerimiento, información y a acceder a documentos y archivos –facilitados ahora por la vía electrónica– obrantes en la Administración; variedad de transparencia que usualmente levanta resistencias en las entidades de la Administración –justificada en determinados casos– que sin embargo resulta vital para el ejercicio del derecho ciudadano al control de los asuntos públicos a través, entre otros medios, de la rendición de cuentas. La transparencia **colaborativa** da cuenta de la socialización de la información generada en el Sector Público, que supone el control de amplios sectores de la sociedad civil, incluidos organismos especializados y observatorios de transparencia e integridad, sobre los asuntos públicos. Todas estas modalidades de transparencia contribuyen a democratizar las decisiones y mejorar la calidad de los procesos de gestión de las contrataciones públicas entre otros ámbitos de decisión pública[679].

(678) Sentencia de Revisión del 25/09/2013, Rev. Sent. N° 164-20111. NCPP, Sala Penal Permanente: "El delito de colusión desleal tiene como fundamento específico para su configuración, la clandestinidad del arreglo entre funcionarios que intervienen en el negocio jurídico y los proveedores de bienes o servicios, o los potenciales adquirientes de bienes de la Administración o los solicitantes de licitaciones; así la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el delito de colusión desleal, en contratos públicos solo se comete cuando los funcionarios que intervienen en el mismo llegan con los particulares (proveedores o adquirientes) a un pacto clandestino que determina su comportamiento".

(679) Para mayor información véase, Cerrillo i Martínez, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 106 y ss.

La falta de transparencia y la inescrupulosidad en la contratación pública son así dos ingredientes que en conjunto son catalizadores del comportamiento típico colusorio configurado por el funcionario vinculado y el interesado. La transparencia como objetivación de prácticas de buena gestión e integridad en el desarrollo de las contrataciones públicas es uno de los antídotos más eficaces contra la base administrativa y las prácticas de concertación ilegal y, sobre todo, como lo reconoce MELLADO RUIZ, constituye el principio basilar informativo y transversal del conjunto jurídico público(680). La transparencia, nos dice Byung-CHUL HAN, filósofo coreano y profesor de la Universidad de Berlín, en una concepción crítica, estabiliza y acelera el sistema porque elimina lo extraño. Las acciones se tornan transparentes cuando se hacen operacionales, cuando se someten a los procesos de cálculo, dirección y control. Las cosas se hacen transparentes cuando abandonan cualquier negatividad, cuando se alisan y allanan, cuando se insertan sin resistencia en el torrente liso del capital, la comunicación y la información(681). La opacidad que forma parte de la naturaleza de los actos de concertación ilegal es la estrategia operacional en la que el funcionario y el interesado despliegan sus ilegales acuerdos orientados a defraudar el patrimonio del Estado.

El estatus de la transparencia puede entenderse "en tanto principio estructurante y no mero valor informativo; el principio de transparencia ha de alcanzar a todo contrato público (...) No es simple publicidad formal, es publicidad (acceso-difusión), participación activa, control social y rendición de cuentas. Este triple y basilar contenido conduce a apreciar 'su valor' por sí mismo, como transparencia integral, como mecanismo no solo de visibilización de la acción pública, sino de garantía de integridad en materia de contratación pública y de evitación del surgimiento de episodios de corrupción (...). Como gráficamente se ha dicho, *un amplio acceso a la información pública por los ciudadanos es indispensable para el ejercicio con conocimiento con causa de los derechos participativos, constituye un instrumento para un eficaz control de la legalidad del ejercicio del poder público por la ciudadanía y, en fin, representa un factor vital para la concienciación o la sensibilidad social en los asuntos públicos*'"(682).

(680) MELLADO RUIZ, Lorenzo: *El principio de transparencia integral en la contratación del Sector Público*, Valencia Tirant lo Blanch, 2017, p. 102.

(681) CHU HAN, Byung. *La sociedad de la Transparencia* –Transparenzgessellschaft–, traducción del alemán de Raúl GABÁS, Madrid, Herder, 2013, p. 13.

(682) MELLADO RUIZ, Lorenzo: *El principio de transparencia integral en la contratación del Sector Público*, cit., pp. 186 y 369. Ídem, PINTOS SANTIAGO, Jaime: "El transversal principio de transparencia en las Administraciones Públicas", en Jaime PINTOS SANTIAGO (director), *Calidad,*

En el escenario de las contrataciones públicas, también de las concesiones del Estado a particulares, la transparencia adquiere un valor fundamental, siendo uno de los intereses a proteger en el delito de colusión, cuyas prácticas fraudulentas se desarrollan violentando las reglas de transparencia e integridad y, por lo tanto, afectando los principios de igualdad y eficiencia. Sin embargo, con ser muy importante, la transparencia no está circunscrita únicamente a las contrataciones, sino que constituye un conjunto de valores integrados, que forman y estructuran un Estado democrático, de mayor alcance que busca la apertura de la información a la vista ciudadana, el conocimiento efectivo de los procesos de gestión pública, involucramiento ciudadano que exige y logra la apertura de lo público al control y aireamiento. En esta lógica es natural la propensión y la defensa de la opacidad desde el Estado, un Estado con siglos de mala gobernanza y corrupción, donde los Gobiernos construyen, generalmente, su poder –lo que pasa en el país– en franjas de sombra, populismo y clientelaje.

Entonces, afirmar la transparencia es todo un reto, un desafío, es en suma una "regeneración democrática"[683], es ejercicio activo de ciudadanía administrativa, que se aprecia en todo su valor en materia de contratación y concesiones públicas, los más intensos y extensos involucramientos de dinero y recursos públicos expuestos, en su faz negativa, a la ineficiencia, conflicto de intereses y corrupción de los funcionarios públicos.

Las normas de gestión de los asuntos públicos y dentro de ellos de la contratación, concesiones y operaciones requieren de la incorporación a título de normas rectoras y aplicativas de aseguramiento de los mínimos de transparencia e integridad. Sin embargo, en casos muy específicos o de situaciones de emergencia, el principio de transparencia puede decaer, para abonar una reserva de la publicidad y las contrataciones directas, asunto a ser ponderado por el juzgador, en el caso de acusaciones fiscales de concertaciones ilegales.

El principio de transparencia ha merecido abordamiento en certámenes internacionales y ha sido regulado en numerosas disposiciones multilaterales. Así, en el Libro Blanco de la Gobernanza de la Unión Europea de 2001, la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno de Montevideo, el Convenio

transparencia y ética pública, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, p. 204 y ss.

(683) Pendás García, Benigno: "Hacia una democracia regenerativa", en Rodríguez Arana, Vivanco Comes y Ahedo Ruiz (coordinadores), *Calidad democrática, transparencia e integridad*, Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 75.

205 del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos de 2008, la Carta Iberoamericana de los Deberes y Derechos de los Ciudadanos en Relación con la Administración Pública de 2013 y en diversas directivas de organismos internacionales.

7. Colusión e irregularidades administrativas

Son altas las expectativas sociales, normativas y estatales sobre el comportamiento funcional ajustado a legalidad de funcionarios y servidores públicos, esto es, a las previsiones legales, reglamentarias y, en general, en el marco de los cometidos de la función. Ello constituye una condición propia de los Estados modernos eficientes y una regla de funcionamiento de las Administraciones eficaces, en tanto garantía de una correcta marcha de las funciones y servicios públicos, y, en suma, de buena gobernanza. Tal es la finalidad de códigos, reglamentos, directivas y protocolos de actuación en el Sector Público, incluso en zonas de relativa discrecionalidad.

De ahí que exista la natural propensión a considerar las irregularidades, en todo ámbito de actividad pública, sospechosas de ilicitud administrativa y/o penal, con mayor razón en sociedades y contextos de acción donde las prácticas y actos de corrupción se manifiestan con bastante profusión. Y precisamente la zona de las contrataciones y concesiones públicas, un vasto e importante sector de la Administración Pública, se ha constituido en escenario bastante sensible al espacio de las irregularidades, no obstante la normativización que en torno a ellas se han articulado para proteger, real o aparentemente, los intereses públicos. Sin embargo, no debe pasar desapercibido que las altas exigencias de estricto cumplimiento de formalidades y celoso respeto por los procedimientos contenidos en los sistemas de normas administrativas que regulan las contrataciones y concesiones públicas, que a diario se observan en las sedes de las fiscalías y tribunales penales, mantienen un notorio contraste con el sistema peruano de ejercicio de la función pública, caracterizado por sus altas cuotas de informalidad en vastos sectores y entidades públicas, principalmente en aquellos donde la periódica voluntad ciudadana renueva periódicamente los cuadros políticos de las entidades públicas y con ello los cuadros técnicos, lo que dificulta seriamente la permanencia y funcionalidad de estructuras sólidas de un funcionariado bien estructurado, a lo que se agrega las notas características del caciquismo, voluntarismo y mínima o nula preparación en sistemas de contratación del personal administrativo de gobiernos regionales y locales; condiciones estas que no permiten una relación de congruencia con las referidas altas exigencias de comportamiento funcional.

Las irregularidades, anomalías, defectos, es decir, las circunstancias indeseables que, por lo general, son comunes y se presentan a menudo en las interacciones humanas, son particularmente remarcadas en el ámbito de las contrataciones en dos planos bien definidos normativamente, aunque no siempre suficientemente diferenciables: el administrativo y el plano valorativo penal. Lamentablemente, los reglamentos de contrataciones y concesiones ni las directivas o infranormas se han detenido a normativizar y dar pautas de ponderación sobre la presencia ocasional o sistemática de tales alteraciones del curso normal de los acontecimientos inherentes al tracto sucesivo de dichas actividades públicas, lo que ha dejado un amplísimo marco de apreciación y valoración discrecional a disposición de los operadores jurídicos: auditores, contralores, procuradores, fiscales y finalmente jueces, que ha generado un no siempre técnico y correcto esquema de apreciación jurídica de las irregularidades en el marco de la contratación pública.

Hay que destacar, en la jurisprudencia nacional, la Sentencia de Casación N° 841-2015, del 24 mayo de 2016, una de las primeras aproximaciones puntuales dedicadas al estudio de las anomalías administrativas en la contratación pública. Jurisprudencia, sin embargo, limitada a las contrataciones que se realizan en situaciones declaradas formalmente en emergencia, que es donde, considera la Corte Suprema con rango de exclusividad, resulta posible la regularización o corrección ulterior de defectos (contratación directa, incumplimiento de plazos, etc.) que háyase producido en el tracto contractual, sin que pueda analógicamente extenderse dicha flexibilización/exoneración normativa al resto de contrataciones(684).

La jurisprudencia de la Sala Penal Permanente sostiene que las contrataciones públicas (en todas sus expresiones) en situación de emergencia (por acontecimientos catastróficos, de grave peligro o en situación de afectación a la seguridad nacional y la defensa) son las únicas que admiten regularización, en un plazo de 10 días de adoptada la compra directa, el servicio o el inicio de la ejecución de la obra, tomando aquí la normativa de ley de contrataciones como fuente de sus afirmaciones. Obviamente que es una consideración formal que –sin las flexibilidades que cada caso amerite– puede llegar a apartarse de los criterios de realidad y objetividad, para optimizar y enfatizar una política judicial fuerte que puede llegar a ser indiscriminada e irrazonable en la lucha contra la corrupción (en sentido lato), ya que se parte de dogmas que no permiten ponderación de circunstancias, cediendo así a formalidades muchas veces ilusorias de la norma

(684) Véase considerando octavo y siguientes de la Sentencia de Casación N° 841-2015 citada.

de contrataciones, en un país con ancestrales anomalías en el funcionamiento de la Administración Pública, con lo cual se puede llegar a generar excesos o actos de injusticia en el abordamiento de las irregularidades.

Sin embargo, en otra ejecutoria suprema, la jurisprudencia asume la irrelevancia penal de las irregularidades administrativas, las que son además ponderadas en atención a la conducta ulterior llevada a cabo por los funcionarios: "Del análisis de autos, relativo a la responsabilidad penal de los procesados es del caso precisar que no se ha acreditado en forma fehaciente que haya existido concertación entre los procesados acusados; no obstante, sí se ha determinado que existen faltas de carácter administrativo, dado que al constatarse el incumplimiento por los contratistas, de inmediato se interpusieron las acciones legales para recuperar los caudales pertenecientes al Estado"(685).

No solo en los procesos de contratación declarados formalmente en emergencia se pueden producir anomalías, sino que estas, por lo común, suelen presentarse en la mayoría de contrataciones públicas que se manejan bajo rangos diversos de informalidad o formalidad no profesionalizada, es decir, en vastos sectores del territorio nacional, donde el Estado tiene presencia precaria y en otros incluso carece de presencia efectiva. Lo que posibilita entender que las anomalías, defectos o irregularidades son de dos clases: (i) las generadas por deficiencias del sistema administrativo en multiplicidad de causas (factores estructurales, negligencias, errores, ligerezas, actos externos, circunstancias de fuerza mayor, etc.), sin que tengan o admitan sentido penal, cerrándose o completando su ilicitud en sí mismas, sin alcanzar tipicidad o admitiendo justificación en casos graves; estas anomalías son objeto de control y tratamiento por los órganos internos administrativos de la entidad pública o, en casos de mayor entidad, por la Contraloría de la República, pudiendo generar sanciones disciplinarias; (ii) las que se encuentran en una lógica de instrumentalización de las anomalías en función de quebrantamiento de las expectativas públicas protegidas con los delitos funcionariales, por lo mismo, en la perspectiva de planes delictivos. Es esta segunda especie de alteración intencional y anómala del curso de las contrataciones, con aprovechamiento doloso de las mismas, a las que pertenece el mundo de la relevancia penal de la irregularidad inicialmente administrativa, espacio este último donde tienen plena vigencia las pautas jurisprudenciales anotadas en numerosas resoluciones por las salas penales de la Corte Suprema para articular prueba indiciaria en delitos como los de colusión, peculado, entre otros; indicios

(685) R. N. N° 4678-2006-Madre De Dios, del 18/03/2018, Sala Penal Permanente.

que adquieren suma importancia ante la ausencia de prueba directa para sustentar imputaciones penales (en delito de colusión) apoyadas en una **suma de anomalías**, por ejemplo: (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más 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, subsanaciones o regularizaciones ulteriores en la elaboración de los documentación–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, a determinados proveedores–; y (iii) si los precios ofertados y aceptados fueron sobrevalorados, o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado (ejecutoria suprema R. N. N° 1722-2016 Del Santa, del 23 de enero de 2017, Sala Penal Transitoria).

Irregularidades que, elevadas a la calidad de indicios, sirvieron, en otro caso de colusión para que la Corte Suprema efectuara la siguiente interpretación/valoración: "La prueba documental como la prueba pericial son contundentes. Denotan un concierto entre el alcalde y los miembros del Comité Especial con el titular de la empresa. De otra forma, no se explican tantas irregularidades, como no permitir la postulación de dos empresas, colocar a una indebidamente sin que hubiera participado, no respetar los tiempos para consolidar la participación de las empresas interesadas, no suspender el procedimiento ante la impugnación, aceptar una carta fianza notoriamente ilegal, y autorizar unos adelantos legalmente inadmisibles. Son indicios graves que articulados entre sí revelan un concierto punible en agravio del Estado y un patente incumplimiento de las funciones públicas. No existe prueba en contrario"[686].

Pariona Arana ha dedicado, en el estudio del tema, importantes reflexiones al respecto, así señala: un aspecto cuestionable en la práctica jurisdiccional es la consideración de que la sola acreditación de vicios o irregularidades en los procesos de contratación pública es suficiente para demostrar la concertación en el delito de colusión: esto es incorrecto y contraviene las garantías del debido proceso, concretamente, el principio

(686) Ejecutoria suprema del 09/10/2018, R. N. N° 2579-2017-Áncash, Sala Penal Permanente.

constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba y el principio de imputación necesaria o suficiente(687).

Resulta de interés la precisión probatoria sobre los elementos del tipo penal efectuada por la jurisprudencia penal de la Corte Suprema, cuando(688) llega a decir que la prueba de los elementos típicos no se puede desprender de los defectos administrativos, sino que deben existir elementos probatorios fuera del procedimiento administrativo, que permitan comprobar el quebrantamiento de un deber administrativo. Si estos elementos son acreditados, entonces los defectos administrativos pueden adquirir un significado penal, mientras tanto carecerán del mismo.

La **jurisprudencia y la doctrina española** abonan igualmente la tesis de que no cualquier irregularidad o infracción de la normativa sobre contratación supone un comportamiento delictivo. Así, en la STE del 18 de junio de 1992, la irregular opción por la contratación directa, aunque suponga el pago de un precio superior al que hubiese resultado de la concurrencia de otras ofertas, no implica que se haya cometido el delito si no consta el ánimo de defraudar al ente público(689).

En escenarios de irracional absolutización de la lucha anticorrupción, la que se expresa con las frases "caiga quien caiga", "corrupción cero", esto es, cuando los jueces mesiánicamente se consideran justicieros agentes anticorrupción, compelidos por decisiones politizadas, mediáticas o institucionales, no se suele hacer este tipo de diferenciaciones, con lo que se producen cuadros de aplicación maximalista del *ius puniendi* y se pervierte la justicia penal, aplicándose sin límites y desmesuradamente.

VI. TIPICIDAD OBJETIVA

Integran la tipicidad objetiva normativa del delito de colusión ilegal en sus variantes de peligro y de lesión los siguientes componentes comunes a ambas modalidades: (i) la calidad de funcionario que actúa directa o indirectamente, por razón del cargo; (ii) el comportamiento típico: la concertación ilegal entre funcionario e interesado; (iii) el objeto de protección;

(687) Pariona Arana, Raúl: *El delito de colusión*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 95. En esta publicación Pariona efectúa un recuento de numerosas decisiones de la Corte Suprema, que permiten establecer distinciones entre irregularidad administrativa de las de contenido penal.

(688) Sentencia de Casación N° 845-2015-Ayacucho, de fecha 24/05/2016, considerando 26.

(689) Etxeberria Zarrabeitia, citado por Crespo Barquero, Pedro y Camarero González, Gonzalo: "Delitos contra la Administración Pública", en Del Moral García, Antonio (director): *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Granada, Editorial Comares, 2018, p. 2636.

las contrataciones públicas –concesiones-operaciones–; y (iv) la defraudación patrimonial potencial.

Como resulta evidente, el delito de colusión desleal tiene como base administrativa una abundante gama de relaciones contractuales en las que el Estado (en sentido amplio, las reparticiones públicas, incluidas las empresas públicas) es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le proveerán obras, bienes o servicios, y, por otro lado, juega el rol de agente económico en la serie de actos mediante los cuales ingresa (o ingresó) al mercado de bienes y capitales en el marco de su actividad de gestión pública de los distintos procedimientos de contratación. En ambos contextos, la actividad administrativa existe, antecede y le es previa al ámbito de la relevancia penal; más aún, la justicia administrativa y la jurisdicción arbitral juegan roles de gran importancia a efectos de filtrar las causas que finalmente lleguen al fuero penal. Lamentablemente, como se señalaba la *prima ratio,* ha cedido ante la inusitada frecuencia de comisión de este delito.

Los componentes materiales del tipo reúnen diversos elementos normativos de naturaleza administrativa extrapenal (adjudicaciones, contrataciones, concesiones, operaciones) en torno al comportamiento del funcionario o servidor público y del interesado, resumiéndose el núcleo rector en el acto de concertación entre funcionario-servidor público e interesado.

1. El funcionario o servidor que interviene por razón del cargo

Sobre el componente normativo funcionario o servidor público ya hemos tenido oportunidad de referirnos al abordar el ítem del sujeto activo. El sujeto público se halla vinculado con las contrataciones, concesiones y operaciones "**por razón del cargo**", vinculador funcional que tiene plena aplicación para los funcionarios que intervienen directa o indirectamente sin efectuar delegación de atribuciones; esto último, en la medida que la ley lo permita. Por "razón del cargo" comprende a la actuación sobre la base de las atribuciones regladas específicas –en norma interna o en la legislación administrativa de contrataciones/concesiones– como por competencias asumidas o distribuidas por autoridad competente.

Al respecto, en la doctrina se ha dicho que resulta una exigencia bastante rígida, pues usualmente quienes intervienen directamente no siempre lo hacen por mandato del cargo, sino por designación superior, es decir, sin que necesariamente el ámbito de atribuciones regladas contemple dicha intervención. Así, en la doctrina española, que emplea también la frase "*interviniendo por razón de su cargo*" en el artículo 436 de su Código Penal,

Catalán Sender señala que bastará con que la competencia para intervenir sea genérica, sin que deba estar atribuida concreta y muy específicamente en una norma legal para el sujeto activo (...) no se exige que sea por medio de una resolución, sino bastará que se intervenga con un mero informe (ilegal y doloso) u otro acto de trámite(690). Opinión doctrinaria que encuentra eco en la jurisprudencia española; así, la sentencia del tribunal supremo (STS del 26 de setiembre de 2013- RJ 2014, 1832) que alude a *que no cabe alegar que el concierto previsto en el tipo no tiene un objeto posible por el hecho de que el funcionario en cuestión no tenga competencias para ejecutarlo, cuando existe un acuerdo con los funcionarios que tienen dicha competencia.*

Por cierto que tal flexibilización tiene límites, así no será asimilable en ella las intervenciones inmotivadas, antojadizas o por el solo deseo de "ayudar" o autoproponerse, siempre deberá existir un título mínimo que valide formalmente dicha intervención. Contrarresta y compensa esta tendencia a relajar la formalidad del "por razón del cargo" la exigencia de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema peruana de considerar que el sujeto activo del delito deberá poseer capacidad de decisión.

Intervención directa e indirecta. El legislador ha querido cubrir la totalidad de funcionarios y servidores públicos que por razón del cargo participan en los procesos de contratación, concesiones y operaciones a cargo del Estado, en calidad de autores o coautores. Intervienen directamente desde los integrantes del "comité de selección" o el área usuaria, hasta quienes dan sus aportes decisorios en la suscripción del convenio y los que tienen a su cargo la gestión de la ejecución contractual, la supervisión, entrega de la obra, liquidación y los pagos. Intervienen indirectamente el titular del pliego y las gerencias generales, cuando siendo competentes para intervenir se valen de terceras personas, salvo cuando deciden determinados momentos de la relación contractual, en la que son autores directos. Interviene indirectamente el funcionario público que, manteniendo vinculación, con carácter decisorio, con la contratación lo hace desde otra esfera administrativa de la entidad o por fuera de ella, dada la compleja y extensa red de interacciones que existe en el marco de contrataciones públicas(691). Constituye igualmente intervención indirecta cuando el funcionario o servidor,

(690) Catalán Sender, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, cit., p. 309.

(691) Al respecto, Mir Puig. En su obra *Los delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 336, señala: no es necesario que el funcionario o autoridad pertenezca al ente público al que se pretenda defraudar, basta con que deba intervenir por razón de su cargo en un proceso de contratación o liquidación del que se puede derivar un perjuicio para un ente público.

obligado por el cargo, función o atribución específica a estar presente en el proceso de contratación, sin embargo, se sirve de otros funcionarios o servidores que son colocados *ex profesamente* –por lo mismo, cumplen con un título habilitante mínimo– en los órganos de contratación o de seguimiento ejecutivo. Es realmente discutible que la delegación de funciones, ajustada a legalidad, configure intervención indirecta(692), dado que la delegación excluye la intervención del funcionario en la contratación, salvo que se quiera con ello aludir a delegaciones simuladas, a través de las cuales el funcionario delegante controla la actividad funcional de los funcionarios delegados o comisionados, y, por lo mismo, los actos de concertación ilegal.

La intervención directa o indirecta está condicionada a la presencia de aportes sustentados en las competencias específicas derivadas del cargo o función (igualmente específica) o delegación desempeñada, de modo que la sola calidad de titular del pliego (gobernante regional, alcalde, ministro, Defensor del Pueblo, etc.) será insuficiente para abonar una autoría indirecta. En dicha línea de análisis, por ejemplo, si un alcalde municipal, no vinculado funcionalmente, define el éxito ilegal de la contratación u otros vinculados con la contraparte contratante, esto es, mediante acuerdos ilícitos con el interesado, el supuesto fáctico no podrá configurar para él autoría directa o indirecta de colusión, dada la inexistencia de conexión funcional, sin perjuicio de considerarlo instigador de colusión o cómplice en dicho delito en concurso con actos de corrupción pasiva.

Intervenciones directas e indirectas, apreciadas conjuntamente, que sean determinantes para configurar la conducta típica de concertación ilegal, ya sea en la fijación de un momento administrativo decisivo o en varios de ellos, deberán estar orientadas en perjuicio del ente público. Por fuera de este delimitador de tendencia requerido por el tipo penal, la tipicidad será insuficiente.

Las intervenciones indirectas de otros funcionarios o servidores, de escasa entidad para contribuir al acto de concertación o por su falta de idoneidad para poner en peligro el bien jurídico, constituirán actos de complicidad secundaria o, de acuerdo a la intensidad subjetiva y específica del aporte, actos de instigación.

2. La concertación ilegal

La jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema ha sido enfática al sostener que la conducta típica del delito es la concertación ilegal

(692) Véase Pariona Arana, Raúl: *El delito de colusión*, cit., p. 53.

suscitada entre el funcionario/servidor público con el interesado. Ha agregado que la misma no puede ser más que de naturaleza comisiva, pues por las propias características de la acción defraudatoria esta no puede cometerse a través de omisiones. Igualmente ha precisado que "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"[693].

El significado de la concertación, su naturaleza, contenido y finalidad son aspectos decisivos a tomar en cuenta para dotar de interés penal a la única y exclusiva conducta típica del delito de colusión, como ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema, válida tanto para el primer como para el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal. Cabe decir que es poco relevante que la iniciativa para concertar ilegalmente surja del funcionario vinculado o del interesado, al igual que el momento –en los diversos momentos administrativos de la contratación, concesión u operación– en que se produce, con la condición de que ella se practique entre personas institucionalmente con capacidad de decisión y tenga idoneidad para poner en peligro el bien jurídico o lo lesione efectivamente. Hay que precisar igualmente que el tipo penal 384 del Código Penal ha utilizado el componente "interesados" en plural, para dar cuenta con ello de que la referencia no es a una única persona que actúa como contraparte del funcionario/servidor en los conciertos fraudulentos, permitiendo entender que la representación del interesado puede ser diversa a lo largo del tracto contractual, es decir, el interesado puede asumir diferentes nombres y roles específicos en el marco global de representante de la contraparte en la contratación, al igual que en el caso del representante de la entidad pública.

Concertar, en su acepción general, es sinónimo de acordar, pactar, ajustar o, mejor aún, de llegar a un acuerdo o arreglo, pues esta palabra denota una relación dialógica y progresiva en el tiempo, nunca unisubjetiva ni estática entre dos o más personas para llevar a cabo determinados cursos de acción o llegar a resultados. Nada más adocenado e infantil que equiparar el sentido del verbo rector con la expresión "conversar". El concierto es la unión o conjunción de voluntades para una finalidad concreta, de forma adecuada a derecho o contrario a legalidad, para optimizar algo o para dañarlo. El concierto por sí solo y por sí mismo no tiene valoración negativa. Es más, funcionarios y representantes de los contratistas constantemente llevan a cabo conciertos o acuerdos en el –por lo general– largo

(693) Véase ejecutoria suprema del 05/09/2017, R. N. N° 126-2017-Áncash, del 05/09/2017. Sala Penal Permanente.

y dilatado tracto contractual a los efectos del buen desarrollo de la gestión de los procesos de contratación; por cierto, que la Administración es la que fija las reglas, pero estas no regulan todos los espacios posibles de conflictos menores o intermedios en los que resulta necesario que funcionarios e interesados lleguen a acuerdos de solución con la parte contratista o concesionaria. Esto permite entender por qué, en el marco de tipicidad del delito de colusión, se utiliza, en la interpretación penal, la frase colusión desleal, ilegal o defraudatoria y no simplemente colusión.

Ahora bien, "concierta ilegalmente" –escenario negativo de valoración– el funcionario que acuerda o pacta con otro funcionario o tercera persona llevar a cabo comportamientos lesivos a los intereses, en sentido amplio, de la Administración Pública. Esto pone ya de manifiesto que pueden existir concertación en múltiples materias funcionales y en diferentes entes públicos, así como en actividades privadas; por ejemplo, de funcionarios/servidores con los interesados en el marco de las contrataciones, en el Congreso de la República para la aprobación de leyes, en Indecopi, municipalidades, entre fiscal y procesado para afinar un principio de oportunidad o una terminación anticipada, en la reprogramación de deudas en el ámbito financiero privado, etc., donde la concertación ilegal del artículo 384 es solo una especie particular de comportamiento –altamente descalificada social y normativamente– que ha sido criminalizada (tipificada) y penalizada.

Concierta ilegalmente –en el sentido penal del delito de colusión, esto es, rebasando el ámbito de relevancia administrativa–, en el marco de las contrataciones y concesiones públicas, el funcionario o servidor vinculado que actuando por razón del cargo, directa o indirectamente, pacta o llega con el "interesado" a acuerdos dolosos, poseedores de idoneidad suficiente para poner en peligro el bien jurídico protegido, bajo cualquier modalidad concreta y en cualesquiera de los momentos de la contratación pública, concesiones u operaciones (objetos normativos de protección penal)[694]. La

(694) Por ser ilustrativas, revísese las ejecutorias supremas del 7 de abril de 2009, R. N. N° 1719-2007-Puno, Sala Penal Transitoria ("Que, respecto al delito de colusión, debe señalarse que se encuentra probada su comisión, toda vez que los procesados han actuado de forma irregular, pues las operaciones las han realizado sin el menor cuidado, evidenciándose, por el contrario, el interés de que esta se concrete, obviando formalidades y otorgándole al proveedor ventajas económicas que desprotegían totalmente los intereses de la Municipalidad agraviada, generando con ello un perjuicio económico"), del 18 de abril de 1994, Exp. N° 143-93-Ica y la del 15 de abril de 1993, que versan sobre colusiones defraudatorias al haberse omitido convocar a licitaciones públicas. Véase igualmente un caso de inexistencia de colusión defraudatoria con adjudicaciones directas, cuando los supuestos pagos indebidos a los interesados se originaron por la diferencia cambiaria de la moneda al momento del pago (ejecutoria suprema del 9 de mayo de 1997, Sala C, Exp. N° 4159-95-Lima, en conformidad con el dictamen fiscal supremo).

importancia de la concertación en el escenario de las contrataciones públicas ha sido particularmente destacada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, de modo que será atípica por delito de colusión de producirse por fuera de los elementos normativos establecidos en la norma penal(695).

La concertación ilegal, en tanto conducta típica en la que incurre el funcionario/servidor público vinculado, posee características de deslealtad a la Administración Pública y confabulación contra los intereses generales a los que está destinado gran parte del patrimonio público y, desde los aportes del interesado, un evidente ataque contributivo a los valores institucionales contenidos en el bien jurídico protegido. No es una colusión a secas –en el erróneo entendido de que ella absorbe ya al sentido fraudulento requerido por el tipo penal–, tampoco una concertación normativa, como a veces se quiere reducir/desnaturalizar su significado(696).

La tesis de normativizar la conducta típica de la concertación ilegal sin duda que es una atrevida propuesta para subjetivizar la realidad del hecho típico, para sustituirlo por valoraciones fiscales/judiciales, esto es, por consideraciones valorativo-subjetivas, sustentadas en el hecho de que dicha sustitución sí posibilitaría una eficaz lucha contra la corrupción, "no sería un retroceso"; sin duda que este argumento de eficacia está reñido con los principios de legalidad y seguridad jurídica, por lo mismo, resulta inconstitucional y subjetivizado(697). La concertación requiere de dos suje-

(695) La ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2015, R. N. N° 341-2015-Lima, Sala Penal Permanente, señala en su sumilla: "El delito de colusión exige que el acuerdo defraudatorio se realice en el marco de la contratación pública. En el presente caso, la conducta de los encausados no se enmarca en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, sino en un proceso de regulación tarifaria en el cual no se efectúa negociación alguna de afectación patrimonial estatal, por lo que no se configura el delito imputado".

(696) Véase al respecto, Arisméndiz Amaya, quien considera que, ante la alta dificultad de probanza del concierto o pacto colusorio, *"pretender sustentarlo desde una perspectiva natural o fenomenológica como un acuerdo de voluntades resulta un retroceso o freno en la lucha contra la corrupción"*, por lo que postula considerarlo en un "prisma normativo", es decir: *"La concertación no puede ser entendida como elemento descriptivo del tipo penal –los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron y lograron conocerse fenomenológicamente, concretando el acuerdo espurio con un apretón de manos y un brindis– el concertar tiene que dotárselo de contenido jurídico, es decir como elemento normativo del tipo penal"*. Agrega dicho autor que *el juez deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, dotándole de contenido jurídico a las diversas evidencias e indicios adquiridos en la etapa de investigación*. Arisméndiz Amaya, Eliu: *Manual de delitos contras la Administración Pública. Cuestiones sustantivas y procesales*, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 407-411.

(697) En la propuesta de Arisméndiz hay una serie de puntos a destacar. *Primero*, se identifica al mismo nivel de significatividad jurídica una pretensión persecutoria de mayor eficacia en la lucha contra el delito con una base jurídico-normativa que informa del sistema del hecho punible, dos realidades jurídicas distintas aunque comunicables, por cierto, pero en planos diferentes, lo que afecta en el escenario lógico tal discurso; en *segundo lugar*, se hace derivar de las dificultades probatorias

tos colocados en ángulos distintos de la contratación, no es posible que ella exista en su sentido penalmente relevante del artículo 384 si se da solo entre funcionarios y/o servidores públicos, o solo entre contratistas. La concertación requiere dos agentes institucionales con capacidad de afectar el bien jurídico, por lo mismo, dotados de facultades de decisión, cualquiera sea el momento significativo que les toque intervenir. No será posible concertación ilegal entre cómplices primarios o secundarios, o entre un cómplice secundario y un funcionario vinculado, o solo entre sujetos públicos, o, lo que es peor, prescindiendo del aporte de la otra parte que forma la relación bilateral exigida por el tipo penal de colusión, sea que se trate del interesado o del funcionario. En este último caso, es bastante ilustrativo lo resuelto por la Corte Suprema cuando, **en vía de acción de revisión**, absolvió a los funcionarios condenados por delito de colusión, al haberse absuelto al interesado o representante de la empresa con quien, según la sentencia de condena de primera y segunda instancia (cuyo recurso de casación fue inadmitido), se habrían coludido los autores funcionarios. Precisó la Sala Penal Permanente que la absolución del interesado supone igualmente la de los funcionarios públicos considerados autores del delito[698].

---

para acreditar el acuerdo colusorio la necesidad de sustituir la conducta típica que recoge el tipo penal 384 del Código Penal peruano, para reemplazarla por valoraciones fiscales/judiciales. Esto último, sin duda, es la más cara aspiración de un voluntarismo fiscal/judicial que representaría el eclipsamiento de la seguridad jurídica, en tanto abierto quebrantamiento del principio de legalidad. En *tercer lugar*, la noción "elemento normativo" o el afán normativizador no es un concepto jurídico dogmático o una nivelación dogmática que pueda utilizarse abierta e indiscriminadamente por fuera de su significado jurídico en materia penal; en *cuarto lugar*, aceptar dicha propuesta significaría una radical transformación de la teoría del delito, en la que el tipo penal no jugaría ya su filtro de límite a los probables abusos en la valoración subjetiva del fiscal y del juez, quienes podrían, a su criterio, configurar la conducta típica del delito de colusión y, por qué no, del resto de figuras penales especiales si registran dificultades de prueba, lo cual nos regresaría a la edad de piedra del Derecho Penal. ARISMÉNDIZ complementa su propuesta voluntarista con referencias a la vaga noción, cara al funcionalismo normativista, de la defraudación de expectativas normativas, en tanto bien jurídico en el delito de colusión y la alusión a la autoritaria tesis de "los roles" y la sociedad como un "sistema integrado por equivalentes funcionales". Sin embargo, luego de utilizar (en cierto modo) ideas funcionalistas jakobsianas para criticar el "ontologismo fenomenológico" del pacto colusorio, utiliza un constructo de Jürgen HABERMAS desarrollado en su obra *Teoría de la acción comunicativa* –más kantiano que hegeliano– para concluir que el acto de concertar es la comunicación entre el sujeto calificado (*intraneus*) y los interesados, entendiéndose por comunicación al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol asumido en la sociedad, con lo cual ARISMÉNDIZ retorna a la mesura argumentativa y a compartir, aunque no lo admita, la tesis de que el acuerdo colusorio es un dato de realidad que constituye la conducta típica, no así las discutibles valoraciones antifenomenológicas de algún fiscal o juez justiciero interesado –por lo mismo subjetivizado– en acabar con la corrupción.

(698) Revisión de Sentencia N° 164-2011, NCPP, Ayacucho, del 25/09/2013, Sala Penal Permanente, fundamentos 11 y 12.

No serán penalmente relevantes, por el artículo 384 del Código Penal, concertaciones posteriores a la culminación de la contratación, concesión u operación, al haberse consumado ya el delito; tampoco serán típicas concertaciones ilegales entre funcionario o servidor no vinculado por razón del cargo con el interesado o con persona diferente al interesado.

La concertación del artículo 384 del Código Penal tiene así una naturaleza propia y singular, que la diferencia del concierto propio, por ejemplo, del delito de cohecho bilateral mediante aceptación/recepción, que supone también la presencia de un pacto ilegal, y de otras tipologías penales. En ambos casos, el concierto no está reconocido por el ordenamiento jurídico ni se puede fundar normativamente en lo dispuesto o derivado en norma jurídica alguna, aunque en una lectura negativa es la negación absoluta de los roles del funcionario/servidor público. Se trata de un concierto en la gestión administrativa de los procesos de contratación orientada a afectar el patrimonio público (colusión), y de un pacto cuya finalidad es violentar la imparcialidad en la toma de decisiones jurisdiccionales (cohecho pasivo), que expresa una privatización de la función por parte del sujeto público.

En suma, la valoración del acto o actos de concertación colusoria va a requerir de parte del juez, necesariamente, de un juicio crítico, de un esfuerzo de ponderación para apreciar su naturaleza, contenido y finalidad.

Podemos resumir en tres los elementos que configuran la concertación ilegal del artículo 384 del Código Penal: naturaleza, contenido y finalidad.

Naturaleza de la concertación. La concertación del delito de colusión posee una naturaleza, ilegal y dolosa. Su ilegalidad se pone de manifiesto, en primera línea, al ser una transgresión a las atribuciones propias del cargo desempeñado que, en representación de los intereses de la Administración Pública, le obligan al funcionario y servidor optimizar el interés general en el marco de las contrataciones, concesiones y operaciones en las que interviene el Estado como parte.

La legalidad de la intervención del funcionario/servidor está fundada en un conjunto de normas administrativas, que hilvanan tanto las inherentes al cargo y la función como las señaladas por la normativa propia de contrataciones y de concesiones, como por las menciones específicas de la ley de presupuesto, entre otras. Por lo mismo, la ilegalidad de la concertación del delito de colusión comprende igualmente la oposición o la inobservancia a dichos bloques normativos administrativos preexistentes.

La naturaleza dolosa de la concertación va a significar el conocimiento que tiene el funcionario o servidor de la ilegalidad de la misma, en

vinculación con los otros componentes del tipo penal 384: que se escenifica en el marco de la contratación pública en sentido amplio, del pacto con el interesado y de la orientación de dicho comportamiento.

El engaño no constituye componente típico expreso del delito, sin perjuicio de que en determinados casos acompañe a las maniobras de concertación ilegal del funcionario o el interesado, o por ambos conjuntamente.

La sola ilegalidad de la concertación no será suficiente para que se configure dicho componente típico. Se requiere ir completando las notas saltantes de dicho comportamiento desvalorado para poder articularlo. La sola ilegalidad carece todavía de la significatividad global requerida por un delito que se caracteriza por ser un ilícito fraudulento contra los intereses patrimoniales de las entidades públicas.

Contenido de la concertación. La concertación ilegal del artículo 384 del Código Penal es un constructo fáctico de interés penal en el que dos agentes institucionales –el funcionario o servidor, en su calidad de representante de la entidad pública; y el interesado, en su calidad de representante del postor, concesionario o contratista– llevan a cabo acuerdos o pactos ilegales, donde los acercamientos unimodales o multimodales, únicos o progresivos desde ambas perspectivas situacionales, por sí solos son insuficientes para configurar el comportamiento típico. El acuerdo ilegal doloso es generalmente clandestino o subrepticio[699] y es la expresión concreta de la concertación ilegal, la que es poseedora de una orientación defraudatoria en sentido patrimonial contra los intereses del Estado; única posibilidad para que la concertación sea subsumible, en tanto relación de correspondencia, como conducta típica requerida por el artículo 384 del Código Penal. La orientación defraudatoria no está pensada en función de que una parte simule o engañe a la otra, sino en la perspectiva de afectación a la entidad pública.

Conforme la jurisprudencia penal española, la forma específica de concertarse consiste en ponerse de acuerdo en la conjunción de dos o más voluntades, no basta con la mera solicitud del funcionario, sino que tiene que llegarse necesariamente al acuerdo (STE del 14 de mayo de 1994, STE del 16 de febrero de 1995).

(699) Así, entre varias, véase la ejecutoria suprema del 16 de junio de 2003, Exp. N° 3611-2002-Huánuco.

Su contenido no puede estar informado por valoraciones fiscales judiciales(700), menos que pueda constituir elemento normativo del tipo(701), más allá de que deba ser objeto de valoración fiscal y judicial, pues en ese entendido desaparece la conducta típica y se convierte el delito de colusión en una suerte de instrumento de persecución abierto a todo tipo de elucubraciones fiscales o judiciales, bajo el argumento de su pretendida naturaleza normativa. En cambio, el contenido de la concertación da cuenta de dos elementos: *en primer lugar*, de la plurisubjetividad de sus agentes, esto es, de dos personas, como mínimo, poseedoras de representación institucional distinta, con capacidad de decisión en sus respectivos ámbitos institucionales; *en segundo término*, de un componente objetivo material: los pactos o acuerdos, que trasmiten el mensaje comunicativo de la defraudación al Estado. Acuerdos que no requieren estar formalizados o constar de documento alguno, pero que expresan una decidida y voluntaria actitud de privatizar la función. Este contenido está delimitado así por un componente plurisubjetivo de dos sujetos, con estatus y calidades diferentes, y por otro signado por su aspecto material-objetivo, siendo ambos determinantes para configurar la naturaleza de participación necesaria y de encuentro de la colusión ilegal. El contenido plurisubjetivo que dota de contenido funcional personalizado a la concertación impide que esta pueda articularse si los sujetos pertenecen solo a alguna de las partes contratantes: dos o más funcionarios o servidores, dos o más representantes del contratista; situación que generaría atipicidad por delito de colusión, pudiendo analizarse el caso con base en la hipótesis legal de estafa.

Los actos de concertación, por lo general, son **clandestinos**, subrepticios, soterrados; sin embargo, dichos actos no siempre adquieren tal configuración, ya que en determinados casos la clandestinidad puede estar ausente, lo que sucede en escenarios en los cuales el copamiento de las entidades públicas y la ausencia de los controles administrativos ha generalizado practicas

(700) Véase tal criterio en Arsiméndiz Amaya: *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Lima, Instituto Pacífico, 2018, p. 407. Interesantes desarrollos analíticos sobre la concertación y su aptitud lesiva véase en Beteta Amancio, Espitz Pelayo: "El desvalor de la conducta de 'concertación' en el delito de colusión. A propósito de la Casación N° 661-2016, PIURA", en *Gaceta Penal*, Tomo 100, octubre 2017, p. 147 y ss.

(701) Véase Márquez Alvis, Jorge Eduardo: "¿Es posible imputar como autor de colusión al funcionario que fácticamente no interviene en el pacto colusorio?", en *Gaceta Penal*, Tomo 91, enero, 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 162. Márquez Alvis, compartiendo la idea de que el acuerdo colusorio es un elemento normativo del tipo –también expuesta por Arisméndiz–, participa de la idea de comprender a todos los funcionarios que no participaron del acto de concertación ilegal, pero que indirectamente se adhirieron a él, a efectos de considerarlos igualmente autores; tesis a la que considero, aparte de técnicamente errónea, voluntarista y subjetivizada e inserta en una lógica de máxima injerencia punitiva, que bajo el pretexto de evitar impunidad podría violentar derechos y garantías.

anómalas y festinamientos dolosos e ilegales de la cosa pública. Por cierto que la clandestinidad, en tanto característica de los conciertos ilegales entre funcionario público e "interesado", propicia con más énfasis la consolidación de lógicas corruptas de funcionamiento de las interacciones público-privadas y genera mayor impunidad; característica de opacidad que la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha encargado de precisar. Así, *"Para la configuración del delito de concusión en la modalidad 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 el Estado, c) mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial"*(702). Los actos de concertación son por definición maniobras de engaño, que en una lógica de fraude se orientan a afectar el patrimonio público potencial o efectivamente(703). Sin embargo, la clandestinidad en la que generalmente se producen los actos de concertación ilegal no puede sustituir la necesidad de acreditar dichos actos, no es un sucedáneo de la conducta típica, de forma que baste afirmar que debido a su clandestinidad tales actos se dan por presumidos en su existencia material probatoria, o que determinadas irregularidades *per se* dan cuenta de su existencia.

Redundando, la concertación ilegal se construye en su significado penal con acuerdos o pactos, no con la sola propuesta, acercamientos o solicitud de una de las partes de la relación contractual para llegar a un acuerdo ilegal, situación que podría generar, de ser el caso, hipótesis de cohecho(704). Los representantes institucionales, el funcionario de la institución positiva "Administración Pública", el interesado de la "entidad empresarial" o del consorcio o a nombre propio en contratos menores, requieren intervenir –por exigencias del tipo penal– en el concierto ilegal, ya directa o indirectamente, para que a través de sus actos o comportamientos se aprecie objetivamente el contenido y la finalidad del concierto, la constitución y

(702) Ejecutoria suprema del 16/05/2003, Exp. N° 3611-2002-Huánuco. Véase en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal,* cit., p. 176. La ejecutoria suprema del 29/10/2018, R. N. N° 224-2018-Pasco, del 29/10/2018, Sala Penal Permanente, indica: "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".

(703) Al respecto, consideraciones críticas sobre el engaño en el delito de colusión en CASTILLO ALVA, José Luis: *El delito de colusión*, cit., pp. 110 a 113.

(704) Véase CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo: *La corrupción en la contratación administrativa*, cit., p. 343. En el caso de dichos delitos, dice CASTRO CUENCA, de llegarse a cumplir los demás requisitos para la comisión de estas conductas punibles.

tendenciosidad del plan criminal llevado a cabo entre ambos para defraudar el patrimonio público. En la jurisprudencia comparada se ha llegado a flexibilizar, incluso, el grado de desarrollo que debe lograr el acuerdo ilegal para afirmar que es suficiente que se acredite el acuerdo sin que sea necesario un *iter* ejecutivo en el fraude. Así, varias sentencias del Tribunal Supremo español, de conformidad a su legislación penal, nos refieren "*el delito de fraude a la Administración como un delito de mera actividad que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude sino la simple elaboración concordada del plan criminal, con la finalidad de llevarlo a cabo; razón por la que cierta doctrina destaca que una denominación más acertada para este ilícito será la de concierto para el fraude a la Administración*"(STS N° 884/2013, del 18 de noviembre; ídem, STS N° 394/2014, del 7 de mayo; y STS N° 673/2016, del 21 de julio).

Finalidad. El comportamiento de ambos agentes está orientado a la afectación del patrimonio de la entidad pública contratante (colusión de peligro). La concertación, en la colusión de resultado, es la fuente y origen de dicho resultado o lesión, ella por sí sola no totaliza la tipicidad objetiva del delito del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal. La finalidad del acto de concertación no se reduce a lesionar los principios de la contratación pública, la programación del gasto público, las expectativas normativas de estandarización de comportamientos, la vigencia de la norma, etc., o a favorecer en la buena pro al contratista o concesionario, va más allá, su *ratio* teleológica está colocada en el perjuicio económico a la entidad pública. Esto permite diferenciar la concertación del delito colusorio de otras concertaciones, por ejemplo, del concierto de los postores en licitaciones (artículo 241), cuya finalidad no es la de afectar patrimonio público, sino obtener beneficios económicos ilícitos para no tomar parte en una contratación; de los conciertos de los artículos 296 último párrafo, 329 y 347 del Código Penal. La finalidad del acto colusorio está estrechamente vinculada con la idoneidad de la concertación, con su entidad suficiente para poner en peligro o afectar efectivamente el patrimonio del Estado y que requiere de un juicio crítico judicial basado en pronósticos objetivos que acrediten la finalidad de la concertación. Idoneidad que, como precisa Martínez Huamán, tiene que analizarse en una perspectiva *ex ante*(705).

La finalidad del acto de concertación ilegal expresa así el quiebre de los deberes funcionales del sujeto público, la privatización de sus funciones

(705) Martínez Huamán, Raúl: *Delito de colusión*, cit., p. 190.

en evidente contrariedad a las expectativas sociales que su rol amerita. El funcionario que debe de actuar con objetividad, profesionalismo y parcialidad pro Administración Pública, defrauda la confianza de la Administración y con ella los intereses generales de la Nación(706).

Redundando, toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con los intereses de la Administración Pública –que es un deber funcional de los servidores y funcionarios públicos, con más énfasis para estos últimos– y defrauda expectativas especiales. Usualmente se suele indicar que el funcionario que contrata a nombre del Estado debe actuar con imparcialidad; sin embargo, este enunciado debe tomarse con bastante sentido de ponderación, pues al ser deber reglado del funcionario o servidor defender los intereses del Estado o de la entidad pública, está ya colocado en un estatus de parte, lo cual le impedirá actuar con imparcialidad, siendo más coherente en esta línea de pensamiento señalar que el negociador oficial debe actuar con objetividad como parte interesada y en defensa de los intereses del Estado, Estado que, en tanto concepto, está tomado en sentido amplio para abarcar también a las instituciones locales de gobierno (municipales y gobiernos regionales) y las entidades y organismos que por ley forman parte de la Administración Pública, e incluso en el caso de las empresas públicas.

La concertación del agente público con los interesados (que la Corte Suprema denomina el acuerdo clandestino para lograr un fin ilícito)(707) implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente en cualquier fase de la contratación o concesión, con tal de que ella tenga la suficiente idoneidad para poner –como mínimo– en peligro el bien jurídico, mediante diversas modalidades confabulatorias: así, para presentar precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeridas y convenidas, aceptar ejecución de obras sin las calidades técnicas aprobadas, admitir consultorías inidóneas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. Así, entre otras, la ejecutoria suprema del 12/04/2002, Exp. N° 303-2001-Moquegua-Tacna, da cuenta con base en los informes periciales actuados en sede de juzgado y ratificados en juicio oral, así como en los peritajes, de parte que los vehículos adquiridos fueron sobrevaluados

(706) Apréciese un estudio sobre la capacidad de significación del término concertación, con criterios debatibles, en JIMÉNEZ N., Sergio: "¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo del delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Tomo 114, diciembre, 2018, p. 12 y ss.

(707) Véase la ejecutoria suprema del 14/01/2000, Exp. N° 5201-99-Loreto, *Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas legales, Tomo 288, mayo, 2000, p. A-74.

por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la municipalidad(708). Igualmente, en la ejecutoria suprema del 15/01/1997, Junín, se expone la concertación dolosa de los sujetos en la adquisición de equipos de cómputo, con infracción del reglamento único de adquisiciones y omisión de evaluar cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora(709). La ejecutoria suprema del 04/06/2002, Apurímac, registra el caso del alcalde que adquiere bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el respectivo cuadro comparativo que para estos casos se exige, con precios sobrevaluados y en algunos casos inoperativos; también realiza obras sin contar con documentación contable y expedientes técnicos, habiendo cancelado por dichos trabajos(710). Lamentablemente, esta ejecutoria que declara nula la sentencia y ordena ampliar el plazo de instrucción no brinda datos acerca de la concertación ilegal con los interesados que necesariamente debió ser la fuente de estas dolosas irregularidades, para configurar delito de colusión defraudatoria, y no solo la voluntariosa y autoritaria conducta y conducción personal de los procesos de contratación de la que a veces hacen gala determinados funcionarios públicos.

La concertación del funcionario con el interesado no solo está limitada a favorecerlo, sino a que mediante la finalidad u orientación del concierto se ponga en peligro el bien jurídico protegido o en su extremo máximo se afecte el patrimonio de la entidad pública. La **tesis del favorecimiento al contratista o consorcio o del concesionario** no siempre va a suponer orientación de perjuicio o perjuicio efectivo, de modo que consolide la tipicidad objetivo-subjetiva del delito de colusión, pues a veces ocurre que la Administración Pública no solo no se perjudica con dicha decisión, sino que sale favorecida, por encima de los rangos regulares del cumplimiento del contrato o concesión; lo que no es obstáculo para dejar de analizar los niveles administrativos de ilicitud que haya supuesto dicho favorecimiento ilegal. Por lo mismo, la concertación ilegal está construida en perspectiva de defraudación patrimonial (colusión de peligro) o se halla íntimamente correlacionada con dicho perjuicio (colusión de lesión).

El tipo penal nacional de colusión, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 376 del Código Penal de Honduras –cuyo concierto

(708) Véase en Frisancho Aparicio, Manuel: *Jurisprudencia penal y constitucional*, Lima, RAO Editora, 2004, p. 52.

(709) Véase en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 415.

(710) Véase en Salazar Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 167.

ilegal está redactado en función de defraudar al fisco, favorecer a un tercero o facilitar su intervención– en todos los casos ha construido su tipicidad teleológica con base en la defraudación del Estado, entidad u organismo estatal, siendo el favorecimiento al contratista un componente circunstancial, penalmente relevante no necesario del tipo penal, que al producirse frecuentemente no significa que ello determine, en todos los casos, la tipicidad del delito.

El diseño peruano de colusión no ha incluido el componente del empleo de artificios o engaños como segunda conducta típica del delito, como sí aparecen redactados otros modelos de colusión o fraude en el contexto comparado (por todos, el artículo 436 del Código Penal español). El uso de artificios, con base en dicha técnica de redacción legislativa, hubiera abierto el tipo penal para comprender supuestos de comportamiento por fuera de la existencia del concierto, rompiendo o quebrando, en dicha hipótesis legal, la naturaleza de concurrencia y encuentro de la colusión, esto es, que habría sido suficiente conductas de engaño reconducibles únicamente al funcionario o servidor público. Esto no es, sin embargo, razón para dejar de apreciar en determinados casos el engaño en la hipótesis del concierto ilegal en el tipo penal nacional, en tanto comportamiento asumido y construido por el funcionario y el interesado.

3. Los objetos normativos de protección penal: contrataciones públicas, concesiones y operaciones

La concertación ilegal presupone toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo, la normativa administrativa y las expectativas puestas por la sociedad y el Estado en los funcionarios y servidores públicos encargados de los procesos de contratación, concesión y operaciones. Estos se valen de las atribuciones poseídas para variar, soslayar o sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, los cuales por ley deben asegurar o cautelar, optando en cambio por preferir intereses diferentes e incluso por priorizar pretensiones particulares lesivas a los que son propios de la Administración Pública(711).

Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación y ser parte de él protegiendo y promoviendo sus intereses para el

(711) No se trata de que los funcionarios y servidores actúen con "probidad o imparcialidad", como equívocamente se acostumbra a decir (vid. Ángeles y Frisancho: *Código Penal VII*, cit., p. 3240). El rol o papel que le toca jugar al agente público colocado en estas circunstancias es el actuar profesionalmente y con parcialidad; no se trata de que sea imparcial, ya que es parte en las operaciones –señaladas en el tipo– a nombre del Estado.

logro de los más óptimos beneficios resultantes de la concreción de las contrataciones públicas con la otra parte, representada por las empresas contratistas, a través del sujeto, que la norma penal denomina los «interesados».

Lo que se niega o viola por parte del sujeto activo, con su comportamiento, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo cual es incompatible con el cargo, ya que implica poner en peligro o afectar los intereses económicos del Estado, entidades u organismo del Estado.

El artículo 384 hace mención a (i) las modalidades de adquisiciones; (ii) contratación pública de bienes, obras o servicios; (iii) a las concesiones; o (iv) cualquier operación a cargo del Estado. Las dos primeras alusiones normativas nos llevan a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que es donde se describen sus características y perfiles legal-administrativo propio. En realidad, no se logra entender el seguir manteniendo la expresión "adquisiciones", dado que fácilmente es subsumible por la frase más comprensiva de "contratación pública".

A diferencia de lo que sucedía con la fórmula legal del delito de colusión que se mantuvo por casi dos décadas, antes de su sustitución en julio de 2011 por el diseño actualmente vigente, el tipo penal no describe ya con nombre propio a las diferentes modalidades de los procesos de selección, habiendo empleado la frase más comprensiva "contrataciones públicas" y la palabra "adquisiciones". La segunda en realidad no es un elemento normativo, pues no existe un proceso de contratación que se denomine "adquisición" de bienes, ni autónomamente un elemento normativo con dicho nombre, a diferencia de la frase "contratación pública de bienes, obras y servicios", que sí está regulada en la normativa de contrataciones (artículo 1 de la Ley N° 30225) y desarrollada en sus expresiones concretas a lo largo de dicha ley y reglamento; contrataciones públicas que la ley llama métodos de contratación y que abarca a las licitaciones, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, subasta inversa electrónica, contratación directa y otros.

El tipo penal **no ha incluido todo tipo de contratación**; así, están excluidas las contrataciones o nombramientos de funcionarios y servidores públicos, no solo por no estar previstas expresamente (principio de legalidad), sino porque no se encuentran dentro del alcance de los componentes típicos "adquisición/contratación de bienes obras o servicios/concesiones u operaciones estatales". Pretender incluirlos, vía argumentativa o jurisprudencial, supondría incurrir en analogía *in malam partem*. Martínez Huamán agrega un argumento de importancia: no es inherente a los procesos

de contratación generar relaciones de dependencia o subordinación laboral[712]. Asimismo, están fuera del tipo los concursos públicos para cubrir plazas, vía nombramiento o contratación de magistrados, fiscales, ejecutores coactivos, notarios, etc.; que se reconducen por vía normativa propia.

De otro lado, resulta de interés, evaluar las exclusiones que realiza la Ley de Contrataciones (art. 4) con el fin de discriminar adecuadamente aquellas contrataciones que poseen contenido patrimonial de las que no, a efectos de afirmar o descartar la injerencia punitiva. Igualmente, no todo lo que la Ley de Contrataciones excluye del control administrativo fiscalizador es requisito negativo para la injerencia punitiva, la que tiene mayor amplitud de miras en la perspectiva de protección penal del bien jurídico y en función de dotarle de sentido a la perspectiva constitucional de protección del patrimonio público de los comportamientos fraudulentos de los funcionarios y servidores públicos.

En el caso de las **"concesiones"**, la referencia normativa cubre tanto las modalidades de contratación mediante concesión de obras o servicios como por igual la cesión de bienes y recursos del dominio público, que otorga el Poder Ejecutivo a los particulares para su explotación por periodos largos de tiempo a cambio de regalías para el Estado; espacios patrimoniales en los cuales, sobre todo las concesiones sometidas a explotación (petrolera, gasífera, pesquera, maderera, minera, etc.) y las relacionadas a las redes viales, aeropuertos, ferrocarriles, carreteras, no fueron –salvo contadísimos casos– objeto de injerencia punitiva y que ahora con la actual versión del artículo 384 posibilita a la fiscalía intervenir legalmente en los procedimientos o entrega de concesiones sometidas a conciertos ilegales orientados a defraudar o que lesionan el patrimonio público.

Son particularidades de las concesiones el no contar con una ley marco que las agrupe en forma orgánica, estando repartida dicha legislación en leyes específicas relacionadas a cada ministerio; el hallarse sujetas en el proceso y otorgamiento a las decisiones del alto funcionariado de cada ministerio del ramo: minería, agricultura, de la producción y pesca, y otros. Igualmente, la flexibilización de su trámite y por los escasos controles administrativos, así como gozar de convenios de estabilidad otorgados por "Proinversión", entidad del Poder Ejecutivo-Presidencia del Consejo de Ministros que juega un papel de gran importancia en megaproyectos de inversión privada relacionados con las concesiones de gran envergadura.

(712) Martínez Huamán, Raúl: *Delito de colusión: Cuestiones problemáticas*, cit., p. 471.

Las concesiones de infraestructura y explotación han constituido un espacio de gestión patrimonial que ha involucrado e involucra ingentes cantidades de dinero y capitales de inversión privada en megaproyectos, que hacen palidecer a las más costosas licitaciones públicas y que en materia de corrupción y malos manejos, por lo general, no han sido investigados ni tampoco han concitado el interés de la *mass media*, salvo excepciones; concesiones que han terminado comprometiendo bienes públicos por largos periodos de tiempo.

Las **operaciones**, a diferencia de las contrataciones y concesiones, son intervenciones estatales específicas en materia patrimonial o vinculadas a materia patrimonial. Con la frase "cualquier operación a cargo del Estado", el tipo penal efectúa una vasta apertura al cúmulo posible de actividades estatales que se asemejan a las designadas en el tipo, esto es, que sean de interés patrimonial para la Administración Pública; pero se diferencian en su carácter unilateral: incautación de bienes, expropiación, secuestro, embargo, comiso, reorganizaciones empresariales, salvatajes financieros de bancos y cooperativas, intervención en asociaciones de fondos de pensiones, las subastas de mercancías que cada cierto tiempo realizan la Sunat o Aduanas, etc. Abanto Vásquez agrega la renegociación de la deuda, indemnizaciones, operaciones tributarias[713]. Pariona Arana, en la misma línea, considera que deberán estar orientados a la negociación de intereses económicos de índole prestacional; sin embargo, considera que deberá tratarse de operaciones semejantes a las contrataciones públicas, es decir, de naturaleza bilateral sujetas a negociación[714]. Aquí, a diferencia de la fórmula española de 1995[715] –que no utiliza el concepto "operación", pero incorpora en el tipo penal 436 fraude no concertados con la frase "o usase de cualquier otro artificio"–, se hace necesario entender que igualmente deberá haber concertación, lo cual complica la labor de interpretación al tratarse de una actividad unilateral, esto es, la inexistencia expresa de un interesado que aporte contribuciones significativas para crear concertación ilegal. Sin embargo, la posibilidad de prácticas fraudulentas en las operaciones constituye un marco de posibilidades dado que dichas intervenciones públicas comprometen patrimonio de las entidades o personas afectadas, patrimonio que resulta de interés público, lo que abre escenario de probables prácticas colusorias con la presencia de interesados.

(713) Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 312.

(714) Pariona Arana, Raúl: *El delito de colusión*, cit. p. 85.

(715) Véase "Legislación extranjera".

Literalmente, "operación" es definido –en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia– como ejecución de algo, pero también como negociación o contrato sobre valores o mercaderías. Esta es su acepción gramatical; sin embargo, su uso en materia penal es distinto. Por un lado, se hace de él una recreación de su sentido comunicativo, para restringir su alcance o darle un significado diferente (modalidad de uso que puede inferirse del artículo 384 del Código Penal peruano, también del artículo 265 del Código Penal de Argentina); y, de otro lado, se lo amplía para que cubra otras hipótesis de sentido de mayor alcance que lo reconduce a la noción de contrato (caso del artículo 239 del Código Penal chileno).

"Operaciones", dice CREUS, diferenciándolo del contrato, son disposiciones de carácter económico en que la Administración actúa a título singular(716). Señala igualmente este importante penalista argentino (santafesino, para mayor precisión) que no se trata de cualquier acto de la Administración, sino de aquellos actos legítimos que puedan quedar comprendidos en la enunciación de la ley. Las operaciones son aquellas disposiciones de carácter económico en que la Administración no actúa conjugando voluntades con otra parte, sino a título singular(717). Puede ocurrir, como acota Alberto MILLÁN(718), que se presenten situaciones donde se aduzca que no se ha contratado, para abrir el escenario de las operaciones. Señala MILLÁN como ejemplos de operaciones la concesión de uso de bienes del dominio público, liquidaciones de empresas públicas, etc., y diversos contratos de riesgo (exploración-prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes piloto, etc.) que el tipo penal quiere cubrir con la frase «cualquier otra operación semejante». Sin embargo, FONTÁN BALESTRA acude al diccionario de la RAE para decir que *de conformidad a él importa una negociación o contrato sobre valores o mercaderías*(719). MILLÁN utiliza un concepto mixto de los alcances del concepto normativo "operación", que particularmente considero no acertado, pues desnaturaliza su naturaleza unilateral e invade áreas cubiertas por los contenidos

(716) CREUS MONTI, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, p. 328; ídem BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 301; ídem DONNA: *Delitos contra la Administración*, cit. p. 368; ídem DONNA: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 322. DONNA agrega las subastas de objetos secuestrados.

(717) CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública. Comentarios de los artículos 237 al 281 del Código Penal*, Buenos Aires, 1981, p. 374.

(718) MILLÁN: "El delito de negociaciones incompatibles", cit., p. 30.

(719) FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2002, p. 861.

contractuales. La jurisprudencia argentina, citada por DAYENOFF[720], ha considerado "que entre las operaciones, que habla el artículo 265 del CP, cabe incluir los casos de apropiaciones, embargos, secuestros comisos, etc." (C. Fed. Córdoba, Sala Penal, JA, 1981-IV-331).

Considerar que "cualquier operación" está referida a cualquier o toda contratación (civil o administrativa) o incluso particular puede que resulte un contrasentido pues sería innecesario el uso de dicho término en el tipo penal o una analogía *in malam partem*. Asimismo, reputar que también son operaciones "los convenios interinstitucionales" o entre entidades público-privadas, así como los convenios de colaboración, resulta un tema discutible no solo porque se salen de la actividad unilateral estatal, con más razón aún si no poseen contenido patrimonial, salvo que impliquen una estratagema o simulación, lo que abriría el análisis para evaluar su real relación contractual con efectos de orientación lesiva para el patrimonio público.

Situación distinta acontece en la legislación penal chilena, en la que el término "operación" posee una significación más amplia y conglobante. En efecto, en el artículo 239 del Código Penal chileno se criminaliza el delito de fraude al Estado, con la siguiente fórmula legal: "*El empleado público que en las* ***operaciones*** *en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado* (...)". Aquí, el legislador ha utilizado el componente típico "operaciones" en sentido lato, esto es, ha recreado el concepto para fines penales dotándole de capacidad altamente comprensiva para abarcar la amplia variedad de contrataciones públicas e incluso actividades económicas. Esto ha permitido a la doctrina penal chilena señalar que: "La voz 'operaciones', que involucra una referencia genérica y amplia, fue preferida por la Comisión Redactora en lugar de las menciones específicas que se contenían en la ley española que le sirvió de modelo, en la que se aludía a los supuestos de comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos (...). En consecuencia, por operaciones debemos entender cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado y un particular, no habiendo razones para restringir por la vía interpretativa este elemento"[721]. Esta referencia legislativa doctrinaria nos permitirá posesionar correctamente el elemento operaciones en el contexto de uso del artículo 384 del Código Penal nacional, a diferencia de lo que sucede en la legislación penal de

(720) DAYENOFF, David: *Código Penal comentado. Jurisprudencia, concordancias y esquemas de defensa*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993, p. 682.

(721) RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública*, cit., p. 404.

Chile. En el caso del artículo 265 del Código Penal argentino, que regula el delito de negociaciones incompatibles similar a nuestro artículo 399 del Código Penal, dicho tipo penal alude a los contratos y operaciones, lo que ha permitido a parte de la doctrina argentina considerar que el término "operación" es excluyente en relación a los contratos.

4. Los interesados y partícipes

El término «interesado» es una palabra que engloba a toda persona que contrata, vía los diferentes procesos de selección y concesiones con las entidades de la Administración Pública, ya sea que se trate de un contratista *extraneus* absoluto (extraño a la Administración Pública, propiamente "interesados particulares") o relativos (otros funcionarios o servidores no vinculados que representan a entes empresariales estatales). En este último caso, cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas que contratan con las entidades de la Administración Pública, lo cual permite entender que en el delito de colusión la puesta en peligro o de lesión puede producirse, en determinados casos, y ambas direcciones, desde dentro del aparato estatal, entendido este en sentido amplio. El interesado, desde la perspectiva de las "operaciones", sigue siendo un tópico de escaso análisis en la doctrina y jurisprudencia, dada la naturaleza de actos unilaterales de dicho componente normativo objeto de protección penal. En todo caso, se tendrá que analizar caso por caso la naturaleza específica de cada operación para advertir la posibilidad de operaciones que exhiban intereses ilegales de los representantes de las entidades o personas intervenidas en conexión con los funcionarios/servidores vinculados.

Los «interesados» pueden estar constituidos por los representantes de las empresas privadas o conglomerados empresariales (nacionales o internacionales). También, en determinados contratos, por sujetos particulares que se presentan a las convocatorias públicas para realizar obras o prestar servicios de interés local o específicamente de alguna unidad de la entidad pública; igualmente, por las firmas comerciales que pretenden dotar (vía licitaciones, adjudicaciones directas o de menor cuantía) de bienes diversos a las distintas reparticiones de la Administración Pública (ministerios, fuerzas armadas y policiales, entes autónomos, organismos descentralizados, municipalidades, universidades estatales, colegios, etc.); también en una línea crítica los que participan con sus propuestas en los remates públicos de bienes, como los que acudan a los concursos públicos para brindar servicios o consultorías.

Obviamente que los alcances de la noción jurídico-penal de «interesados» comprende a quienes participan en los procesos de selección o

modalidades de contratación y en las concesiones como también quienes hayan calificado y obtengan los acuerdos que subsiguen a los procesos de selección a través de las licitaciones, suministros, concursos públicos, subastas y demás operaciones semejantes, como también durante el desarrollo de proceso de ejecución de la obra, servicio o provisión de suministros y concesiones.

Es debatible la imputación del delito de colusión a quienes en general, pese a participar en las convocatorias o procesos de selección, no resultan beneficiados administrativamente, pues en tal supuesto no habrá puesta en peligro del bien jurídico protegido ni potencial ni efectivamente con los conciertos ilegales que hayan podido producirse, al carecer estos de idoneidad; pero sí podrá configurarse, de acuerdo a lo que reporte el análisis concreto de la situación concreta, hipótesis de cohecho pasivo o activo, u otras figuras delictivas, tales como el delito de «concertación en licitaciones, subastas o concursos públicos» del artículo 241.3. Abona esta tesis la argumentación que da cuenta de la naturaleza de actos preparatorios de la concertación ilegal orientada a la defraudación patrimonial de los intereses de la entidad pública. En suma, ingresan aquí razones de máxima o *ultima ratio* de la injerencia punitiva.

"Los interesados", dada la alta complejidad y profusión de actos que integran las modalidades de contratación y de las concesiones, así como la numerosa serie de momentos en los que se van estructurando y realizando, pueden asumir distintos nombres a partir de la postulación a la buena pro, la firma del contrato hasta la culminación y cierre del contrato o concesión, esto explica, probablemente, el uso del plural en el tipo penal. El interesado no necesariamente va a ser el empresario postor –sin duda puede serlo–, sino un representarte legal o incluso uno del consorcio que podría ser incluso ajeno al círculo empresarial; sin embargo, no se trata de cualquier intermediario de la contraparte, sino de quien está dotado de capacidad para tomar decisiones por parte de la contraparte que contrata con la Administración Pública. El interesado en las concesiones igualmente será su representante legal o empresarial, o el mismo concesionario. La posibilidad de que sea la empresa como institución quien capitalice la titularidad del interesado no resulta posible dado el carácter concreto y personalizado de los actos de concertación ilegal, ello sin perjuicio de la responsabilidad civil o económica de la misma.

Por la naturaleza inherente al delito de colusión desleal, el «interesado» constituye un elemento fundamental de su redacción típica, ya que con base en la técnica de construcción legislativa utilizada no se entiende el delito si es que no existe concertación ilegal (acuerdos previos dolosos,

confabulaciones, tratativas ilegales, acuerdos no permitidos por la ley o reglamento o por los fines de la función en el marco contractual, etc.) entre el sujeto público que contrata a nombre del Estado y el interesado o contratista. En tal perspectiva, podrá producirse quiebre funcional y defraudación a los intereses de la Administración Pública, pero si no se produjo la aludida concertación con los interesados, el delito no podrá consumarse, es decir, existirá atipicidad por colusión.

Los *«interesados»*, término con el que se alude a los que siendo generalmente particulares o *extraneus* negocian con el Estado, pueden adquirir la calidad de cómplices ***primarios*** de delito de colusión, con mayor razón si el tipo penal está redactado de modo que requiere de los aportes al delito de estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica; esto es, sería impracticable el delito de colusión defraudatoria si no existen interesados o contratistas que concurren al delito. En tanto partícipe, en sus modalidades de complicidad primaria (tomando en cuenta para ello todas las exigencias de tipicidad para tal título de imputación) y también abarcando la hipótesis de instigación, deberá el interesado actuar dolosamente para que su conducta se inscriba en el marco del injusto punible, vale decir, con el conocimiento de los componentes del tipo (consciencia de que se interactúa en el marco de procesos de selección estatal, conocimiento del contenido ilegal de los acuerdos, de actuar en calidad de contraparte de la contratación o concesión, y del peligro de lesión o de la lesión patrimonial que se ocasiona) y con la voluntad de contribuir a la realización del tipo penal(722).

Sin embargo, la calificación del interesado como cómplice primario puede que colisione con la literalidad significativa misma del concepto, ya que el aporte del interesado es el que permite el comportamiento típico y, por lo mismo, la consumación del delito por el sujeto público vinculado, cuando en rigor dogmático el aporte del cómplice primario se produce antes de la etapa ejecutiva y no puede constituirse en el centro del momento consumativo del delito. Una solución en rigor y coherencia dogmática solo vería en el interesado a un cómplice secundario.

No se trata, entonces, solamente de formular una frase literal en el sentido de ser el interesado la contraparte de la concertación para declarar

(722) Con amplitud, sobre este sujeto del delito de colusión desleal, véase Rojas Vargas, Fidel: "Ubicación dogmática-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 34, julio, Lima, 2001, p. 65 y ss.

su impunidad[723]. El problema es más hondo, esta contraparte es la que hace posible el delito mediante sus aportes de concertación ilegal, de ahí entonces se entiende que por tratarse de un delito de infracción de deber el interesado no puede ser un coautor, pese a la significatividad de su aporte; sin embargo, se lo reprime como autor. La actividad empresarial no puede estar al margen de la injerencia penal cuando se trata de proteger los intereses patrimoniales del Estado a los que se halla vinculada dicha actividad. En este punto, obviamente el juez debe optimizar el análisis a fin de no confundir la regla del lucro, la máxima rentabilidad o los actos de concertación ajustados administrativamente que rigen la existencia misma de las empresas privadas con el inescrupuloso e ilegal marco de concertaciones que ingresan en la tipicidad del delito, que agravia los intereses del Estado; lo primero constituye un comportamiento socialmente soportable (adecuado si se quiere) y ajustado al régimen de acciones e interacciones en el ámbito de las negociaciones.

La posibilidad de ver en el interesado un cómplice secundario es también una opción en el entendido de que este colabore mediante actos de auxilio prescindibles en los actos de ejecución del delito con el autor o autores[724].

Al no tener los «interesados» titularidad pública, deberes normativos ni sujeciones de lealtad en sus relaciones con el Estado, no resulta coherente atribuirles responsabilidad a título de autoría. Es particularmente interesante al respecto la salida al problema que ha dado la legislación penal española, al regular en el segundo párrafo del artículo 436 del Código Penal la pena (igual que la del autor) para el particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público; con la singularidad de las inhabilitaciones que se aplican en exclusividad sobre él y que tienen una fuerza disuasora bastante enfática: de 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. Salida que va en coherencia, por lo demás, con lo estipulado en el artículo 28 de la Parte general

(723) Véase Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., p. 316. Abanto considera que el interesado es un concurrente necesario a quien no le alcanza la imputación de complicidad por delito de colusión, sí la de instigador.

(724) Al respecto, sacando conclusiones y en una manifiesta línea crítica a la Sentencia de Casación N° 661-2016 de Piura y otras de la Corte Suprema, véase García León, Godofredo André: "Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Tomo 114, diciembre, 2018, Lima, Gaceta Jurídica, p. 33 y ss. García León considera no correcta la posición de la Sala Penal Suprema de considerar que solo puede ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el tipo penal, esto es, el interesado).

del Código Penal español, que extiende la autoría también a los instigadores y cooperadores necesarios.

Aportes de otros partícipes (instigador y cómplices secundarios particular o funcionario/servidor público) son igualmente posibles tanto en temporalidad como en momentos de los procesos de contratación/concesión en la lógica del delito de colusión.

VII. COLUSIÓN DE PELIGRO Y COLUSIÓN DE LESIÓN CON PERJUICIO PATRIMONIAL

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

La actual fórmula legal del delito de colusión ha creado dos modalidades de dicho delito. El primer párrafo del artículo 384 regula una colusión caracterizada por su naturaleza de peligro y de simple actividad. El segundo párrafo, en cambio, contiene una colusión cuyo desarrollo típico requiere, para ser perfeccionada, perjuicio patrimonial al Estado, entidad u organismo estatal. Ambas figuras penales de colusión tienen como conducta típica a la concertación ilegal fraudulenta llevada a cabo entre el funcionario/servidor público con los interesados.

Como ya se ha señalado en líneas precedentes, la anterior y original redacción del delito de colusión desleal (antes de la reforma practicada por la Ley N° 29703) suscitó lecturas disímiles en la judicatura y la doctrina, entre quienes lo consideraban un delito *de resultado material* y otros *de simple actividad y peligro.*

Este problema se ha resuelto en la actualidad, luego de la reforma de la Ley N° 29758 (del 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 si se produce o no perjuicio patrimonial contra del Estado, bajo un común denominador para ambos: la concertación ilegal.

En el **delito de colusión de peligro** primera parte del artículo 384, lo que interesa destacar es que el funcionario negociador se concierta ilegal y dolosamente con el interesado, es decir, con el representante de la empresa, hace tratativas dolosas (pactos ilegales) que se orientan a perjudicar patrimonialmente la Administración Pública. En este caso, el tipo penal no requiere afectación patrimonial, pero sí que el concierto ilegal del funcionario/servidor y los interesados se halle inmerso en la tendencia al fraude al Estado, componente de tipicidad de tal importancia que incluso en la doctrina española se ha dicho, para su tipo penal de peligro de fraude a la

Administración (artículo 436), por parte de MORILLAS CUEVA que: "La conducta finalista es la de defraudar. Todo el artificio delictivo gira en torno a la defraudación a cualquier ente público. Defraudación que ha de tener carácter patrimonial, esencialmente dirigido al gasto público, a través del ámbito contractual o de liquidación de efectos o haberes"(725).

"Para defraudar" se constituye así en un componente central del tipo penal que dibuja toda una estrategia –comunicativo/legislativa– contemplada en el primer párrafo del tipo penal 384 del Código Penal, que permite diferenciar la colusión simple o de peligro de la colusión de resultado o lesión, y entender las intensidades de injusto que ambas contienen. Si bien no puede considerárselo un componente descriptivo material, sí en cambio representa el conector necesario de un delito con el bien jurídico específico, que define su finalidad concreta en el ámbito de las contrataciones y concesiones del Estado. No existe problema en conceptuarlo igualmente en un factor o componente subjetivo que marca la tendencia del comportamiento del sujeto público vinculado en su relación de convergencia con el interesado, o, si se quiere, un elemento subjetivo trascendente del tipo que da sentido final a los actos de concertación ilegal.

La colusión simple tiene como verbo rector el término **concertar,** orientado a defraudar al Estado. La conducta típica es, así, de simple actividad, donde el disvalor de acción se centra y totaliza en el acto u actos de concertación ilegal con las características ya descritas en líneas precedentes. Comportamiento típico inscrito en el marco específico de las contrataciones, concesiones y operaciones, que no puede ser relocalizado a otras áreas de actividad pública, y cuya concreción pone en peligro el bien jurídico protegido.

En el **delito de colusión de lesión** (llamado comúnmente colusión ilegal agravada), la concertación de los sujetos –que es descubierta generalmente después de haberse cometido el delito– debe ocasionar, en relación causal, un resultado material de perjuicio patrimonial. El verbo rector en este tipo de colusión sigue siendo la concertación, pero complementada con la afectación patrimonial efectiva, lo que nos muestra claramente la mayor complejidad de la consumación del delito en esta modalidad, 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. La defraudación patrimonial equivale –como

(725) MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1183.

bien lo precisa CONDE-PUMPIDO FERREIRO– a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios(726).

La jurisprudencia actual de la Corte Suprema, a través de numerosas resoluciones, se ha encargado de afirmar las diferencias entre ambas modalidades de colusión. Así: "La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como 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"(727).

La Sentencia de Casación N° 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. 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 siguiendo la doctrina jurisprudencial española(728) es atractiva, no obstante la connotación del término "conspiración", que parece no ser apropiado

(726) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; BEYNETEZ MERINO, L. y varios: *Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2004, p. 1274. En la doctrina nacional, entre varios autores, FRISANCHO APARICIO sostiene igualmente que en la colusión agravada se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o se produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 57.

(727) Véase la ejecutoria suprema del 04/11/2015, R. N. N° 341-2015-Lima, Sala Penal Permanente. Precisa dicha ejecutoria que 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).

(728) Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) N° 806/2014, del 23 de diciembre, que indica lo siguiente: *"El artículo 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Bastaría la simple elaboración concordada del plan criminal –concierto– o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo".*

para emplearse en la materia contractual vinculada al ámbito penal, que puede posesionar académicamente la colusión simple en el escenario de las denominadas resoluciones manifiestas, por lo demás no propia de las construcciones penales nacionales, que podría, además, tener la desventaja de abrir un espacio de injerencias punitivas no razonables en un escenario de relaciones contractuales altamente complejo, en el cual usualmente la deficiente formación de los operadores jurídicos termina por generar un marco apreciable de confusiones y tendencias a la sobrecriminalización.

En la colusión de lesión, sin duda que acreditar el perjuicio efectivo sufrido por el ente público es determinante para dotarle al tipo penal de la requerida lesividad material. El hospital construido que empieza a resquebrajarse en sus bases de estructura; la carretera que se agrieta con súbita rapidez; los suministros de cereales, cuyas etiquetas señalaban 5 meses de vigencia que al mes están descompuestos en los almacenes de la entidad pública; el descubrimiento de los patrulleros adquiridos y ya pagados con sobreprecio evidente luego del cotejo con los precios de mercado; los materiales médicos y fármacos ya vencidos, incluso en la fecha de adquisición, y que son encontrados escondidos en los almacenes de la repartición pública; entre otros casos, grafican supuestos de perjuicio al Estado en las contrataciones públicas ya concluidas, la liquidación final con evidentes contrastes con los avances de la obra, la entrega de los suministros o el servicio brindado(729). No obstante, no se requiere la conclusión o finalización de la obra, servicios o adquisición para configurar el dato objetivo del perjuicio, ya que al comenzar los pagos, por ejemplo, con los adelantos en cantidades indebidas o en circunstancias de engaño o fraude, o con los avances de obra fraudulentos o los primeros suministros en calidad distinta a la requerida en las especificaciones técnicas de los celulares o tabletas, la probabilidad de perjuicio se convierte en posible y real, accediendo el delito a la segunda hipótesis de comisión delictiva. En todos estos casos, en los que se sospecha que no es la falta de profesionalismo ni las negligencias, fuerza mayor o desgracias naturales las que dan cuenta de dichas afectaciones, resulta de primer orden el reporte de la ciencia mediante las pericias de ingeniería, contables, bromatológicas u otras que permitan tener la adecuada información para darle a los actos de concertación ilegal de

(729) Al respecto, véase Revilla Llaza, Percy Enrique: "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento", en *Gaceta Penal*, Tomo 90, diciembre, 2016, Lima, Gaceta Jurídica, p. 164 y ss. Revilla somete a análisis tanto la liquidación luego de culminada la obra como la que resulta luego de haberse resuelto el contrato (por incumplimiento de la contraparte con controversia y por incumplimiento consentido), a partir de lo cual efectúa importantes reflexiones acerca de la posibilidad de comisión del delito de colusión.

funcionarios e interesados su debida interpretación en clave del delito de colusión lesiva o efectivamente defraudatoria; perjuicios materiales que son la concreción de las acciones de concertación ilegal desarrolladas en el tracto progresivo de las contrataciones o concesiones.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha esbozado las siguientes ideas de doctrina judicial: "*En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–*"(730).

En materia de **pericia contable**, la Corte Suprema ha precisado lo siguiente: "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 su jurisprudencia por la Corte Suprema; así se estableció en el R. N. N° 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"(731). Asimismo, con efectos procesales y mayores implicancias, la ejecutoria suprema del 01/04/2019 precisó que (i) la falta de acreditación de la pericia contable idónea determina la nulidad de la sentencia, toda vez que constituye un elemento esencial del tipo; (ii) la pericia contable deberá establecer si el acuerdo colusorio pudo ser perjudicial a los intereses patrimoniales del Estado o si existió la defraudación patrimonial; (iii) al desestimarse la necesidad de la pericia contable, se configura la vulneración del debido proceso(732).

La pericia contable, por su propia naturaleza, deberá ser elaborada por profesionales de la contabilidad, con conocimientos de auditoría gubernamental, de cuya solvencia académico-científica no quepa duda, y estar sometida –en un esquema ideal– a las observaciones del perito de parte, para previo debate permitirle al juez, usualmente lego en esta materia, adquirir conocimiento y apreciar los procedimientos de evaluación de los que ha hecho uso el perito contable, antes de analizar las conclusiones, de modo que supere la tentación –a la que alude Nieva Fenol– de asumir, sin más,

(730) Sentencia de Casación N° 661-2016-Piura, del 11/07/2017, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

(731) Sentencia de Casación N° 661-2016-Piura, del 1/07/2017, de la Sala Penal Permanente.

(732) Ejecutoria suprema del 01/04/2019, R. N. N° 881-2018-Pasco, Sala Penal Permanente.

automáticamente el parecer del perito, cediendo esa línea antropológica de confiar en la opinión de un tercero a quien se considera más autorizado(733).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia STEDH (Sección 1), *Caso CB contra Austria*, del 4 de abril de 2013, enfatizó la importancia de incorporar las observaciones del perito a la pericia oficial, la respuesta escrita del perito oficial a las críticas del perito de parte tratando todos los puntos en un *addendum* a su opinión escrita, de modo que todos dichos documentos formen parte del cuerpo de pruebas a evaluar por el juez previamente a la toma de decisiones por los jueces nacionales(734).

La **pericia contable, "concreta" y "específica"**, da cuenta del informe técnico científico elaborado por el perito contador de manera precisa, en lenguaje –en la medida de lo posible– sencillo y comprensible, de modo detallado y delimitando los puntos que el juzgado ha encomendado a dicho profesional para que emita pronunciamiento ilustrador que le sirva al juez para que, en confluencia de otros medios de prueba y en aplicación de las reglas de sana crítica, adquiera certeza sobre hechos penalmente relevantes objeto de acusación, antes de emitir sentencia; informe en el que se deberá exponer el objeto y alcance del mismo, así como los procedimientos generalmente aceptados que ha utilizado, los principios aplicados y las técnicas concretas empleadas en su análisis del hecho objeto de interés judicial.

(733) Nieva Fenol, Jordi: *Repensando Daubert: Elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial*, en Pico i Junoy, Joan (director), Barcelona, Bosch, 2017, p. 87; ídem, véase también Gasparini, Giulia e Ippolito, Carmine: *Consulenti tecnici e Periti*, Edizione Goiuridiche Simone, 2002, p. 98. La mención al apellido Daubert en el artículo de Nieva Fenol da cuenta de una famosa sentencia de los tribunales norteamericanos (1993) que fijó jurisprudencia en materia de pericias (en tanto prueba de aceptación general). En el caso *Jason Daubert y Eric Chuller contra Dow Pharmaceutical*: la demanda contra el laboratorio se fundamentó en que los agraviados sufrieron graves defectos al nacer debido al consumo por sus madres, durante el embarazo, del fármaco Bendectin, un medicamento contra las náuseas. Los demandantes presentaron ocho informes periciales, preparados por peritos con reputadas credenciales, que sostenían que el consumo de Bendectin estaba asociado a las malformaciones al feto, criticando severamente las publicaciones científicas existentes sobre dicho fármaco. La Corte del Distrito de California y la Corte de Apelaciones para el Noveno Distrito de los Estados Unidos (juez Blackmun) desestimaron las pretensiones de los demandantes, con base en el Estándar Frye, según el cual la admisión de prueba pericial debía reposar en la aceptación general de las opiniones científicas versadas en prueba pericial, basándose así en la aceptación general que representaba la opinión vertida en el dictamen pericial presentado por la parte demandada. "La pericia debe haber traspasado el terreno de lo experimental hacia el terreno de lo demostrable, debe, en consecuencia, ser reconocida como válida, con carácter general" (Véase Andino López, Juan Antonio: "Los criterios Daubert y su posible anclaje en la valoración de la prueba pericial en España", en *Peritaje y prueba judicial*, cit., pp. 476-477.

(734) Bujosa Vadell, Lorenzo: "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Pico i Junoy, Joan, cit., p. 60.

El informe o dictamen pericial, antes de ser debatido e incorporado como medio de prueba, deberá analizar la documentación obrante en el expediente relacionada a la materia solicitada, evaluar las documentales periciales obrante en él y emplear la literatura científica pertinente para optimizar dicho análisis sobre el hecho o materia objeto de pronunciamiento, sin efectuar valoraciones que califiquen jurídico-penalmente los hechos, valoren el acto de concertación ilegal o establezcan criterios de responsabilidad penal. El perito al emitir sus conclusiones, las que deben estar fundadas en el análisis previo realizado, deberá obrar con profesionalismo, objetividad, independencia e imparcialidad.

Nos dice Bezerra de Menezes, en una bien lograda monografía, que: la función de la prueba pericial, producida por el perito, es superar la deficiencia del juez o el jurado que carece del conocimiento científico, técnico o especializado para la delimitación y evaluación de ciertos hechos que producen consecuencias jurídicas(735). La necesidad de una pericia contable en materia de colusión, en puridad, una pericial económica para determinar afectaciones a las entidades públicas, más allá de la información documental institucional presentada por la Contraloría General de la República o la proporcionada por las partes, revela aquí su importancia por las características de objetividad, imparcialidad y contenido técnico científico, de las que debe estar reunida, para dar luces al juez en materia de perjuicio económico a las entidades públicas, en el contexto del delito de colusión. Pericia contable realizada bajo estándares internacionales, principios aceptados de contabilidad y auditoría gubernamental, con una exposición metodológica y desarrollo técnico profesionalizado que evalúe la materia del perjuicio patrimonial a la entidad pública, siendo insuficientes las sumas y restas o las solas apreciaciones numéricas personales del profesional contable. Pericia que debe ser sometida al contradictorio y debate respectivo, y cuyas conclusiones servirán para fundamentar el perjuicio, esto es, uno de los dos núcleos de tipicidad del delito de colusión de lesión, o su ausencia. Por cierto, en casos no complejos, sobre todo en contrataciones de escasa entidad económica, la necesidad de pericia contable puede relativizarse, atendiendo al caso concreto. Por lo demás, el informe pericial contable no puede reducirse a efectuar comentarios a determinadas piezas del expediente o a exponer lo evidente.

Redundando, la jurisprudencia suprema ha considerado que: "Siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser

(735) Bezerra De Menezes, Paula: *Novos rumbos da prova pericial*, Rio de Janeiro, Viveiros de Castro Editora, 2014, p. 90.

un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras" (ejecutoria suprema del 04/07/2002, Exp. N° 1402-2002-Tumbes)[736]; expectativas legítimas de mejoras que, pese al matiz de diferenciación que se esfuerza por realizar dicha jurisprudencia, igualmente constituyen componentes del patrimonio del Estado, al cual este tiene derecho como consecuencia de su intervención en determinadas contrataciones, concesiones y operaciones.

Defraudar al Estado y a sus organismos o entidades es, así, 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. El funcionario o servidor asume roles incompatibles con los de negociar profesionalmente en tanto parte representante de la Administración Pública, que contrarían sus atribuciones o los mandatos de la comisión y afectan las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. La defraudación producto de la concertación, que es lo que aquí se castiga, configurando el disvalor de la acción y del resultado, supone un ingrediente (del tipo de colusión desleal lesiva o defraudatoria) inaceptable jurídicamente, que se estructura con la presencia del perjuicio ocasionado a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.)[737].

El perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiva y diferencia del simple engaño. Son de especial importancia para verificar el perjuicio los informes y dictámenes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial[738]. En la doctrina chilena, que trabaja con un

(736) Véase en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., pp. 191 y 192.

(737) Para Luis Miguel REYNA ALFARO, si no hay perjuicio patrimonial, no existe delito de colusión (véase su artículo «Estructura atípica el delito de colusión», en *Actualidad Jurídica*, T. 130, setiembre 2004, Lima, Gaceta Jurídica, p. 69). Sin embargo, el autor sostiene la tesis de que el delito es de simple actividad, consumándose desde el momento en que se produce el acuerdo colusorio que perjudica el patrimonio del Estado (p. 71).

(738) Al respecto, véase la ejecutoria suprema del 2 de abril de 1998, Exp. N° 5608-97-Cajamarca, donde se declaró nula una sentencia absolutoria de funcionarios del IPSS que se coludieron con un tercero proveedor para la adquisición indebida de ambulancias, con base en que de los informes técnicos de la Comisión de Fiscalización y de Inspectoría emergen elementos de juicio de comisión delictiva (véase en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 404). En sentido distinto, el caso de colusión defraudatoria en el que la Corte Suprema declara haber nulidad de la sentencia condenatoria por considerar que de la pericia contable y bromatológica se desprende que no ha existido irregularidades en la adquisición

tipo penal similar al peruano, es decir, que exige defraudación efectiva a los intereses patrimoniales del Estado, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW precisan que el delito de fraude del funcionario es un delito de resultado, exige que se origine un perjuicio al fisco, que puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo, puede significar, por ejemplo, que el Estado realice un pago, un acto de disposición patrimonial, una prestación de servicios a la que no estaba obligado, o que estipule un contrato en condiciones económicas poco ventajosas(739).

La lesiva defraudación al Estado tiene que ser producto o consecuencia del concierto confabulatorio entre sujeto público vinculado y el interesado, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones y concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas requeridas por la ley y el reglamento, y especificadas como momento del proceso de selección. Lo que no es normal es que esta concertación sea practicada para defraudar y pasar por encima de las expectativas de calidad o idoneidad, precio y oportunidad que satisfagan las pretensiones objetivas y racionales de la Administración Pública; es inaceptable para la Administración Pública y también para el Derecho Penal que dicha concertación sea confabulatoria, dolosa, ilegal.

La defraudación material realizada por acto propio del sujeto activo al patrimonio público sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional. En tales supuestos no existirá la especial concertación (entre vinculados e interesados) que exige el tipo penal, siendo ello suficiente para configurar una situación de atipicidad por delito de colusión desleal, pudiendo articular hipótesis de cohecho pasivo o, subsidiariamente, de enriquecimiento ilícito y de estafa.

---

y calidad de los alimentos, declarándose la existencia de duda, absolviéndose a los procesados. Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96-Huánuco.

(739) 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 de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 405; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 498.

La defraudación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública no requiere como elemento del tipo el **provecho o beneficio económico personal del funcionario o servidor público**; sin embargo, ello no impide considerar que se produzca e incluso, en un gran número de casos, va a configurar concurso con el delito de cohecho pasivo/activo. La existencia de mecanismos corruptores –donativo, ventajas, beneficios– no forma parte de la estructura típica del delito de colusión, sin perjuicio de que ellos sean la motivación del funcionario/servidor para la realización de los actos colusorios, ya que resultará no razonable concebir sujetos públicos que interviniendo en las contrataciones, concesiones u operaciones, la *ratio* de su comportamiento y motivación consista en perjudicar *per se* los intereses patrimoniales de la entidad pública a la que representan y por la que intervienen. En cambio, la lesión a los intereses del Estado casi siempre supondrá beneficios ilegales para el contratista o interesado. En ambos casos es deber funcional del fiscal para afirmar la imputación por delito de colusión desleal de lesión acreditar la afectación patrimonial sufrida por el Estado (específicamente que afecta a la repartición pública perjudicada) como resultado de la conducta típica defraudatoria realizada por el sujeto público y el interesado. El juez, por su parte, a la par que el fiscal, tiene la obligación, más allá de la defraudación material acreditada, de verificar que esta fue producto de la concertación ilegal entre el (o los) sujeto público vinculado y el interesado, y no solo producto de irregularidades administrativas, inidoneidad del negociador oficial o por fuerza mayor, no reconducibles a argumentos de dolo e ilicitud.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

Se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal, dolo que comprende en su aspecto cognoscitivo la conciencia del abuso del cargo o aprovechamiento que hace del mismo para defraudar al Estado, la ilegalidad del pacto llevado a cabo con el interesado, la incompatibilidad con sus funciones de la privatización que hace de las mismas para optimizar intereses del contratista en detrimento de los de la entidad pública; conocimiento que supone que ambos están poniendo en riesgo o afectando el patrimonio del Estado. Dolo directo, en el cual la voluntad intencional del sujeto público está coaligada con el del interesado para defraudar al Estado, lo que abre el despliegue de un elemento subjetivo del tipo caracterizado por el ánimo defraudatario que, en tanto tal, posibilita captar la finalidad del comportamiento de la gente, que no se reduce solamente a favorecer al contratista o concesionario. El sujeto público no solo conoce los elementos del tipo, sino que tiene firmemente dirigida su voluntad a defraudar los intereses patrimoniales del Estado.

El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual. El sujeto activo, al concertarse, puede actuar con evidente codicia o con intencionalidades extraeconómicas que buscan 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.

La presencia de dolo directo y la orientación defraudatoria del comportamiento torna difícil aceptar la hipótesis de error de tipo en el funcionario/servidor vinculado que, por lo general, actúa en una compleja cadena de informes, asesoramientos, que le provee de mecanismos de verificación de información antes de tomar decisiones.

Este delito suele arrastrar tras de sí a un amplio número de servidores públicos que, colocados en situación de dependencia funcional y subordinación administrativa, guardan silencio o cumplen las órdenes o direccionamientos del sujeto activo del delito; servidores no vinculados con el interesado y cuyos actos, por lo general, carecen de relevancia penal, salvo que se hallen integrados al plan colusorio en calidad de cómplices secundarios.

En el delito de colusión es igualmente importante evaluar el principio de confianza tanto vertical como horizontal para analizar –afirmando o descartando– la tipicidad del comportamiento de los funcionarios que según la imputación actúan indirectamente, constituyéndose dicho principio en un criterio limitador de la imputación penal(740).

(740) Sostiene la jurisprudencia de la Corte Suprema que: *"El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar, si además de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones. (...). Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre las bases de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es errónea. (...) En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicancias penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcionarial de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, le son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si este posee conocimientos especializados"* (Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo, fundamentos 4.47 y 4.48, Sala Penal Permanente).

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de colusión del primer párrafo del art. 384 es de peligro y simple actividad que no requiere acreditar, para su consumación, perjuicio económico a la entidad pública ni provecho económico obtenido por el sujeto público vinculado. Se consuma en el momento en el cual se concreta la concertación ilegal orientada a defraudar a la administración pública mediante el acuerdo o pacto ilícito que llevan a cabo el funcionario o servidor público vinculado con el "interesado" o representante de la contraparte contractual. No bastarán las aproximaciones o los intentos de concertar o las meras solicitudes de algunos de los agentes para ello, más allá de que pueda configurar un indicio de tendencia. El ponerse de acuerdo en lo ilegal orientado a defraudar al Estado en modo alguno puede conceptuarse como elemento normativo del tipo, sino que constituye la quinta esencia del comportamiento típico bilateral y convergente, que deberá ser acreditado con suficiencia aprobatoria, lo que incluye demostrar la finalidad defraudatoria mediante análisis técnico que exprese dicha tendencia.

Acuerdo ilegal que, quebrando los deberes de representación y gestión del sujeto público, está orientado a afectar los intereses patrimoniales del Estado, específicamente de la entidad pública involucrada en el contrato, concesión u operación. Lo que venga a continuación del acto de concertación ilegal no agrega nada cualitativo a la consumación del delito, pero sí puede marcar el ámbito de tentativa para el delito de colusión lesiva. En esta modalidad de delito no se requiere de lesión al patrimonio público; sí, en cambio, acreditar que el acto o los actos de concertación ilegal eran lo suficientemente idóneos y estaban orientados a afectarlo, no siendo, por lo general, suficiente para consumar delito el solo favorecimiento indebido o ilegal del postor o concesionario. En este extremo, favorecimientos sin concierto entre funcionario e interesado abonan más la hipótesis legal del delito de negociación incompatible que colusión. En determinados casos, el favorecimiento a la empresa postora, producto de los actos de concertación, por sí mismo puede llevar a inferir, bajo estándares de razonabilidad, dicha orientación de perjuicio, sobre todo con base en el historial y antecedentes con los que cuenta la empresa o consorcio, o los indicios que adviertan de dicha naturaleza potencialmente lesiva. Ayudará en este análisis el uso y aplicación de las reglas de sana crítica, en particular, determinadas máximas de experiencia y reglas de la lógica para afirmar o descartar dicha potencialidad.

Dadas las particularidades administrativas y prácticas que presentan los diversos procesos de contratación pública, al igual que las concesiones públicas y operaciones, caracterizadas por presentar una serie de fases o

momentos en su perfeccionamiento administrativo, precisar la consumación del delito puede requerir realizar especificaciones adicionales que concreten el momento consumativo (o momentos consumativos) y los títulos de imputación relacionados con él, en tanto dichos momentos pueden ser varios. En efecto, el tracto sucesivo de cualquier proceso de contratación puede asumir relevancia penal, en función del comportamiento colusorio, en algún y único momento como también en varios y diversos momentos. Por ejemplo, en el primer supuesto, al redactar los miembros del comité especial las bases con marcada discriminación para beneficiar a un determinado postor, con lo cual se está afectando principios inherentes a la contratación pública. En tal caso, la consumación será instantánea y la imputación se efectuará a título de autores o coautores a los miembros del comité, dependiendo la coautoría de la posesión conjunta del mismo deber o competencia que ha sido instrumentalizada mediante la conducta colusoria en acuerdo o pacto conjunto con el representante de la empresa o el consorcio a quien se pretende favorecer. Ello supondrá una potencial lesividad al patrimonio público.

La consumación instantánea única, no obstante, no es la única posibilidad comisiva del delito, pues en fases subsiguientes del mismo proceso de selección o concesión pública puede ir iterando o reiterándose la conducta típica; así, al momento de asignar puntajes y al entregar la buena pro, esquema en el cual los integrantes del comité concretan diversos momentos consumativos en la lógica de presentación de un mismo delito de colusión simple o de peligro, sin que ello suponga una suma de delitos colusorios, en concurso real, al producirse una unidad jurídica de acción.

En el delito de colusión de resultado, en momentos tales como la firma de los contratos, las entregas de los adelantos, las adendas, los pagos de avance o en la fase de entrega o liquidación de la obra, por mencionar los más importantes y decisivos momentos contractuales ejecutivos, igualmente pueden producirse –cada uno en su respectivo momento– conciertos desleales e ilegales entre funcionarios e interesados distintos a los del comité especial, que pertenecen a áreas diversas tales como Logística, Subgerencias Administrativas, Tesorería, Abastecimientos, supervisores de obra, Gerencia General, etc.; incluso los interesados pueden ser igualmente varios, piénsese en el ingeniero residente, generándose cuadros complejos de consumación del delito y autoría/coautorías paralelas e incluso sucesivas. Se producirá entonces, sin quebrar la naturaleza de un delito de consumación instantánea, consumaciones múltiples, que no supondrán la lógica de un delito permanente, mucho menos un delito instantáneo con efectos permanentes. Tenemos así esquemas de autorías/coautorías paralelas múltiples,

que deberán ser objeto de análisis para destacar sus ámbitos de relevancia penal por delito de colusión.

Los esquemas de consumación instantánea simple y consumación instantánea compleja, sobre todo esta última, pueden verse alterados con el supuesto de preordenamientos desde el centro del poder (alcalde municipal, gobernantes regionales, ministros, etc.), según el cual los funcionarios administrativos solo cumplirían roles decididos y asignados ilegalmente, lo que merecerá la debida ponderación caso por caso para concluir acerca de la existencia del delito de organización criminal al interior de las entidades públicas, en un esquema de alta complejidad, con títulos de imputación por instigación a dichas autoridades o de autorías indirectas, de poseer los mismos competencias para contratar, debiendo evaluarse también en una lectura alternativa de los hechos probables configuraciones de obediencia debida de parte de determinados funcionarios o servidores públicos.

En la colusión lesiva o de resultado patrimonial se exige –ya que la norma penal así está descrita– que se produzca defraudación patrimonial a los intereses públicos de las entidades u organismos del Estado, esto es, que se dé un perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse, en la gran generalidad de los casos, pericialmente(741). No se requiere necesariamente que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.

Considerar que el tipo penal de colusión en su totalidad descriptiva (esto es, en los dos párrafos del artículo 384 del Código Penal) es un delito de peligro y simple actividad, en una progresión que va de menor a mayor puesta en peligro del bien jurídico, es llevar a cabo una interpretación contraria al texto literal de la norma, para adelantar las barreras punitivas conforme a orientaciones doctrinarias (en especial la española) que se corresponden con la descripción típica del artículo 436 del Código Penal español, pero que no resultan aplicables a los presupuestos descriptivo-normativos del tipo penal peruano de colusión, desnaturalizándose, por lo tanto, dicha doctrina comparada cuando se la aplica acríticamente y por fuera de su contexto normativo. Igualmente, considerar que el delito –en su modalidad lesiva– se consuma con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración sufra perjuicio patrimonial, siendo ello un aspecto poco relevante (invocando para ello las recomendaciones de

(741) No es conforme al tipo penal peruano de colusión desleal la afirmación hecha por Abanto Vásquez, en referencia al diseño del delito de colusión antes de ser reformado en julio de 2011, quien citando a autores españoles concluye que estamos frente a un delito de mera actividad, en razón a la cual no se necesita que la Administración Pública sufra perjuicio económico (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 270), 2ª ed., p. 317.

los convenios internacionales anticorrupción), o que la defraudación a las expectativas puestas en el sujeto vinculado, por la norma y los intereses públicos, es ya la lesión implícita en el tipo a los intereses patrimoniales de la Administración Pública, es violentar el principio de legalidad y la seguridad jurídica que cumple el tipo penal, e igualmente desnaturalizan las recomendaciones de dichos convenios que dejan a los países miembros adoptarlos de conformidad con sus normativas internas, no a pasar por encima de criterios rectores que informan el Derecho Penal.

En los comentarios ya realizados del artículo 436 del Código Penal español, que regula el delito de fraude contra la Administración Pública, se ha podido advertir que su modelo tiene similitud con la colusión de peligro del Código Penal peruano, mas no con la colusión de lesión o de perjuicio patrimonial. Los penalistas españoles ratifican con sus comentarios y análisis del delito de fraude contra el Estado(742) que dicha norma legal centra el momento consumativo cuando la autoridad o funcionario público «*se concertara con los interesados o usare de cualquier artificio para defraudar a cualquier ente público (...)*». El problema, sin embargo, radica en que el diseño peruano de colusión desleal lesiva (segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal) no está basado en la técnica de peligro ni es un tipo que haga radicar el núcleo del injusto en la sola concertación para defraudar (delito de finalidad), sino que vincula la defraudación patrimonial a que haya existido concertación ilegal (*mediante concertación*

(742) Así, por ejemplo, Carmona Salgado, Concepción: *Compendio de Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 837 (el delito se perfecciona con el acuerdo entre el funcionario y el interesado cuando se usa cualquier otro artificio. Estamos ante un delito de simple actividad y de peligro abstracto, en el que el abuso del cargo y los intereses públicos a proteger en los procesos de contratación y liquidación, y el carácter público del patrimonio a lesionar, justifican el adelanto de la protección penal); Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 974 (es un delito de mera actividad, consumándose con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio. En el caso de que la defraudación o el perjuicio patrimonial de la Administración llegue a producirse realmente, existirá un concurso entre este delito y la estafa), entre otros.
Por su parte, la jurisprudencia española mantiene una doctrina judicial uniforme en el sentido de que: «La acción típica consiste en el concierto, esto es, ponerse de acuerdo con los interesados o especuladores, por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que, efectivamente, se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva. También es acción típica el uso de cualquier otro artificio, esto es de alguna maquinación. En ambos casos, concierto o artificio, junto al dolo, exige una intención final, esto es defraudar al Estado, provincia o Municipio, cuyo logro no es preciso para la consumación que basta, como acaba de decirse, el concierto» (STS N° 996/94 del 14/05). En otra sentencia, la judicatura española ratifica esta línea de interpretación al señalar que es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar. La producción efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, no a su perfección (S. N° 190/95, del 16/02), en Moyna Ménguez, José y otros: *Código Penal*, 5ª edición, Madrid, Editorial Colex, 2000, p. 835.

con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado) y no que dicha concertación contenga potencialmente el perjuicio patrimonial. Argumentar en la línea que la defraudación (para negarle su contenido patrimonial) es la concertación misma resulta un contrasentido, es darle una significación que desborda el concepto contenido en el vocablo «concertación», es trabajar con sentidos implícitos otorgados recreativamente a las palabras cuando ellas mismas no tienen esa capacidad de rendimiento, constituye, en suma, un adocenamiento del significado concreto y objetivo del término defraudación, que pasa a ser absorbido por el acto de concertación y que queda desprovisto del contenido material del perjuicio.

Para la modalidad de colusión lesiva o de perjuicio patrimonial, las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de contrataciones, concesiones y operaciones estatales que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio. Así, a modo de ejemplo: "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(743).

La sola concertación ilegal con finalidad defraudatoria no consuma el delito contenido en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal ni es tentativa del mismo, sino que pertenece al escenario de tipicidad de la colusión de simple actividad y peligro. El inicio de la concertación ilegal que da cuenta de la consumación del delito de colusión-peligro marca un momento en la contratación pública donde antes de él no hay nada penalmente relevante, a lo sumo actos preparatorios, los que por la propia naturaleza de peligro y de simple actividad del delito carecen de relevancia para articular tentativa; después del acuerdo hay una serie de actos ulteriores propios del tracto de las contrataciones, concesiones y operaciones que ya no agregan progresividad a la consumación, pues es instantánea, pero sí pueden ser de interés para entender la naturaleza ejecutiva del delito de colusión agravada, por ejemplo, la firma de los contratos de ejecución está fuera del ámbito de la colusión-peligro, pero aún no es consumación de la colusión-lesión, su cercanía e inminente peligro para el bien jurídico protegido lo alejan del primer párrafo del artículo 384 y lo acercan al segundo párrafo de dicho artículo.

(743) Ejecutoria suprema del 24/01/2001, Exp. N° 3137-2000-Lima, Sala Penal de la Corte Suprema.

En efecto, lo que acontezca antes del pacto o acuerdo doloso que condensa la concertación ilegal no pertenece al ámbito de la relevancia penal(744) más allá de lo antiético o de lo socialmente inmoral que puedan ser los acercamientos o tratativas no cohesionadoras, todavía, del pacto con orientación defraudatoria que puedan propiciar el funcionario o el tercero. Los ejemplos que se han dado(745), en tanto casos de tentativa previa al acto de concertación: citar a una de las partes a una reunión o reunirse todos en un lugar determinado, carecen, por lo mismo, por sí solos de entidad para que sean considerados actos ejecutivos del delito de colusión de peligro, con mayor razón del delito de colusión lesiva material.

La frustración o postergación de la puesta en práctica de los acuerdos defraudatorios, de ser detectados, implica delito tentado para la colusión de lesión; igualmente las adendas suscritas, pero aún no pagadas. El desistimiento voluntario es igualmente admisible. La colusión que no llega a ocasionar perjuicio al Estado, según las circunstancias, es tentativa de la colusión de lesión. Un caso de tentativa evaluada a nivel judicial se encuentra en la ejecutoria suprema del 24/01/2001, Exp. N° 3137-2000-Lima(746). La sola concertación, acto regular en toda negociación, que no suponga pactos ilícitos carece de interés penal(747). La ausencia de concertación ilegal le quita así un componente esencial al delito, afirmando la atipicidad del hecho(748).

X. PENALIDAD

Es la más alta –en su extremo máximo– de todos los delitos contra la Administración Pública.

(744) En igual sentido, SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 324. Dice SALINAS: antes del inicio de la concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado no hay nada punible.

(745) Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 318.

(746) «Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que acreditan de manera fehaciente 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 pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya efectuado 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 acusados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa», en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Idemsa, 2005, p. 308.

(747) Al respecto, véase la ejecutoria suprema del 16/05/2003, Exp. N° 361-2002-Huánuco. SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 176 (ver sumillas jurisprudenciales).

(748) Véase ejecutoria suprema del 09/05/1997, Exp. N° 4159-95-Lima, ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 663.

La modalidad de colusión-peligro tiene una pena que oscila de 3 a 6 años. La modalidad de colusión-lesión, de 6 a 15 años. En ambas modalidades también con multa e inhabilitación principal de 5 a 20 años, de conformidad a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Existe atipicidad:

- Si es que no existe concierto defraudatorio(749) (750).
- Si el sujeto interviene dolosamente en las contrataciones, concesiones u operaciones sin vinculación por razón del cargo en sentido amplio(751), su hecho podrá ser analizado bajo supuestos de participación en el delito pero no de colusión ilegal, o revestir relevancia de otras figuras penales (estafa o defraudación).
- Si el sujeto público solo participa efectuando trámites administrativos(752).

(749) Un caso de atipicidad por inexistencia de concierto para defraudar, declarada judicialmente se halla en la ejecutoria del 14 de mayo de 1998, Exp. N° 4174-97-Lima, en la cual se absuelve al exalcalde de Chorrillos, quien había sido condenado por la Corte Superior de Lima por delito de colusión defraudatoria en agravio de la municipalidad del mismo nombre. Consideró la Corte Suprema que la reducción de la renta por merced conductiva a la empresa "Restaurante Salto del Fraile" acordada vía resolución de alcaldía está dentro de la competencia y atribuciones del alcalde, quien puede celebrar y acordar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, habiéndose negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Véase la ejecutoria en ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal*, cit., p. 650.

(750) Otra resolución en la que se valora la ausencia de concertación para destipificar la conducta imputada es la ejecutoria suprema del 24/11/2000, Exp. N° 2916-2000-Lima (ver sumillas jurisprudenciales).

(751) Véase al respecto la ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3538-96-Lambayeque: caso de alcalde y regidores que suscriben contratos en su calidad de vecinos y no de funcionarios; ídem, la ejecutoria suprema del 08/05/2013, R. N. N° 1458-2012-Ica, Sala Penal Permanente, en la que se absolvió por no ser los procesados funcionarios ni servidores que actuaron por razón del cargo, al tratarse de integrantes de una junta de usuarios de riego.

(752) Así, la ejecutoria suprema del 12/05/2010, R. N. N° 702-2009-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que consideró que "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. (...), 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".

- Si solamente hay irregularidades administrativas que carecen de entidad para configurar ámbitos de aporte al plan colusorio(753).
- Se trata de infracciones administrativas(754).
- Si el sujeto carece de facultad de decisión(755).
- Cuando hay ausencia del elemento normativo funcionario o servidor público (particular contratado para obras específicas)(756).
- Por ausencia de perjuicio en el caso de colusión agravada (inexistencia de prueba idónea para determinarlo)(757).
- Por actos cometidos sin dolo, por ligerezas, negligencias o irregularidades administrativas(758).

(753) Al respecto, con alusión a pronunciamientos de la Corte Suprema, véase en PARIONA ARANA, Raúl: *El delito de colusión*, cit., pp. 95 a 102.

(754) Así, la ejecutoria suprema del 16/05/2003, R. N. N° 3611-2002-Huánuco. Sala Penal de la Corte Suprema: "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".

(755) Ejecutoria suprema del 20 de marzo de 1998, Exp. N° 1522-97-Lima: "El procesado que en su calidad de administrador y que no tuvo al momento de los hechos poder de decisión en la celebración de los contratos cuestionados no comete delito de colusión defraudatoria"; ídem, la ejecutoria suprema del 22/08/2012, R. N. N° 1105-2011-Ica, Sala Penal Permanente, en la que se absolvía a los integrantes de la Junta de Usuarios de Riego, al no estar revestidos de la condición especial que pide el tipo de colusión. Ídem en la ejecutoria suprema del 22/08/2012, R. N. N° 1105-2011-Ica, Sala Penal Permanente, donde se precisa que no cualquier funcionario o servidor puede ser sujeto activo del delito de colusión, 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 –jefe de la Oficina de Control Patrimonial y 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.

(756) Se trató del caso en el cual un alcalde contrató a operarios a fin de que fabricaran puertas y ventanas para colocar en un nuevo local comunal, habiendo sido considerados dichos carpinteros como servidores públicos, ejecutoria suprema del 22/08/2001, Exp. N° 753-2001-Amazonas, SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal,* cit., p. 588 (ver sumillas jurisprudenciales).

(757) En tal sentido, la ejecutoria suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96-Huánuco, que descarta la existencia de delito si de las resultas de la pericia contable y otra no se deriva la existencia del perjuicio al ente público. Véase Sumillas de Jurisprudencia.

(758) Ejecutoria suprema del 24/11/2000, Exp. N° 2916-2000-Lima: «Del estudio de autos se advierte que si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron datos inexistentes; sin embargo no se ha llegado a acreditar que los procesados en

- Por no existencia de perjuicio al Estado (al inexistir faltante de víveres)[759].
- Por tratarse de un simple incumplimiento contractual[760].

2. Causas de justificación

Es difícil hallar una causal justificatoria del comportamiento del agente, dado el dolo directo y el involucramiento fraudulento del sujeto activo y de los interesados con el que debe actuar quien se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos, máxime si el funcionario o servidor asume por ley posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades.

Donde sí es frecuente encontrar causas de justificación del comportamiento es en los actos de los cómplices funcionales (funcionarios o servidores públicos), es decir, en el personal administrativo que bajo supuestos de obediencia o principio de confianza contribuyen a los actos del sujeto activo.

XII. PARTICIPACIÓN[761]

Cabe complicidad de otros funcionarios y servidores, incluso de particulares, dada la naturaleza compleja y secuenciada de los actos contenidos

---

su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con estas a efectos de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia; que, de otro lado, si bien los procesados estando al cargo que cada uno desempeñaba, estaban obligados funcionalmente a supervisar una correcta inscripción de las empresas proveedoras, empero dicha omisión no constituye necesariamente una conducta de naturaleza ilícita, sino de orden administrativo», en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 2002, p. 740. Ídem, la ejecutoria suprema del 31/12/1997, Exp. N° 659-97-Huancavelica (ver sumillas de jurisprudencia).

(759) Ejecutoria suprema del 5 de mayo de 1997 (Sala C), Exp. N° 4110-95-Arequipa, de conformidad con el dictamen fiscal supremo: "No ha quedado acreditado la comisión de los delitos ni la responsabilidad penal de los acusados, puesto que si bien es cierto que se han adulterado documentos de la entrada y la salida de la carne y arroz, no se ha probado que tales adulteraciones fueran con la finalidad de sustraer víveres de los almacenes ni que se haya perjudicado al Estado, puesto [sic] que no existe ningún faltante de víveres y respecto de las compras en exceso, no están acreditado perjuicio para el Estado, toda vez que han sido consumidos en su totalidad".

(760) Ejecutoria suprema del 28/04/1989, Exp. N° 175-89-Piura: «Si de lo actuado se evidencia que existe un incumplimiento en la realización de los contratos, lo cual carece de contenido penal, procede la absolución del procesado», en *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, año judicial 1989, Tomo LXXVII, Lima, 1993, p. 147.

(761) Véase también Rojas Vargas, Fidel: «Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal», en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 388.

en el tipo penal. La instigación es, asimismo, una posibilidad atribuible tanto a sujetos públicos no vinculados como a particulares.

La única complicidad primaria posible es la del interesado que aporta y configura conjuntamente con el funcionario/servidor público el acto de concertación ilegal; los demás partícipes contribuyen con aportes secundarios. Dada la calidad de participación necesaria y de encuentro (del delito de colusión ilegal) las contribuciones del cómplice primario no pueden, ser consideradas de autoría, pero sí jurídicamente de participación. Esta lectura era ya planteada incluso en el Código Penal derogado español de 1973, por el Tribunal Supremo español. Así, las sentencias del TSE del 2 de febrero de 1994 y del 16 de febrero de 2019, citadas por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en las cuales se consideró que el particular que se concierta con el funcionario ha de responder como cooperador necesario, sancionándosele con una pena atenuada al no concurrir en él la condición de funcionario(762).

Los cómplices no pueden consumar el delito, sean primarios o secundarios, ya se trate de un cómplice funcionario o de un cómplice primario interesado *extraneus*(763). La consumación del delito es el núcleo de la imputación de un delito y ella solamente lo configuran el autor, los autores o los coautores. Los cómplices –con indiferencia de si son necesarios o secundarios–, con mayor razón en un delito de infracción de deber, están incapacitados jurídicamente para consumar el delito, por más que sus aportes sean decisivos para ejecutar el tipo penal. Un cómplice funcionario sigue siendo cómplice sin posibilidad de ser considerado cuasi autor o autor. Resulta impracticable e imposible que existan dos cómplices primarios (el funcionario y el interesado) en torno a los cuales construir el delito de colusión en tanto delito de participación necesaria y de encuentro. La posibilidad de aportes secundarios de complicidad está del lado de personas distintas del interesado.

(762) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; BEYNETEZ MERINO, L. y varios. *Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia*, cit., p. 1274.

(763) Véase en tal sentido la singular tesis del Ministerio Público y de los órganos judiciales de Lambayeque (Primer Juzgado Penal Unipersonal y Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lambayeque –considerada, extrañamente, carente de interés casatorio por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema–, utilizada para condenar, en el sentido de que el cómplice primario (proveedor de combustible) y el alcalde (considerado cómplice primario por no tener vinculación funcional para intervenir en la contratación al haber delegado funciones en sus gerentes generales) cometieron la conducta típica de concertaron ilegal, "*trasladando*" el pacto colusorio para que sea cumplido por los gerentes generales (considerados autores del delito de colusión) que se sucedieron cronológicamente en la Municipalidad de Chiclayo. Sentencia de la Sala de Apelaciones de Chiclayo del 21 de marzo de 2018 y resolución suprema, Casación N° 514-2018-Lambayeque, del 01/08/2018, que declarara inadmisible recurso de casación.

No es jurídicamente posible la figura del cómplice del cómplice ni cómplice secundario del cómplice primario; aportes que jurídicamente se tornan irrelevantes penalmente, dada la ya ampliación de tipicidad que suponen los aportes del cómplice en el delito del autor, existiendo una prohibición de regresar indefinidamente la causalidad de los aportes.

No se participa de la tesis de que el tercer y final párrafo incorporado al artículo 25 del Código Penal haya desvanecido la diferenciación entre cómplices primarios y secundarios, sostenida por SALINAS SICCHA, para abonar legalmente una complicidad única(764), máxime si la finalidad de dicho párrafo ("*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*") es darle carácter legal a la tesis de la unidad del título de imputación a efectos de superar el debate que se mantenía en algunos jueces supremos acerca de que con relación a los cómplices que participan en delitos de infracción de deber se aplicaba la tesis de la ruptura. Igualmente, no se participa del argumento de que la complicidad primaria es hija de la tesis del dominio de hecho para fundamentar la aparente desaparición de la clasificación de la complicidad en primaria y secundaria, pues por igual la autoría y la coautoría son también vástagos de dicha teoría, anterior y de mayor alcance que la tesis de la infracción de deber, la misma que tiene reparos en la doctrina, sin que ello desmerezca su vigencia en el Perú y España. Por lo demás, tampoco norma alguna ha derogado hasta ahora los párrafos 1 y 2 del artículo 25, que aluden a ambas clases de complicidad.

La hipótesis de impunidad del interesado, sostenida por ABANTO VÁSQUEZ, de conformidad a una de las lecturas posibles de los delitos de participación necesaria y encuentro, tiene vigencia cuando dicho agente cumpla el rol de contraparte en la contratación, esto es, en sus expectativas de lucro y realización empresarial, sin penetrar los ámbitos de relevancia penal de los conciertos o pactos ilegales con el sujeto público para defraudar al Estado. En el supuesto de que el interesado obre coaccionado o intimidado por el funcionario y acceda a los acuerdos ilegales, se abrirá una hipótesis de justificación.

XIII. CONCURSO DE DELITOS

El sujeto activo (funcionario o servidor) y los particulares, estos últimos en su calidad de cómplices, pueden incurrir, asimismo, en delitos contra

(764) Véase SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 336.

la fe pública (falsificando o alterando documentos, artículos 426-427). En el caso de los sujetos públicos, se pueden presentar figuras de corrupción pasiva (artículos 393-394) según reciba o solicite donativo, promesa o ventaja para practicar algún acto propio del cargo o función en el tracto de la contratación o concesión; o también de concusión (artículo 382), de exigir el agente bienes o beneficios económicos intimidando a terceros. Los particulares pueden incurrir en corrupción activa al dar o prometer dar donativo o ventaja al funcionario/servidor vinculado. El delito de estafa juega un rol subsidiario de tipificación para el supuesto en el cual no exista concertación ilegal y sean los funcionarios quienes mediante engaños o estratagemas defraudan patrimonialmente al Estado o intentan defraudarlo, lo mismo cabe respecto al interesado(765).

Las relaciones entre el delito de **colusión y el de negociación incompatible** se dan por el lado del denominador común que ambos poseen, es decir, la base de contrataciones públicas en la que el funcionario o servidor público (sujeto activo del delito) actúa por razón del cargo. Las diferencias se producen en el hecho de que el delito de negociación es un ilícito general y esencialmente unilateral de puesta de interés directo o indirecto, o simulado del funcionario en provecho propio o de tercero en el curso del contrato u operación, en el que no debe existir bilateralidad de prestaciones, mucho menos concierto para defraudar patrimonio público, lo cual no descarta acercamientos no configuradores de concierto ilegal defraudatorio. El delito de negociación es propiamente un delito de corrupción funcional cuya naturaleza es de simple actividad y peligro, donde además el perjuicio al Estado no es elemento del tipo penal, por lo que el concurso de delitos supondrá escenarios fácticos distintos de actuación del funcionario o servidor público. Considero que es erróneo sostener que el delito de negociación incompatible es subsidiario con relación al delito de colusión.

(765) Véase la ejecutoria suprema del 19/03/2009, R. N. N° 1934-2007-Arequipa, Sala Penal Permanente, que analizando y decidiendo un concurso entre estafa y colusión señaló: "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 el proceso de adjudicación directa".

XIV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La Ley N° 31178 (28/04/2021) incorporó en el artículo 384 del CP tres circunstancias que incrementaron notablemente la pena privativa de libertad (15 a 20 años) y determinaron que la pena de inhabilitación será perpetua. Extremo, este último, que resulta contradictorio con el sistema punitivo de la inhabilitación principal del artículo 38 de la parte general del Código Penal (modificado igualmente por dicha ley) que fija un máximo de 10 años para dicha pena.

La primera agravante está dada por el hecho de actuar el agente, en el delito de colusión, (i) como integrante de una organización criminal, (ii) como persona vinculada, o (iii) actuar por encargo de dicha organización. La noción "organización criminal", más allá de las diversas conceptualizaciones que en la doctrina se han dado sobre ella, constituye un elemento normativo de entidad supranormativa, al estar fijados sus componentes en tratados internacionales (en particular, por el artículo 2 de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada [2000]: "*Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o mas delitos graves con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material*"). El núcleo de esta circunstancia es *actuar el agente*, es decir, ejecutar/consumar la conducta exigida por el delito de colusión, lo que se corresponde con la noción de integrante de la organización criminal. El cómplice no parece estar comprendido en la agravante, ya que dicho partícipe por definición no integra la organización y cuando la norma alude "a actuar por encargo de ella", la naturaleza especial de esta figura de infracción de deber hace difícil asumir dicha orientación interpretativa. Por lo mismo, tanto la persona vinculada como la que actúa por encargo alude a un mensaje normativo dirigido al autor o coautor. Resulta opinable que el *interesado*, en tanto cómplice primario ingrese en la agravante.

En la segunda circunstancia agravante, el legislador ha incrementado el desvalor de la acción y/o resultado en razón a dos variables, la primera de orden normativo (vinculación de las contrataciones, concesiones u operaciones con programas asistenciales, de apoyo, inclusión social o de desarrollo); la segunda, de entidad cuantitativa (cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 10 unidades impositivas tributarias). En cuanto a lo primero remitimos a lo dicho en materia de peculado agravado que contempla igual circunstancia. En relación a lo segundo, llama la atención el uso de una fórmula nominal que puede

ser discutible o inaplicable para la figura de colusión al aludir la norma a efectos o ganancias.

En la tercera agravante, típica circunstancia de aprovechamiento o prevalimiento del agente, por *calamidad pública*, se entiende el desastre público innominado natural o social que provoca estragos en la población, la economía o el curso mismo de la vida en sociedad, que llega a afectar la funcionalidad y el patrimonio de la Administración Pública. La *emergencia sanitaria* constituye un componente cultural normativo del tipo, definida por la Organización Mundial de la Salud y regulada mediante decreto supremo, en tanto respuesta a una modalidad específica de calamidad, consistente en el brote y expansión de una enfermedad (o varias) que afecta a más de un país (pandemia) con impacto serio en la salud pública y la vida de las poblaciones y que requiere una estrategia coordinada a nivel internacional. La norma se coloca igualmente en el caso extremo que la colusión comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Para que le sean imputables cualquiera de las agravantes al agente, deberá este conocer los componentes de dichas circunstancias, es decir, su dolo debe comprender dichas representaciones cognitivo-volitivas, además de las contenidas en el tipo básico.

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 265: *Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.*

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 400: *El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, 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».*

«Código Penal de España (1973), artículo 401: *El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato*

u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del tanto al triple del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 436: *La autoridad o funcionario público, que interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertara con los interesados o usare de cualquier artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres 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 estos, 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*».

4. Chile (1873)

«Código Penal de Chile (1873), artículo 239: *El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdidas o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo.*

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo».

4

PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PARTICULARES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico: 1. Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. 2. Patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Participación. **X.** Concurso de delitos. **XI.** Legislación extranjera: 1. Brasil (1940). 2. Italia (1930). 3. España (1995). 4. Colombia (2000).

Artículo 385: *«El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

No se presentan antecedentes en la legislación penal nacional anterior.

La fuente extranjera de la que se extrajo el modelo es el artículo 321 del Código Penal brasileño (*advocacia administrativa*). Poseen semejanzas el artículo 324 del Código Penal italiano de 1930 (artículo actualmente derogado por la ley del 26 de abril de 1990) y 157 del Código Penal colombiano de 1980, actualmente sustituido por una nueva fórmula legal (artículo 421) en el Código Penal del año 2000.

Señala Henrique PIERANGELLI que, a decir de Nelson HUNGRIA, el artículo 321 del Código Penal del Brasil, que regula el patrocinio de intereses

privados (*advocacia administrativa*) proviene del artículo 324 del Código Penal Yugoeslavo de 1929[766].

II. LA FIGURA PENAL

Nuestro Código Penal es uno de los pocos que criminaliza la gestión de intereses particulares ante los órganos de la Administración Pública por parte del funcionario o servidor público. Se trata de un típico abuso de cargo por mal uso del mismo con base en incompatibilidades administrativas. Dicha figura es conocida también como *advocación administrativa ilícita.*

El modelo peruano de patrocinio ilegal tiene bastantes similitudes de redacción con el artículo 321 del Código Penal brasilero –que se constituye en nuestra fuente legislativa extranjera–, que contempla la figura penal de "*Advocacia administrativa*" (artículo 321: "Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a adminstração pública, valendo-se da qualidade de funcionario. Pena-detenção de 1 a 3 meses ou multa"). *Advocacia*, traducido literalmente al español, es sinónimo de abogacía. Así lo entiende Rogério Greco, quien sostiene que *patrocinar tiene el significado de defender, abogar. El funcionario público actúa como si fuese abogado, cuidando o haciendo la defensa de un interés privado ante la Administración Pública*[767]. Otros autores en la doctrina brasilera, representados en la paradigmática figura dogmática de Pierangelli, José Henrique, sin embargo, han optado por ampliar los alcances del patrocinio a la promoción-representación por un funcionario que abusa del cargo sin que se requiera que necesariamente sea abogado[768].

En la doctrina española, el delito de patrocinio (conocido como delito de "Actividades profesionales incompatibles"), con palabras de Judel Prieto, Ángel, se considera que *constituye un medio de obtención de clientela en razón de las funciones que desempeña el funcionario.* Asimismo, que *en cualquier caso se exige que medie una relación de servicio con empresas o particulares*[769]. Enfatiza así, y de este modo, la doctrina española la necesidad de un injusto penal de alta intensidad conectado con intereses

(766) Pierangelli, Henrique José: *Manual de Direito Penal brasileiro*, V. 2, cit., p. 858.

(767) Greco, Rogério: *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, Volume IV, 11 edição, Niterói, Editora Impetus, 2015, p. 477.

(768) Pierangelli, José Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro*, V. 2, cit., p. 859.

(769) Judel Prieto, Ángel, en Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coordinador): *Manual de Derecho Penal.* Tomo II. Parte especial, cuarta edición, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 561; ídem, Morillas Cueva, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte sepecial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1193.

privados para hacer del asesoramiento permanente o accidental un hecho criminalizado penalmente.

El Código Penal español de 1995, que fija el núcleo de tipicidad del delito (artículo 441) en el asesoramiento permanente o accidental de entidades privadas o particulares en asunto en el que el funcionario o autoridad deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, posee cierto parecido con el artículo 385 del Código Penal nacional; diseño legislativo español que no se ve librado de cuestionamientos doctrinarios que remarcan su naturaleza fundamentalmente administrativa(770). Los Códigos Penales –sobre todo– de Brasil (artículo 321) y –en menor grado– de Italia (artículo 324) son dos de los contados cuerpos punitivos que han servido para construir doctrina de utilidad para el modelo peruano, al criminalizar igual y similar supuesto de hecho. En el caso de este último país, el tipo penal fue derogado en abril de 1990, el mismo que circunscribía el interés privado en cualquier acto de la Administración Pública en la cual ejerce su cargo, mientras que el modelo brasileño alude a patrocinar directa o indirectamente intereses privados ante la Administración Pública.

La reforma en el diseño colombiano (artículo 421 del Código Penal) –que utiliza los verbos declinados *represente*, *litigue, gestione* o *asesore*– con la puesta en vigencia del Código de 2000 incorporó una importante agravante cuando el hecho de patrocinio es efectuado por un servidor público del Poder Judicial o Ministerio Público, supuesto en el cual la pena se incrementa hasta los 54 meses; particularidad esta la de fijar pena en meses y no en años, establecida por sentencia 238 de la Corte Constitucional de fecha 25 de marzo de 2005.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es objeto de tutela penal la protección del correcto ejercicio de las funciones y servicios públicos, para garantizar que los poderes e investiduras que el Estado otorga a sus agentes no sean empleados para favorecer intereses de particulares en cualquiera de las diferentes reparticiones de la Administración Pública. Forma parte del objeto de la norma castigar el uso abusivo de la calidad detentada por el funcionario-servidor público que quebranta el régimen de incompatibilidades establecido en el sistema jurídico, para indebidamente efectuar injerencia en la Administración Pública asumiendo y optimizando con su intervención los intereses de particulares,

(770) Véase "Legislación extranjera".

afectando el principio de igualdad en materia administrativa y en sentido mediato la debida imparcialidad en la toma de decisiones

Revisemos algunas precisiones doctrinarias al respecto:

MANZINI: El objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en lo que atañe al deber de desinterés personal en la gestión de las funciones públicas, ya que conviene asegurar la cosa pública contra la especulación de los oficiales públicos(771).

VANNINI: Es un delito que ofende moralmente, desacreditando a la Administración Pública, a la que se hace instrumento de interese personales(772).

CATALÁN SENDER: El bien jurídico protegido es la pureza de la Administración –objetivo que, sin duda, afecta e interesa a toda la sociedad– pretende defender la imparcialidad de la Administración, evitando así que los funcionarios se sirvan de ella para fines particulares(773).

MUÑOZ CONDE: Se quiere conseguir la imparcialidad de la Administración, castigando a los sujetos públicos cuando abusen de su especial situación para lucrarse con merma de la dignidad e imparcialidad a la que están obligados por razón del cargo que ocupan(774).

MORALES PRATS: El bien jurídico tutelado en este delito debe cifrarse en el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. Se trata de evitar la posible confluencia en el funcionario de intereses públicos y privados que puedan directa o indirectamente, incidir en el ejercicio de sus funciones(775).

DE SOUZA NUCCI: El objeto jurídico es la Administración Pública en sus aspectos material y moral(776).

(771) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Vol. III, cit., p. 316.

(772) VANNINI, Ottorino: *Manuale di Diritto Penale italiano. Parte Speciale, I singoli delitti e le singole contravvenzioni*. Giuffrè editore, Milano, 1954, p. 61.

(773) CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos...*, cit., p. 358.

(774) MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 1042.

(775) MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (director), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición, cit., p. 1801.

(776) DE SOUZA NUCCI, Guilherme: *Curso de Direito Penal, Vol. 3. Parte Especial*, Rio de janeiro, Gen Editora Forense, 2016, p. 526.

MIRABETTE Y FABBRINI: El artículo 321 tutela la regularidad de la Administración Pública contra los efectos nocivos de la *advocacia administrativa*, incompatible con la posición funcional de los agentes del poder público(777).

FRAGOSO: Objeto de tutela penal es aquí la Administración Pública, particularmente la normalidad de los servicios públicos, que se protegen contra las acciones de los funcionarios que se valen del cargo que ocupan para defender intereses particulares, lícitos o ilícitos, ante la Administración Pública(778).

En toma de protección de la imparcialidad, la misma no está circunscrita a los actos del sujeto activo, esto es, en su ejercicio funcional, pues el sujeto activo –tal y como lo ha descrito el tipo legal– no decide en causas administrativas o jurisdiccionales sometidas a su competencia (lo que sí acontece en el tipo penal 441 del Código Penal español, donde es plenamente acertado colocar la protección plena de la imparcialidad como bien jurídico específico); sí, en cambio, es posible referirnos a una imparcialidad administrativa en sentido amplio, consistente en la prohibición de hacer injerencia en asuntos que se ventilan en la Administración Pública, de modo que se la proteja de las interferencias indebidas que trae consigo la promoción de intereses privados o particulares. Tampoco interesa aquí destacar la avidez lucrativa ni la pureza de la Administración, lo primero por no ser elemento intrínseco del tipo penal, lo segundo por ser una valoración discutible y quizás subjetiva. Sin embargo, hay que enfatizar, efectivamente, la regularidad de la Administración Pública contraponiéndola a los efectos nocivos del patrocinio y la confluencia perniciosa de intereses públicos y privados reunidos en el comportamiento funcional anómalo del sujeto público. La norma busca, sin duda, en esta modalidad abusiva de la calidad ostentada por el funcionario o servidor, preservar tanto el principio de igualdad ante la Administración Pública como igualmente preservar, en consecuencia, el prestigio –en tanto valor normativo ideal– que debería mantener siempre la Administración Pública, que se ve atacada, desde dentro, con los actos de patrocinio de sus propios agentes.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Son sujetos activos en este delito el funcionario y el servidor público. La norma no requiere una clase determinada de funcionario o servidor, ni

(777) MIRABETE, Julio Fabbrini y FABBRINI, Renato: *Manual de Direito Penal, 3 Parte especial*, 30ª edição, Gen Atlas, São Paulo, 2016, p. 319.

(778) FRAGOSO, Heleno Claudio: *Liçoes de Direito Penal. Parte especial*, Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 430.

que este sea abogado o no[779], no obstante que una de las expresiones del verbo rector "patrocinar" aluda a la acción estricta de defender intereses particulares en la Administración Pública. Por lo mismo, puede tratarse de cualquier funcionario o servidor en ejercicio (parlamentarios, jueces, ministros, alcaldes, regidores, fiscales, subprefectos, directores de educación, profesores, empleados públicos, etc.). En la redacción de este tipo penal puede apreciarse, con bastante facilidad, la denominada vinculación funcional flexible o amplia, la cual no está circunscrita a estrictos formalismos derivados del cargo o atribución administrativa, que permite establecer diferencias, por ejemplo, con los delitos de peculado o cohecho pasivo.

Es impensable comportamiento de patrocinio en las propias esferas de competencia del propio funcionario o servidor (autopatrocinio), la conducta se proyecta a esferas administrativas de competencias distintas del sujeto activo, en otra entidad e incluso en la propia repartición pública en la que trabaja el sujeto público, pero en ámbitos diferentes. Hay aquí una gran diferencia con el modelo español de asesoramiento profesional indebido (artículo 441 del Código Penal español), por cuanto en él el sujeto público realiza una actividad profesional de asesoramiento a particulares o entidades privadas en asuntos que ha conocido o va a conocer o en trámites de la misma oficina donde él depende.

El funcionario o servidor tiene que hallarse en actividad, es decir, desempeñando su cargo o empleo, lo cual no significa que cuando patrocina lo haga en ejercicio de sus funciones. Si bien la norma no lo dice, en el caso de sujetos públicos que se hallan de licencia, vacaciones o en caso extremo con cese temporal, en una primera línea de interpretación habría que pensar que si reúnen la calidad de sujetos activos, pues están en la posibilidad de hacer valer su calidad; sin embargo, considero que el tipo no les sería aplicable, pues no se hallan ejerciendo cargo público, donde la posibilidad de abusar jurídicamente del cargo es remota. Martínez Huamán es de opinión distinta, al considerar que no resulta relevante que el agente se encuentre en el ejercicio material (labor) de su cargo[780]. En este punto es decisivo lo que el tipo penal establece en el sentido de que el agente se aproveche de su calidad de funcionario público, donde la calidad o se entiende por la sola condición formal o en su sentido integral y dinámico.

(779) Al respecto, Chávez de la Peña, César Alberto, en su artículo "El delito de patrocinio infiel", *Gaceta Penal*, Tomo 14, agosto 2010, Lima, Gaceta Jurídica, p. 169 y ss., lleva a cabo un recuento histórico de la historia y la función del abogado en la perspectiva de este delito de prevaricato forense.

(780) Martínez Huamán, Raúl Ernesto: "Delito de patrocinio ilegal: análisis del artículo 385 del Código Penal", en *Gaceta Penal*, Tomo 126, diciembre, 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 197.

El sujeto activo puede ser un funcionario o servidor público, abogado o no.

El sujeto pasivo o titular jurídico del bien jurídico es la Administración Pública; en particular, la entidad afectada con el comportamiento del sujeto público.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Valerse del cargo y la acción de patrocinar intereses de particulares en la Administración Pública son los dos componentes objetivos del comportamiento típico. El tipo penal 385 no ha establecido modos indirectos o simulados de patrocinio, lo que es de importancia para los efectos de su interpretación de *ultima ratio* y la imposibilidad de modalidades omisivas.

1. Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público

Lo que la norma penal criminaliza y castiga es el aprovechamiento de su calidad funcional por parte del funcionario o servidor público para colocarlos a disposición de intereses particulares. No se trata aquí de ejercer atribuciones o poderes inherentes a la competencia de los cargos, o a asuntos propios al desenvolvimiento de las funciones o servicios que le toca cumplir al sujeto público en las esferas de la Administración Pública, ni tampoco que simplemente haga prevalecer su condición de funcionario, pues no es una competencia de poder a poder. El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de sus calidades en el orden social para privilegiar a terceras personas, las cuales tienen que ser necesariamente particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas). Esta restricción del tipo deja fuera la posibilidad de configurar delito cuando el sujeto activo patrocina intereses de otros agentes públicos. No obstante, el componente típico "promoción de intereses de particulares ante la Administración Pública" admite un nivel de debate a efectos de dar por comprendido en el tipo los intereses particulares de funcionario o servidor público, en tanto pese a ser funcionario o servidor actuaría como particular cuyos intereses son promovidos en la Administración Pública (Así, el fundamento 13 de la Casación N° 226-2012-Lima, del 23/09/2013).

En suma, que el agente actúe dolosamente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público significa un comportamiento de aprovechamiento sutilmente coactivo de su calidad funcional, incompatible con las expectativas depositadas por la sociedad y la Administración Pública en él. El sujeto público (funcionario o servidor público) es la expresión visible del Estado, con sus actos trasmite la calidad del Estado que representa, así

como la dignidad e importancia social de los cargos y empleos públicos. Cuando se vale de su calidad o de la investidura (privilegios y posesionamientos, jerarquía, rango o relaciones) poseídas para sutil o abiertamente presionar ante los órganos y agentes de la Administración Pública a favor de terceros, se sale de sus cometidos administrativos y roles funcionales. Como señala SALLES JUNIOR, el funcionario o servidor aprovecha de sus cualidades o de las facilidades de acceso frente a sus colegas o camaradas o de la influencia que ante estos tiene para patrocinar intereses privados(781). Señala MANZINI que la prohibición para los funcionarios públicos de poner interés particular en actos de oficio constituye un principio general del Derecho Público(782).

2. Patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública

El término «patrocinar», verbo transitivo de acción, no está usado restrictivamente, es decir, circunscrito tan solo al ámbito jurisdiccional, sino en sentido lato, amplio, tanto en su connotación como en su denotación. *En su connotación,* por cuanto significa gestión, promoción, favorecimiento, defensa, sin que implique exclusivamente defensa en juicio jurisdiccional; por lo mismo, posee una riqueza de contenidos de acción mayor que el simple patrocinio legal o forense o el mero interesarse. *En su denotación*, por que dicho patrocinio puede abarcar todas las esferas y niveles en sentido amplio de la Administración Pública (ámbitos legislativo, ejecutivo, judicial, militar, policial, administrativo, etc.) y en diversidad abierta de materias, no circunscritas solo a lo económico, de modo eventual o con cierta permanencia. Por lo mismo, no es un tipo penal de autoría restrictiva, como para ver al funcionario-servidor abogado exclusivamente. Esto diferencia el diseño legislativo peruano del artículo 421 del Código Penal colombiano, que restringe la actividad del patrocinio –en uno de sus verbos rectores– a la litigación en el ámbito judicial, policivo y administrativo, y donde la doctrina mayoritaria sostiene que quien patrocina es el servidor público que debe reunir la condición de abogado(783).

Señala RANIERI que la conducta debe ser ilegítima, esto es, no conforme con las normas que reglamentan la actividad de los funcionarios

(781) SALLES JUNIOR, Romeu: *Curso completo de Direito Penal*, 3ª edición, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 379.

(782) MANZINI, Silvio: *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 317.

(783) Véase GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 553, FERREIRA DELGADO: *Derecho Penal especial*, Tomo II, cit., p. 436; BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 224.

públicos en relación con sus funciones y debe estar dirigida a un acto de la Administración Pública(784).

De forma distinta a lo que ocurre en la legislación penal brasileña, que diferencia entre patrocinio de intereses legítimos y patrocinios de intereses ilegítimos (agravando la pena en este segundo supuesto), el artículo 385 no diferencia la licitud o ilicitud del interés patrocinado, puede tratarse incluso de patrocinio de intereses de particulares que no están en conflicto con los intereses públicos, ya que es suficiente para que el hecho asuma relevancia penal que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares de forma eventual o con cierta permanencia, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades; asunto que obviamente representa una nivelación valorativa desproporcionada, pues no puede ser lo mismo patrocinar indebidamente (intereses de particulares) con la finalidad de obtener decisiones justas o legítimas, o colocar celeridad ante las ya ancestrales trabas burocráticas del sistema de la Administración Pública, que hacerlo para convalidar o proponer ante la Administración Pública intereses ilegales o ilegítimos. Obviamente que aquí el factor dolo puede tornarse decisivo para establecer separaciones entre lo típico y lo que no reúne dicha calidad o solo meritúa rangos de ilicitud administrativa.

Igualmente, no interesa en qué ámbito de la Administración Pública patrocine el sujeto activo; obviamente que si lo hace en su jurisdicción o despacho, estaremos, más propiamente, en un probable delito de cohecho pasivo de existir medio corruptor.

En una perspectiva de razonabilidad y ponderación, el contenido semántico y la relevancia de la acción de patrocinar obviamente no puede referirse al simple consejo, ilustración, sugerencia, entrega de documentos o explicación de trámite administrativo a seguir, parecer o asesoramiento no vinculante, sino y sobre todo al acto concreto de defender, representar o interceder por intereses de particulares ante las instancias públicas, aprovechando el agente de las ventajas que reporta su calidad funcional, la facilidad de acceso a las dependencias administrativas, los centros de decisión y sobre todo al manejo de la documentación e información privilegiadas y específicas para asuntos de terceros, dado el conocimiento, la cercanía y la camaradería con otros funcionarios o influencias en las instancias administrativas, todo lo cual permite apreciar un escenario de interferencias en la regularidad y normal funcionamiento de la materia administrativa;

(784) RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal, Tomo III. Parte especial, De los delitos en particular*, Bogotá, Temis, 1975, p. 290.

actos de patrocinio con la suficiente entidad que expresen tanto abuso de la calidad funcional como condensen un nivel intenso de ilicitud penal.

En tal sentido, la simple presentación y/o entrega de tarjetas, recomendaciones genéricas o consejos, si bien pueden jugar un papel de relativa influencia, carecen de la relevancia típica suficiente exigible en el acto de patrocinar propio del artículo 385[(785)]. Distinta es la situación cuando la tarjeta del funcionario tenga indicaciones precisas que denoten intervencionismo en la Administración en favor de intereses de terceras personas, lo cual se hallará en concordancia con la finalidad implícita en la acción de patrocinar, esto es, el defender o favorecer a terceros con afectación al principio de igualdad de trato. El "consejo" es una acción no fáctico-ejecutiva de naturaleza cognitivo/subjetiva en la que se trasmite una opinión o parecer informal, que habrá de tomarse con pinzas en su categorización penal por delito de patrocinio, a efectos de advertir su direccionalidad y orientación específica. En todo caso, el ámbito de la relevancia administrativo-disciplinaria puede dar cuenta con mayor facilidad de dichos supuestos de equívoca relevancia penal. En materia de asesoramiento, la Casación N° 226-2012-Lima ha llegado a considerar que constituye uno de los contenidos del verbo rector patrocinar, precisando que "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. Con relación al consejo, dicha casación ha señalado que implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en interés del particular ante la Administración Pública. Es particularmente grave cómo a través de la jurisprudencia, la Corte Suprema dota de tipicidad al "consejo", que en otros Códigos Penales ha sido la ley la que se ha encargado de su incorporación expresa a través del "asesoramiento". A mi entender es una conceptualización jurisprudencial equivocada en el marco de un tipo penal de baja intensidad de injusto, que nos acerca a la analogía *in malam partem*.

(785) Así, en tal sentido, la ejecutoria suprema del 7 de mayo de 1998, Exp. N° 6315-97 (Primera Sala Penal Transitoria), que contiene el sonado caso de la carta enviada por el vicepresidente de la República César Alipio Paredes Canto, a favor de la empresa Export Air del Perú en relación a permisos de operaciones aerocomerciales. Correctamente la Sala Suprema consideró atípico el envío de dicho documento, ya que ello por sí solo no condensa el núcleo de la ilicitud de la figura de patrocinio ilegal, constituyendo un acto tolerable por el sistema y, por lo mismo, carente de relevancia penal. En sentido distinto, véase el criterio de ABANTO VÁSQUEZ, cit., p. 324 y Raúl MARTÍNEZ HUAMÁN: "Delito de patrocinio ilegal: análisis del art. 385 del CP, en *La corrupción. Criminología, Derecho Penal parte general y especial,* compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Ediciones del Centro, 2020, p. 402.

Indica FRAGOSO que el patrocinio puede ser *formal*, *explícito* (alegatos, peticiones), o *disimulado o implícito* (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.); pero siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor no correspondan a actos propios de su oficio(786). La norma penal peruana, a diferencia de la española (que emplea la locución "por sí o por persona interpuesta") y brasilera ("directa o indirectamente"), solo ha contemplado el patrocinio directo, no regulando el caso de valerse el funcionario de tercera perdona para cometer el delito(787), lo cual, sin embargo, no cierra la tipicidad, pues al tratarse de un delito de infracción de deber es usual que el fáctico del comportamiento pueda ser llevado a cabo por un *extraneus* o intermediario que actúa a nombre del sujeto público.

Asimismo, es oportuno precisar que la norma no hace alusión a un interés particular del funcionario o servidor, sino a **intereses de particulares**, que son promovidos en algún sector de la Administración Pública, por lo mismo, no se trata de que el funcionario o servidor promueva sus propios intereses particulares, sino que estos (los intereses) deban corresponder a los de personas particulares. El conector "de", que indica pertenencia, es de por sí bastante ilustrativo al respecto. No interese qué clase de interés es el patrocinado, sino de lo que se trata son externalidades para con la Administración Pública; asimismo, tampoco importa la naturaleza del interés (del particular) introducido por el sujeto público, pudiendo ser de un particular o de una persona jurídica, nacional o extranjera. Lo particular cubre lo individual y lo colectivo, lo privado y, en general, lo ajeno a la Administración. Se consideran intereses de particulares aquellos que por definición no son los de la Administración Pública o, en un caso extremo, los que resultan incompatibles con los que caracterizan los intereses públicos, ello sin perjuicio que dichos intereses esten siendo ventilados en la entidad pública.

Tampoco la norma enfatiza que por acción del patrocinio se mejore u optimice la situación del tercero, puede ello ocurrir como no necesariamente, no siendo elemento explícito del tipo, de lo que se colige que no es atinado considerar que la acción de patrocinar es todo suceso que permite la mejora de la situación jurídica del favorecido, ya que ello enfatiza un dato de resultado que la norma no contiene(788). Se trata sin duda de un

(786) FRAGOSO, Heleno Cláudio: *Lições de Direito Penal. Parte especial*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, T. II, pp. 430-431.

(787) Véase "Legislación extranjera".

(788) En la Sentencia de Casación N° 226-2012-Lima, del 26/09/2013 –fundamento 13– se alude en sentido potencial "que permita la mejora".

comportamiento comisivo, de escasa intensidad en materia de vinculación jurídica y de posición de garante, lo que imposibilita poder referirnos en este delito a un patrocinio por omisión impropia.

No ingresan en la tipicidad del delito los actos del funcionario o servidor público en defensa de causas propias, ni cuando se interesa, presiona o intercede por intereses de sus empresas o colectivos económicos familiares con los que mantenga alguna vinculación, vista la incompatibilidad administrativa. En este último supuesto ingresará en la tipicidad del artículo 399 (tipo penal denominado de negociación incompatible), de ser parte interviniente a nombre del Estado en la contratación.

Si bien, como se indicó líneas atrás, el tipo penal tiene fundamento en un marco de incompatibilidades que le impiden al funcionario patrocinar ante la Administración Pública, existe, sin embargo, un intenso y marcado espacio de patrocinios legales o debidos que efectúa determinado bloque de funcionarios ante la Administración Pública; así, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo, los congresistas por sus electores, etc. Vale decir, el ordenamiento jurídico, así como prohíbe y limita, igualmente autoriza a ejercer patrocinio o desarrollar líneas de influenciamiento permitido, con lo que se enfatiza la necesidad de perfeccionar la figura penal predicando lo indebido de la conducta: *«El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público indebidamente patrocina (...)»*.

Es igualmente pertinente señalar que el tema de patrocinar o gestionar intereses propios ante la Administración Pública, pese a ingresar –en líneas generales– en el marco de las incompatibilidades administrativas, diferentes en su naturaleza de los actos contemplados en el artículo 399 del Código Penal, en la perspectiva de su criminalización –que resultaría innecesaria–, tendría que tener, en el Código Penal, un tratamiento separado de la sección de delitos referidos a la concusión, junto, por ejemplo, al delito de negociación incompatible y al tráfico de influencias cometido por funcionario-servidor público, en sección específica para estos tipos penales.

Veamos una parte del escenario doctrinario sobre el verbo patrocinar:

Pierangelli: El verbo "patrocinar" significa promover, defender, pleitear, apadrinar, favorecer, facilitar, abogar un interés privado ante la Administración Pública, valiéndose de su condición de funcionario público(789).

Mirabette y Fabbrini: Patrocinar intereses privados es el centro del tipo. Es abogar, defender, facilitar, proteger, pleitear, favorecer un interés

(789) Pierangelli, Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro*, V. 2 Parte especial, cit., p. 859.

particular ajeno ante la Administración Pública, en cualquiera de sus sectores, junto a compañeros o superiores jerárquicos(790).

REGIS PRADO: Patrocinar denota el sentido de abogar, proteger, facilitar, defender intereses privados ante la Administración Pública, no restringiéndose la conducta a la repartición donde actúa el agente(791).

La **jurisprudencia nacional** ha emitido algunas líneas de interpretación sobre el delito de patrocinio ilegal. En la Sentencia de Casación N° 226-2012-Lima, del 26 de setiembre de 2013, Sala Penal Permanente, el secretario general (funcionario público) de la empresa Perupetro se valió de dicho cargo para patrocinar en su condición de abogado intereses particulares. Se señaló que: "*El 'valerse de la calidad de funcionario o servidor público' como el 'patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública' son elementos normativos del tipo que no pueden ser interpretados de forma aislada, sino que necesariamente su interpretación tiene que ser conjunta. De la interpretación que se dé a ambos elementos se establecerá cuál es la conducta típica en este delito. La jurisprudencia ha interpretado. (...) 'El funcionario se aprovecha su calidad de funcionario para tener acceso y, eventualmente influir o presionar a otros funcionarios'. Con ello el énfasis que se coloca no está en la función pública en abstracto, sino en la función pública en relación con la importancia para la misma con el interés patrocinado. (...) 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*".

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El sujeto activo debe actuar dolosamente, es decir, conociendo y teniendo conciencia de hallarse impedido de patrocinar intereses de particulares, y con voluntad de realizar la conducta prohibida por la norma penal. El tipo penal no requiere la búsqueda de beneficio o lucro de parte

(790) MIRABETE, Julio Fabbrini y FABBRINI Renato: *Manual de Direito Penal, 3 Parte especial*, 30ª edição, 2015, cit., p. 320.

(791) REGIS PRADO, Luis: *Curso de Direito Penal brasileiro, Volume 4. Parte especial*, 4ª edição, Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2006, p. 411.

del sujeto público, ni que el agente se oriente a perjudicar los intereses de la Administración Pública. El dolo requerido es de naturaleza directa y abarca en su contenido conocer, el agente, que está prevaliéndose de su carga o calidad funcional para prisionar o sútilmente coaccionar en sectores de la administración pública a efecto de la promoción o patrocinio de intereses de particulares.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Por tratarse de un tipo de peligro y de simple actividad, el delito se consuma, no importando si con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el autor, al realizarse los actos de patrocinio. Igualmente, al ser un ilícito penal de prevalimiento, esto es, que expresa un aprovechamiento de la calidad pública como vía o instrumento para gestionar, promocionar o defender intereses particulares en la Administración Pública, de no existir dicho prevalimiento –en la amplia gama de actos concretos y específicos que puedan presentarse–, la conducta será atípica o pertenecerá al ámbito disciplinario-administrativo. Tampoco se requiere de lesión o alteración a la Administración Pública en la que el sujeto activo realiza su accionar delictivo. Se trata de un delito eminentemente de comisión activa, no cabe la forma omisiva de patrocinio.

Se pueden presentar formas de tentativa en la medida en que los actos típicos no ingresen efectivamente a la esfera de competencia de la Administración Pública, que en realidad se corresponden con escenarios de preparación del delito, por naturaleza sin relevancia penal.

VIII. PENALIDAD

El delito tiene una penalidad alternativa de escasa gravedad: privación de libertad que va de dos días hasta dos años o prestación de servicio comunitario de 20 a 40 jornadas, a las cuales se le agrega además la pena de inhabilitación de 1 a 3 años (artículo 426 del Código Penal).

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe la complicidad y la instigación de otros funcionarios y servidores públicos, así como de particulares.

Dada la alta incidencia de delitos complejos y de trama plurisubjetiva múltiple, la posibilidad de ser un delito instrumentalizado o que sirva a los intereses de delitos mayores es una línea de investigación cada vez más

frecuente. En efecto, delitos de alta complejidad propios de la delincuencia organizada o en el marco de contrataciones públicas nacionales o internacionales pueden utilizar la estructura de tipicidad del patrocinio ilegal.

X. CONCURSO DE DELITOS

Puede existir actividad ilícita concursal con el ejercicio ilegal de profesión (artículo 363) y con el delito de tráfico de influencias (artículo 400).

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 321: *Patrocinar, directa o indirectamente, intereses privados ante la Administración Pública, valiéndose de la cualidad de funcionario: Pena-Detención de 1 (uno) a 3 (tres) meses o multa.*

Párrafo Único. Si el interés es ilegítimo: Pena-Detención de 3 (tres) meses a 1 (un) año, además de multa».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 324 [derogado por Ley 86 del 26 de abril de 1990]: *El oficial público que directamente o por interpuesta persona, o con actos simulados, toma interés privado en cualquier acto de la Administración Pública en la cual ejerce su oficio, será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 a 4'000,000 de liras*».

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 441: *La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa incurrirá en las penas de multa de 6 a 12 meses, y suspensión de empleo o cargo público de 2 a 5 años*».

4. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 421: *El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de dieciséis meses a cincuenta y cuatro meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por sesenta meses.

5

EXTENSIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y PATROCINIO ILEGAL A PERITOS, ÁRBITROS, CONTADORES Y A TUTORES, CURADORES Y ALBACEAS

SUMARIO: I. Antecedentes e historia legal. **II.** La figura penal. **III.** Los sujetos activos del delito. **IV.** El objeto del delito. **V.** Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad.

Artículo 386: *«Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías»* (texto según la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26/06/1996. Anteriormente fue modificado por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 05/01/1996).

I. ANTECEDENTES E HISTORIA LEGAL

El Código Penal de 1924 contenía el siguiente texto en el segundo párrafo del artículo 345: *«Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación administración o participación intervinieren; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias».*

Por su parte, el Código Penal de 1863, en el segundo párrafo del artículo 201, llevaba el siguiente tenor: *«Esta disposición es aplicable a los peritos árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya*

tasación, adjudicación o partición intervinieren; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias»[792].

Ahora bien, la equiparación hecha por el Código de 1924 se refería al delito de interés ilícito del funcionario o servidor público en los negocios del Estado en el que debía intervenir en razón a su cargo. Asimismo, la vinculación existente en el Código de 1863 hacía alusión a idéntico delito contenido en el primer párrafo del artículo 201. ¿Cómo entender entonces la sui géneris técnica legislativa empleada por el legislador peruano de 1991 de hacer aplicable dos figuras penales distintas a un tipo complementario estrictamente de autoría, sin comportamiento típico propio? Sigamos con el rastreo histórico. El problema nace con el texto original del Código vigente[793], el cual, dicho sea de paso, nos trajo el defectuoso traslado de una fórmula híbrida que combinó los componentes de 1863 y 1924 en una redacción ilegal incompleta que tornaba incomprensible la figura; defecto que fue superado más adelante mediante la reforma practicada por la Ley N° 26643, del 26/06/1996, que incorporó al tipo la referencia a los tutores, curadores y albaceas, que había sido omitido en el texto original de 1991. Pero, no obstante, sigue subsistente la ardua tarea de darle racionalidad a la técnica utilizada legislativamente de crear un tipo penal separado al cual hay que aplicarle dos naturalezas delictivas y penalidades distintas: la de colusión fraudulenta y la de patrocinio ilegal.

En la legislación extranjera[794], la equiparación ha sido hecha ya en el mismo artículo o en otro separado. Así, el Código español de 1973, en su artículo 401 (segundo párrafo), hace equiparable a peritos, árbitros y contadores particulares el tipo penal de interés ilícito del funcionario público en negocios del Estado en el que debe intervenir en razón de su cargo. En cambio, el Código Penal español de 1995 regula la extensión en un artículo aparte (artículos 439 y 440: peritos, árbitros, contadores particulares; tutores, curadores y albaceas; y los administradores concursales). Por su parte, el Código Penal argentino, en su artículo 265 (segundo párrafo), extiende en artículo único el tipo penal de negociación incompatible en contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo, a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores,

(792) Obsérvese que el término "partición" será reproducido equivocadamente como "participación" en el Código de 1924.

(793) Código Penal de 1991, artículo 386 (redacción original): "Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen, **respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias**". La Ley N° 26643, que modificó este artículo, agregaría el faltante normativo a este texto para quedar en su redacción final.

(794) Véase *supra*, pp. 607 y 608.

albaceas, síndicos y liquidadores "con respecto a las funciones cumplidas en carácter de tales". Costa Rica, mediante el artículo 354 de su Código Penal, dedicado al delito de negociación incompatible, efectúa igualmente una equiparación normativa a los peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores, albaceas, señalando expresamente que ella se hace respecto a las funciones cumplidas en calidad de tales. Como se observará, la extensión del tipo penal básico ha sido realizada de forma adecuada, ya en artículo único o por separado, pero sin crear una figura que deba informar de los componentes de dos tipos penales diferentes, con los consiguientes problemas de interpretación que esta última orientación trae consigo.

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

El artículo 386 se estructura, así, con dos tipos básicos de concusión (colusión 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.

II. LA FIGURA PENAL

La figura penal del artículo 386, considerada en sí misma, tiene una vieja prosapia española que se remonta al Código Penal de 1850, y que rastreando históricamente nos lleva hasta el Código de 1822. De allí copiarían argentinos, peruanos, chilenos, bolivianos y demás la fórmula citada. Obviamente que los legisladores peruanos de 1991, con poca originalidad, crearon un sistema trialista caracterizado por dificultades exegéticas insalvables.

A través de este tipo penal complementario de ampliación de autoría por delito funcional a sujetos que no son funcionarios públicos, con fundamento en la importancia de los aportes para configurar el ilícito de los autores vinculados, se construye una de las expresiones del concepto penal de funcionario público, que prescinde de títulos o investiduras administrativas para equiparar a la calidad funcional imputable a particulares; sujetos particulares de cuyos aportes depende en gran modo la eficacia de las contrataciones públicas y, por lo mismo, en cierto modo el cabal cumplimiento de las funciones de los sujetos públicos que intervienen directa o indirectamente en las modalidades de adquisición y contratación pública. El tipo penal no es un tipo penal autónomo que posea conducta propia, sino que los aportes de dichos autores equiparados están supeditados a los niveles de incidencia que adquieran en los delitos de colusión y patrocinio

indebido. SALINAS SICCHA considera que los autores del artículo 386 pueden realizar por sí solos o con la concurrencia de otros funcionarios o servidores públicos los delitos de colusión desleal o patrocinio indebido(795). Sin embargo, dicha tesis de autonomía presenta las siguientes dificultades: (i) el Código Penal no ha previsto un delito de colusión de un solo interviniente; (ii) resultaría forzado considerar un delito de colusión sin concierto entre funcionario equiparado e interesado; y (iii) el artículo 386 no ha determinado conducta típica que se corresponda con el supuesto que SALINAS SICCHA enuncia. La posibilidad de desarrollar patrocinio ilegal no siendo funcionario o servidor resulta difícil de asimilar, no siendo, para tales efectos, suficiente la autoequiparación formal de autoría que realiza el artículo 386 del Código Penal.

Particularísimo tipo penal de vieja prosapia española, que, como dice Ramón PIÑOL, hablando del artículo 440 del Código Penal español: se trata de un conjunto bastante heterogéneo donde no es fácil reconocer el factor común, pues, aunque hay supuestos en los que nos encontramos con funciones que pueden calificarse de cuasi jurisdiccionales, como la de los árbitros, en las restantes hipótesis la vinculación con los intereses públicos o generales se va diluyendo(796).

El artículo 440 del Código Penal español vigente hace alusión a los peritos, árbitros y contadores particulares, que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior (en directa alusión al delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionario públicos), respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías, y a los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso(797).

III. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO

Exclusivamente sujetos especiales particulares –lo que diferencia el tipo penal peruano del tipo extensivo argentino, que eliminó el adjetivo "particulares" mediante reforma del artículo 265, por Ley N° 11179, del 16 de enero de 1985, posibilitando considerar tanto a los particulares como

(795) SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 359.

(796) PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador): *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 507.

(797) Al respecto, véase DELGADO GIL, Andrés: *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, cit., p. 172 y ss.

a los administrativos– en alusión a peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores, albaceas, que a continuación se describen:

- ***Peritos**:* perito es la persona que, siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión, especialización, técnica, arte u oficio), es convocada para emitir dictamen, ser escuchada e interrogada acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación en auxilio del juez. 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 objetividad, independencia e imparcialidad en su rol de colaboración con la Administración Pública. Para el caso del delito de colusión, son de gran importancia los aportes de los peritos a través de dictámenes en materia de contrataciones: peritos ingenieros, bromatólogos, tasadores, etc. Difícil decir lo mismo en materia relacionada al delito de patrocinio ilegal.

  Se trata de peritos particulares que intervienen con base a un procedimiento mínimo de aceptación y compromiso, en la secuencia de las contrataciones, concesiones y operaciones a cargo del Estado, no de peritos de parte que intervienen *ex post* a dichos negocios públicos. Los peritos adscritos y que sirven a las instituciones del Estado (Contraloría, Ministerio Público, Poder Judicial) tienen el rango de servidores públicos, siendo imputados directamente en el marco del delito de colusión. Los peritos designados por la autoridad judicial para brindar luces en juicio son técnicos que están al margen del *iter* del delito de colusión, en un escenario en el cual dicho delito ya se agotó, de modo que su capacidad para ser autores de la extensión equiparada del artículo 386 es más que dudosa, pudiendo sí responder por delito contra la fe pública.

- ***Árbitros**:* se trata aquí de personas elegidas y designadas por consenso de las partes para que decidan determinadas controversias o negocios a través de los laudos que zanjan la problemática y vinculan a las partes con lo resuelto. El nombre de «árbitro» hace referencia a que las partes con voluntad y arbitrio dejan en manos de dicha persona, o de un colectivo de árbitros, la solución de sus diferencias. Los árbitros pueden ser de derecho o de conciencia; los *primeros* se caracterizan por hacer uso del Derecho aplicable para la solución del conflicto; y los *segundos* porque se valen de su sabiduría y los usos vigentes. Los árbitros pueden ser igualmente

nombrados por los jueces jurisdiccionales, es decir, por los que integran el Poder Judicial.

El arbitraje es, en suma, un valioso mecanismo alternativo de justicia, desburocratizado, inmediato, directo, ágil. La ley de arbitraje fija pautas y restricciones al respecto. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece una pormenorizada regulación de los árbitros y de las infracciones en que pueden incurrir, al igual que del marco de sanciones. En materia de contrataciones y adquisiciones, el arbitraje es una de las vías que contemplan los acuerdos y convenios para la solución de los conflictos suscitados entre las entidades de la Administración Pública contratante y los contratistas, lo cual plantea a la interpretación la presencia de determinados actos en fase final de liquidación contractual que habilita aportes de colusión equiparada, en la cual intervienen los árbitros con sus decisiones.

El artículo 386 alude a árbitros particulares.

- ***Contadores:*** son estos los profesionales particulares que, con base en sus habilidades técnicas de contabilidad o auditoría, 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. El rol de los contadores en materia de colusión es vital para darle contenido técnico jurídico-material al perjuicio al Estado. Su intervención es, al igual que los peritos, en los diferentes procesos de adjudicación, contratación, concesiones y operaciones. Los contadores designados durante el proceso penal no resultan equiparables en el tipo 386, pudiendo responder por delitos de falsedad, al igual que los peritos *ex post*, es decir, posteriores al hecho de colusión.

- ***Tutores:*** personas que ejercen tutela[(798)], 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

(798) Código Civil peruano vigente (1984), artículos 502 al 563.

los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia en la protección del cautelando y –esto es de interés para el artículo en comentario– de sus bienes, los que están vinculados a intereses o expectativas patrimoniales de la Administración Pública.

- ***Curadores:*** son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios(799). 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); bienes que igualmente son de interés para la Administración Pública.

- ***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(800). Es común que particulares donen bienes, en herencia, a la Administración Pública, de donde resulta la inclusión de los albaceas en los alcances del artículo 386, en el supuesto de que estos cometan actos colusorios en perjuicio del Estado.

  Como es fácil colegir, estos sujetos particulares (tutores, curadores, albaceas) han sido equiparados a la condición de sujetos públicos

(799) 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, ciegos sordos y ciegos mudos 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.

(800) Código Civil, artículo 787: "Son obligaciones del albacea: 1) Atender la inhumación del cadáver (...). 2) Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales 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 (...)".

a efectos de imputarles y aplicarles sanción penal en función de los aportes prestados al delito de colusión por actos que llegan a afectar los intereses patrimoniales de la Administración Pública en directa relación a los bienes de los menores de edad, curados y de los bienes de herencia, que mantiene relación con los intereses de la Administración Pública. Se trata de sujetos activos particulares, pues si trabajaran para la Administración Pública, el tipo penal a aplicarles sería el artículo 384 o 385 del Código Penal. Que el juez los designe para que cumplan sus cometidos no los hace funcionarios ni servidores públicos. Que hayan sido convocados y designados con antelación al proceso –y de eso se trata, a efectos de brindar sus aportes durante o al término de las contrataciones, concesiones u operaciones– por la entidad pública o la contraparte ratifica su condición de particulares.

En cuanto a si cabe decir lo mismo con relación al delito de patrocinio ilegal desde la lectura de los aportes de los sujetos consignados en la norma, el tema es bastante espinoso, por difícil, pero habrá que estar al caso concreto.

IV. EL OBJETO DEL DELITO

Se trata aquí de actividades de competencia de los sujetos equiparados y que están necesariamente vinculados a los actos de tipicidad objetiva del delito de colusión y "patrocinio ilegal"; aportes objetivos de autoría de sujetos que poseen deberes específicos en cada una de sus competencias, que deberán poseer la suficiente entidad como para ser catalogados de importancia para confluir en la configuración de los delitos de colusión y patrocinio ilegal. Aportes de escasa entidad no adquirirán relevancia penal suficiente que sea compatible en sus efectos remisivos.

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.) y que podrían afectar los intereses públicos.

Bienes pertenecientes a testamentarías: la norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código Penal español de 1850 y que define, según ESCRICHE[801], 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. ESCRICHE, jurista español que vivió y escribió en la época del Código de 1850, mediante sus elaboraciones conceptuales nos contemporiza, así, con el significado jurídico que la norma penal le da al término «testamentarías».

Testamentarías hace alusión a la situación legal en la que los bienes de la masa hereditaria se hallan en un estado de latencia temporal en poder de los albaceas, quienes tendrán que actuar diligencias para ejecutar la voluntad del testador. Bajo tal contexto, los albaceas para ser imputados penalmente deben desarrollar actos ilícitos de trascendencia penal vinculados a los artículos 384 y 385 del Código y que se manifiestan en la administración o disposiciones arbitrarias de los bienes legados a la Administración, en vinculación con los actos de colusión y patrocinio ilegal de los funcionarios o servidores públicos.

V. 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 (artículo 384) y patrocinio ilegal (artículo 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 equiparables. El tipo del artículo 386 es una figura dependiente, complementaria,

(801) ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Bogotá, Temis, 1977, T. IV, p. 591.

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? La respuesta en primera línea es el tipo y la pena, pero:

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 con los desarrollados por el funcionario o servidor público en tanto 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 doloso de funcionario e interesado (es decir, con el acto lesivo de deslealtad para con los intereses del Estado) y, obviamente no quizás en todos los casos, beneficio para tales particulares.

Lo que sí evidencia un grado apreciable de dificultad es saber qué componentes típicos del artículo 385 (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.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Necesariamente deberá tratarse de comportamientos dolosos, que siguen las características típicas de los artículos 384 y 385. Las infracciones culposas carecen de relevancia penal.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al ser el delito de colusión un delito de simple actividad (artículo 384, primer párrafo) y también un delito de resultado (artículo 384, segundo párrafo) con niveles de consumación diferentes, la equiparación hecha mediante el artículo 386 supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá de que se produzca tan solo el concierto ilegal entre funcionario-servidor e interesado con idoneidad para defraudar los intereses estatales, o que efectivamente cause perjuicio, respectivamente. Las formas de tentativa son perfectamente admisibles en el segundo caso.

En 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.

VIII. 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 años (artículo 384, primer párrafo), de 6 a 15 (artículo 384, segundo párrafo); o de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas (artículo 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.

COMPONENTES NORMATIVOS DE LA FÓRMULA LEGAL DEROGADA - ARTÍCULO 384 (VERSIÓN ORIGINAL VIGENTE HASTA JULIO DE 2011)

(Para un estudio histórico y a los efectos de aplicación ultraactiva o en retroactividad benigna de la norma penal)

La serie de elementos normativos que componían el tipo de colusión y que hallaron su definición en las normas sobre contrataciones y adquisiciones fueron objeto de regulación mediante una sucesión de decretos supremos en un afán de mejorar la normativa de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, Ley N° 26850, del 27 de julio de 1997. Actualmente, el Texto Único

Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones vigente y su respectivo Reglamento han sido aprobados por Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, fechados el 26 de noviembre de 2004.

El tipo penal es abierto al respecto. Los negocios en los que tenga que intervenir el funcionario o servidor público son:

1. Contratos

Los contratos en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios (transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc.), proyectos conjuntos, etc., que vinculan a un intercambio de prestaciones y establecen un marco jurídico de responsabilidades.

2. Suministros

El término "suministro" está usado en sentido ordinario (no necesaria y exclusivamente en el sentido técnico de contrato comercial) para aludir con él a las provisiones o abastecimiento de bienes diversos que hace o recibe el Estado.

El suministro como contrato es aquel que se acuerda entre el Estado y un particular en virtud del cual este se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la Administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.)[802].

3. Licitaciones

Es un procedimiento legal y técnico de selección de contratistas que permite a la Administración Pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras[803].

Es un procedimiento administrativo por el cual la Administración Pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato[804].

(802) Dromi: *Derecho Administrativo*, cit., p. 323.
(803) Báez Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 146.
(804) Dromi: *Derecho Administrativo*, cit., p. 227.

Se trata de procedimientos administrativos, de base constitucional y regulados legalmente, para dotar al Estado, en condiciones ideales, de contrataciones de obras, adquisición de bienes, servicios y suministros de diversa índole bajo estándares óptimos de calidad y precios, que posibilitarán la celebración de contratos o adquisiciones. La licitación supone una serie de actos sucesivos: autorización, publicación del pliego de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación(805). Se considera que mediante la licitación pública se protege el interés público, lo que explica que se halle contemplada en la Constitución Política del Estado (artículo 76) y regulada mediante el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (13 de febrero de 2001), y su Reglamento, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM (13 de febrero de 2001)(806).

4. Concursos de precios

La palabra «concurso» es entendida como la convocatoria o llamamiento público para que se proceda ulteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. El derogado RULCOP –bajo cuyo influjo se recogió la frase «concurso de precios»– lo definía como la «modalidad por la cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública, previa invitación cursada por la entidad que convoca el concurso»(807). Como su nombre mismo lo indica, el énfasis administrativo de la locución está colocado en el mejor precio que representará la oferta dirigida a la Administración Pública.

En la legislación administrativa específica y vigente de la materia (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM) se utiliza la frase «concurso público», y con ella se alude a una modalidad

(805) Véase GRAU, Emilio: "Licitación", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, T. XVIII, p. 702; asimismo, con gran detalle y solvencia conceptual, DROMI: *Derecho Administrativo*, cit., p. 227 y ss.

(806) Antes de la dación de estos cuerpos legales, regían el Reglamento Único de Licitaciones y Concurso de Obras Públicas - RULCOP (Decreto Supremo N° 034-80-VC) y el Reglamento Único de Adquisiciones - RUA (Decreto Supremo N° 065-85-PCM).

(807) Cfr. el artículo 1.2.4 del Título II del derogado Reglamento Único de Licitaciones y Concurso de Obras Públicas - RULCOP (Decreto Supremo N° 034-80-VC). En el Título VII se establecían además las siguientes características:
"Artículo 7.1.4: El concurso de precios se convocará por invitación a un mínimo de 3 contratistas".
"Artículo 7.1.5: El plazo entre la Carta Invitación y la presentación de las propuestas no podrá ser menor de 15 días".
"Artículo 7.1.6: El acto del concurso será ante Notario Público".
"Artículo 7.1.8: La comisión encargada de la recepción y apertura y de los primeros y segundos sobres, así como del otorgamiento de los Buena Pro, deberá estar conformada por un mínimo de tres funcionarios (...)".

de selección para la contratación pública de servicios diversos, tanto técnicos, profesionales, consultorías, de mantenimiento, incluso de arrendamiento de bienes, bajo condiciones ideales en calidad y costos para la Administración Pública.

5. Subastas

Subastas son operaciones de venta pública de bienes al mejor postor. Una subasta pública es de carácter *judicial* cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente; es *administrativa* cuando la efectúan los entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del juez o autoridad judicial.

6. Cualquier otra operación semejante

Con esta frase, el tipo penal efectúa una vasta apertura al cúmulo posible de operaciones que se semejen a las designadas en el tipo. Aquí, a diferencia de la fórmula española de 1995[808] –que admite fraudes no concertados con los particulares («o usase de cualquier otro artificio»), es decir, a título personal–, cualquier otra operación semejante está condicionada a que igualmente sea bajo colusión.

Puede ocurrir, como acota Alberto Millán[809], que se presenten situaciones donde se aduzca que no se ha contratado (por ejemplo, una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc.). Son estas y otras operaciones, tales como la concesión de uso de bienes del dominio público, liquidaciones de empresas públicas, etc., y diversos contratos de riesgo (exploración-prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes piloto, etc.), que el tipo penal quiere cubrir con la frase «cualquier otra operación semejante».

Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado

A diferencia del texto amplio y abierto de negocios jurídicos en los que le toca intervenir al funcionario o servidor público, la ley restringe a cuatro las operaciones administrativas susceptibles de ofrecer el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados en su propósito de defraudar al Estado:

(808) Véase "Legislación extranjera".

(809) Millán: "El delito de negociaciones incompatibles", cit., p. 30.

1. Convenios

Este término está tomado en sentido puntual para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue una vez otorgada la buena pro. Un contrato puede constar de uno o de varios convenios. Los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato.

2. Ajustes

La expresión "ajustes" deriva del latin "*ad iustus*": acomodar a lo justo, a lo adecuado. Se emplea en contabilidad (ajustes financieros), en economía (equilibrio de cuentas), en recursos humanos (racionalización de personal), ingeniería, informática, en mecánica de motores, en Derecho, etc. "Ajustes" tiene varios significados(810), pero, en el contexto en que es usado en el tipo penal, se hace referencia a las correcciones, adecuaciones o actualizaciones realizadas a determinados términos del convenio o contratos suscritos entre el Estado y los contratistas. El Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, utiliza el vocablo «reajuste». Los ajustes implican la puesta en práctica de diversos procedimientos de acuerdo a la materia del caso, para llegar a nuevos términos de entendimiento que no desnaturalicen el objeto del contrato, pero que lo optimicen para una relación llevadera entre las partes contratantes.

La solución vía el procedimiento de los ajustes abarca precios, plazos, medidas, calidad, servicios, etc.

En sentido general, la idea central del ajuste implica la adecuación de un negocio, de una cosa o de cualquier acto; en el campo del Derecho, a lo técnico de una norma legal, a la relación contractual previamente establecida entre las partes o a una práctica consuetudinaria. En suma, se puede definir el ajuste como «el acto de concertar una solución jurídica, teniendo en cuenta la ley adoptada para el caso o negocio, por las partes»(811).

3. Liquidaciones

En el lenguaje propio de los negocios públicos, «liquidación» es la culminación normal de los contratos celebrados entre el Estado y los interesados. Dicho elemento normativo se halla contemplado en el artículo 43 del Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y en el artículo 98 de su Reglamento, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, siendo obligación del contratista elaborarlo y presentarlo a la entidad contratada en los plazos fijados reglamentariamente.

(810) El ajuste en otras legislaciones es un contrato (contrato de ajuste) por el cual el capitán de buque, los oficiales y la tripulación acuerdan recíprocamente prestaciones para viabilizar viajes.

(811) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 622.

La liquidación deberá ser aprobada por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

4. Suministros

Cabe lo dicho anteriormente.

DELITOS DE CONCUSIÓN
SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. ELEMENTOS DE TIPICIDAD DEL DELITO DE CONCUSIÓN

«Que con relación al 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 de 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 de 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 la violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones».

(Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2009, R. N. N° 1601-2006-Huaura)

2. NECESIDAD DE CARÁCTER OFICIAL DE LOS ACTOS DE ABUSO

«En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta».

(Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002, Exp. N° 4050-2002-Cono Norte de Lima)

3. EXACCIÓN ILEGAL: DOBLE REMUNERACIÓN ATÍPICA

«Si bien se acreditó que el encausado recibió una doble remuneración del Estado, también es cierto que previamente envió una carta al Director Regional de Salud, comunicándole el riesgo que existía de figurar en dos planillas de pago, además si hubiera ejercido amenaza o presión sobre la jefa de remuneraciones sería ilógico que después haga de conocimiento de la probable duplicidad de pago; por lo que queda descartado que el acusado hubiese actuado con voluntad delictuosa y con lucro; el eventual doble pago efectuado constituye una situación

extrapenal que debe resolverse administrativamente mediante los descuentos a que hubiere lugar».

(Ejecutoria suprema del 3 de marzo de 2008, R. N. N° 1433-200-Madre de Dios)

4. PEDIDO DE SUBVENCIÓN NO SE ADECUA AL TIPO LEGAL

«El delito de exacción ilegal, contemplado en el artículo 383 del Código Penal, se refiere no solo a los funcionarios o servidores que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto 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; no configurándose, en el presente proceso, los requisitos legales del referido tipo penal, ya que lo había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención».

(Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004, R. N. N° 83-2004-Áncash)

5. EXACCIÓN ILEGAL: PERCEPCIÓN ATÍPICA DE REMUNERACIÓN DE ALCALDE

«Se imputa al procesado haber cobrado ilegalmente la suma de 2817 nuevos soles por concepto de sueldo de alcalde de la Municipalidad, sin que le corresponda percibir dicha remuneración. El punto de partida en el presente caso para la relevancia o irrelevancia de la conducta imputada a los recurrentes, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público. El delito de concusión, previsto en el artículo 383 del Código Penal, para que se configure 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».

(Ejecutoria suprema del 14 de mayo de 2008, R. N. N° 1458-2007-Cusco)

6. AUSENCIA DE DOLO: DESCONOCIMIENTO DE LA TARIFA EXACTA

«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 100 nuevos soles, 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 enero de 2010, R. N. N° 3278-2008-Tumbes)

7. COLUSIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES FUNCIONALES

«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° 4661-2007-Ucayali)

8. LÓGICA DEFRAUDATORIA DEL DELITO DE COLUSIÓN

«La lógica defraudatoria, del delito de colusión, puede plasmarse precisamente cuando se evita una licitación, pese a que su realización era legalmente necesaria, es decir cuando se subvierten total o parcialmente las reglas de la licitación, de modo que se impide precisamente escoger opciones más favorables y efectuar comparaciones efectivas y razonables o cuando en el contrato –como consecuencia del acuerdo o concierto previo– se incorporan en desmedro del Estado cláusulas irrazonablemente favorables para el ganador o cuando en su ejecución se permiten incumplimientos o irregularidades que vulneran los fines, modos o plazos del contrato».

(Sentencia del 3 de agosto de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Exp. N° 25-2003 A-V)

9. CONCERTACIÓN FRAUDULENTA SUPONE MANIOBRAS DE ENGAÑO

«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».

(Ejecutoria suprema del 6 de julio de 2017, R. N. N° 1842-2016-Lima [caso Alex Kouri]. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [voto de los jueces supremos Calderón Castillo, Pacheco Huanca y Cevallos Vega])

10. 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».

(Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2013, R. N. N° 2587-2011-Cusco, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

11. LOS CONCIERTOS COLUSORIOS DEBEN TENER IDONEIDAD PARA AFECTAR EL PATRIMONIO PÚBLICO

«Lo que es evidente, y por lo tanto necesario desde la perspectiva del tipo penal, de ahí el peligro potencial, es que se requiere que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, pues ese es el ámbito de actuación del funcionario, y lo que el tipo penal busca es tutelar la correcta gestión de los procesos vinculados al gasto público. Si la defraudación no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por los resultados perseguidos para afectar el patrimonio público, obviamente no es punible».

(Sentencia del 3 de agosto de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Exp. N° 25-2003-A-V)

12. COLUSIÓN DESLEAL ES UN DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

«El delito de colusión desleal, en el que se reprimen los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o 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 específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial del funcionario o servidor público, quedando obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS)».

(Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2018, R. N. N° 4564-2007-Piura)

13. CALIDAD DE CÓMPLICE DEL SERVIDOR PÚBLICO REQUIERE APORTES DE SIGNIFICACIÓN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN

«El Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del encausado bajo el tipo penal de colusión en calidad de cómplice. Si bien se observa que este participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección, también lo es que no formó parte del proceso de selección, ni formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad. La figura del *extraneus* en el delito de colusión se refiere a aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado, pero que interviene en las tratativas, lo que no sucedió respecto del mencionado acusado, quien solo participó en los trámites administrativos del concurso, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley».

(Ejecutoria suprema del 12 de mayo de 2010, R. N. N° 702-2009-Lima)

14. ABSOLUCIÓN DEL INTERESADO TRAE CONSIGO ABSOLUCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS

«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° 164-2011-Ayacucho, del 25 de setiembre de 2013, ff. jj. 10 y 11. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

15. PRECISIONES SOBRE LA DEFRAUDACIÓN AL ESTADO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

«Se exige como uno de los elementos constitutivos, que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial, "*defraude 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 una 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».

(Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 2010, R. N. N° 03-2008-"A"-10-Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

16. FUNCIONARIO QUE CARECE DE FACULTADES DE DECISIÓN NO PUEDE SER AUTOR DE COLUSIÓN

«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».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2012, R. N. N° 1105-2011-Ica, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

17. DIFERENCIA ENTRE LA COLUSIÓN SIMPLE Y LA COLUSIÓN AGRAVADA

«**4.3.** La diferencia entre colusión simple y colusión agravada. La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para 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*».

(Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2015, R. N. N° 341-2015-Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

18. IMPORTANCIA DE LA PERICIA CONTABLE PARA ACREDITAR EL PERJUICIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

«En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Ahora bien, una prueba idónea que 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° 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° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)

19. LAS IRREGULARIDADES Y LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN

«La concertación, ante la ausencia de prueba directa –testigos presenciales o documentos que consignen la existencia 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 fundamentales o más 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, subsanaciones o regularizaciones ulteriores en la elaboración de los documentación–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, a determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados y aceptados fueron sobrevalorados, o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.

(Ejecutoria suprema R. N. N° 1722-2016-Del Santa, del 23 de enero de 2017, Sala Penal Transitoria)

20. IMPORTANCIA DEL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

«El auto de enjuiciamiento es el acto procesal fundamental para la fase de juzgamiento y sentencia en un proceso penal ordinario y como tal debe cumplir como mínimo las funciones de control de la acusación fiscal respecto a los delitos, encausados y agraviados, y a su vez la función programática de juzgamiento para garantizar la eficiencia en el resultado del proceso».

(Ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998, Exp. N° 742-97-Huánuco)

21. NULIDAD POR IMPRECISIONES EN LA ACUSACIÓN FISCAL

«Las imprecisiones en la acusación fiscal sobre las modalidades de los delitos, los fundamentos fácticos de la acción u omisión punible y de las penas alternativas que le merezcan, se constituyen en una irregularidad que propicia la declaración

de nulidad prevista en el inciso primero del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales».

(Ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998, Exp. N° 742-97-Huánuco)

22. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: ABSOLUCIÓN

«La reducción de la renta dispuesta por el Alcalde de Chorrillos a favor de la empresa "Restaurante El Salto del Fraile", respaldada en los informes de la Dirección de Asesoría Legal y de Administración de la referida municipalidad que sugirieron la reducción en parte de la merced conductiva, se inscribe dentro del marco de competencia del Alcalde al dictar Decretos y Resoluciones y celebrar actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función; habiendo negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, existiendo además la notificación del ejecutor coactivo a la citada empresa; hechos que descartan la existencia de algún favorecimiento doloso. Al no existir pruebas de la existencia del delito de concusión ni perjuicio para la Municipalidad, es del caso absolver».

(Ejecutoria suprema del 14 de mayo de 1998, Exp. N° 4174-97-Lima)

23. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: ATIPICIDAD POR FALTA DE PODER DE DECISIÓN

«El procesado que en su condición de administrador no tuvo al momento de los hechos poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, los cuales resultan imputables a la gerencia general, no comete delito de colusión defraudatoria en agravio al Estado».

(Ejecutoria suprema del 20 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3164, Exp. N° 1522-97-Lima)

24. EXACCIÓN ILEGAL: ACTOS TÍPICOS

«Constituye exacción ilegal el hecho de haber cobrado el cajero de la oficina de los Registros Públicos la suma de 72 soles, siendo la tarifa tan solo 12 soles, no importando la afirmación que la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado».

(Ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 4389-97, Exp. N° 4722-97-Amazonas)

25. EXACCIÓN ILEGAL: ACTOS TÍPICOS

«El hecho de exigir dinero a los comerciantes ganaderos, efectuado por el subprefecto y gobernador respectivamente, para conceder la autorización para el

pase del ganado, sin contar para ello con ningún dispositivo legal que lo faculte, constituye delito».

(Ejecutoria suprema del 8 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3191-97, Exp. N° 1644-97-Amazonas)

26. CONCUSIÓN-PECULADO: FUNDADA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

«Si del informe de Contraloría se advierte que el procesado habría incurrido en responsabilidad de carácter administrativo, su actuar no es punible penalmente».

(Ejecutoria suprema del 31 de diciembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3881-97, Exp. N° 659-97-Huancavelica)

27. CONCUSIÓN: TRABAJADORES DE EMPRESAS DEL ESTADO Y EL ARTÍCULO 425 (INCISO 4) DEL CÓDIGO PENAL

«La interpretación legal no puede ser simplemente literal sino teleológica, es decir, buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario, se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales. El artículo 40 de la Constitución Política del Estado rige para los efectos de beneficios sociales mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del Código Penal».

(Ejecutoria suprema del 27 de noviembre de 1997, Exp. N° 4874-96 [Sala C], Lima)

28. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: FUNCIONARIOS QUE ACTÚAN EN CALIDAD DE PARTICULARES

«No existe delito de concusión ni colusión defraudatoria contra el Estado si el alcalde y dos regidores que intervinieron en la suscripción de contratos y otorgamiento de la "buena pro" a empresa privada para las obras de electrificación, lo hicieron en su condición de vecinos dirigentes del comité pro-electrificación y no como funcionarios públicos».

(Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3538-96-Lambayeque)

29. CONCUSIÓN-PECULADO-CORRUPCIÓN: *«SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST»*

«Al no haberse identificado a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de ella, no procede el proceso penal contra Víctor Solórzano e hijos, que resulta ser una persona jurídica, en virtud al principio asumido por nuestro Código Penal del *societas delinquere non potest*».

(Ejecutoria suprema del 24 de octubre de 1997, Exp. N° 3963-96-Áncash)

30. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: INEXISTENCIA DE PRUEBA IDÓNEA

«Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad, calidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada».

(Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96-Huánuco)

31. CONCUSIÓN-COLUSIÓN Y CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: SITUACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS FUNCIONARIOS DE LA CAJA MUNICIPAL DE CRÉDITO POPULAR DE LIMA - EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

«La naturaleza jurídica de la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima resulta ser la de una empresa pública de régimen privado de carácter financiero, sus actividades y órganos societarios son propios de una sociedad anónima; y si bien es creada por ley, sin embargo, no goza de los atributos propios de la Administración Pública, toda vez que no ejerce funciones de gobierno –central, regional o local– ni legislativas, ejecutivas, jurisdiccionales, electorales, de control fiscal, ni servicios básicos; que los delitos especiales requieren que el sujeto activo sea funcionario o servidor público; por estas consideraciones resulta procedente amparar la excepción de naturaleza de acción deducida».

(Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 1997, Exp. N° 5823-96-Lima)

32. COLUSIÓN: ATIPICIDAD

«Declararon no haber nulidad en el auto que declara no haber mérito para pasar a juicio oral por delito contra la Administración Pública –concusión– en agravio del Estado, si no se ha determinado que los encausados hubiesen actuado, al registrar irregularmente títulos, siguiendo las conductas reprimibles en los artículos 382 y 383 del Código Penal vigente».

(Ejecutoria suprema del 23 de diciembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 097-96, Exp. N° 2343-95-Lima)

33. CONCUSIÓN-CONCURSO DE DELITOS: CUESTIÓN PREJUDICIAL INFUNDADA

«La forma prescrita por el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales no es aplicable al presente caso desde el momento que los hechos tienen contenido penal y no se requiere de otra vía para establecer dicho contenido, los mismos que deben continuarse investigando judicialmente hasta su esclarecimiento. El procedimiento administrativo a que hace referencia el imputado no constituye un requisito o condición previa para ejercer la acción penal por los delitos de

concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, apropiación ilícita, abuso de autoridad, corrupción de funcionarios, usurpación de autoridad, corrupción de funcionarios, usurpación de autoridad, títulos y honores en agravio del Instituto Peruano de Seguridad Social».

(Ejecutoria suprema del 6 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 280-95, Exp. N° 1773-95-B, Apurímac)

34. CONCUSIÓN Y FE PÚBLICA: INTEGRACIÓN DE SENTENCIA

«Deducida una excepción, el órgano jurisdiccional no puede eludir pronunciamiento al respecto, declarándolo fundada, infundada o improcedente, según sea el caso: que la excepción de naturaleza de juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustanciación distinta a la que le corresponde dentro de nuestro ordenamiento procesal; [que] la excepción de naturaleza de acción [lo es] cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente; y [que] la excepción de prescripción [lo es] cuando se ha extinguido la acción penal por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos señalados en la ley sustantiva penal. Que el colegiado en la sentencia de grado al haberse solo limitado a declarar sin objeto pronunciarse en cuanto a los mismos, es del caso integrar la recurrida».

(Ejecutoria suprema del 24 de octubre de 1996, Exp. N° 2296-95-B, Huancavelica)

35. CONCUSIÓN-PECULADO-MALVERSACIÓN: REVOCATORIA DEL MANDATO DE DETENCIÓN

«Conforme lo establece el artículo 135 del C.P.P., el Juez puede dictar mandato de detención cuando de los primeros recaudos acompañados sea posible determinar que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; que, la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad y que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria; que la pena prevista fluctúa de 2 días a 15 años de privación de la libertad, es decir, que la sanción a imponerse puede ser inferior a cuatro años; que estando a los hechos denunciados y a la conducta de la imputada no se advierte que tratará de eludir la acción de la justicia y perturbar la acción probatoria, es del caso modificar el mandato de detención por el de comparecencia».

(Ejecutoria suprema del 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 3547-96-Huancavelica)

36. CONCUSIÓN: MEDIDA DISCIPLINARIA POR DEMORA EN EL PROCESAMIENTO

«Advirtiéndose ostensible demora en la tramitación de la presente causa por parte del colegiado, es procedente imponer a sus miembros la medida discipli-

naria de apercibimiento a que se refiere el artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(Ejecutoria suprema del 12 de setiembre de 1996, Exp. N° 811-94-B, Amazonas)

37. CONCUSIÓN Y PECULADO: NO EXISTENCIA DE COSA JUZGADA

«De la revisión de autos se advierte que en la resolución materia del grado los delitos y los agraviados no son idénticos a los que fueron objeto de la instrucción anterior; que al no darse la triple identidad común en ambos procesos, condición indispensable para la procedencia de la excepción de cosa juzgada, no es de aplicación lo dispuesto por el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales».

(Ejecutoria suprema del 10 de julio de 1996, Exp. N° 5403-95-Piura)

38. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: TIPICIDAD

«La conducta del procesado se encuadra dentro de los presupuestos del delito de concusión, por haber sido funcionario público quien intervino por razón de su cargo y actuó en concierto con la parte interesada en beneficio propio».

(Ejecutoria suprema del 12 de mayo de 1995 [Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 237])

39. CONCUSIÓN Y PECULADO: TIPICIDAD OBJETIVA POR LA CALIDAD DEL AGENTE

«Los ilícitos de concusión y peculado constituyen delitos especiales que exigen una cualificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionarios o servidores públicos, siendo dicha exigencia un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica».

(Ejecutoria suprema del 12 de agosto de 1994)

40. CONCUSIÓN: PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTEM*: FUNDADA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

«Que no siendo ya el procesado funcionario público por disposición expresa del artículo 40 de la Constitución Política y que respecto al delito de defraudación en perjuicio de la Administración Pública prevista en el artículo 246 inciso quinto del Código Penal derogado, es de precisar que dicho supuesto delictivo ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente, y no siendo posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo 198 inciso octavo del Código Penal vigente por estar prohibido la aplicación de la ley penal por analogía, resulta atípica la conducta del procesado».

(Ejecutoria del 12 de agosto de 1994, Exp. N° 1688-94-Lima)

41. CONCUSIÓN: PRESCRIPCIÓN

«La institución de la prescripción tiene por objeto extinguir la actividad jurisdiccional cesando la acción coercitiva del Estado de la persecución, investigación y juzgamiento de un delito, siendo factor determinante para su procedencia el transcurso del tiempo desde la comisión del evento, conforme a los plazos señalados por la ley».

(Ejecutoria suprema del 18 de abril de 1994 [*Normas Legales*, noviembre, 1995, p. J-45])

42. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: TIPICIDAD

«Se produce delito de colusión defraudatoria con perjuicio para el Estado en los hechos imputados a Director y Sub-director de Colegio Nacional que celebran contrato de adquisición con empresario omitiendo convocar a licitación pública y sin que se haya dado cumplimiento a la entrega de los bienes convenidos, por los cuales se pagó el precio, omitiendo los funcionarios supervisar y exigir su cumplimiento».

(Ejecutoria suprema del 18 de abril de 1994, Exp. N° 143-93-Ica)

43. CONCUSIÓN: EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

«El plazo de la extinción de la acción penal se computa desde que se produce el hecho delictuoso y no desde que se formula la denuncia penal».

(Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-16])

44. COLUSIÓN EN AGRAVIO DEL ESTADO

«Quien en su condición de subdirector de un colegio nacional, aprovechando de su cargo, celebra un contrato de adquisición de bienes, omitiendo convocar a licitación pública, es responsable del delito de concusión en agravio del Estado».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 1993 [*Normas Legales*, noviembre, 1995, p. J-45])

45. COLUSIÓN: REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PARA ACCIONAR

«En los procesos en que participen organismos cuya calidad es de persona jurídica de Derecho Público interno, sujetos al Sistema Nacional de Control, es necesario, para formular denuncia a nombre del Estado, la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa del Procurador Público del sector».

(Ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 1991, Exp. N° 1332-91 [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 367])

46. CONCUSIÓN: COSA JUZGADA

«Las resoluciones emitidas por el Juzgado Privativo de Trabajo producen efectos de cosa juzgada, de acuerdo al artículo 118 del Código Penal, inciso 3, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 9014, pues dichas resoluciones, dictadas en la jurisdicción civil, impiden la acción penal respecto del hecho declarado ilícito, entre las personas que fueron partes en el juicio o derivan de estas su derecho».

(Ejecutoria suprema del 21 de mayo de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 160])

47. COLUSIÓN: ATIPICIDAD

«Los hechos materia del procedimiento penal, derivados de la adjudicación del lote de terreno en una urbanización de interés social de propiedad municipal, no constituye delito».

(Ejecutoria suprema del 30 de octubre de 1989 [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 202])

48. CONCUSIÓN: FUNCIONARIO QUE SOLICITA DINERO A TRABAJADORAS DEL SEXO

«El encausado, en su calidad de asesor de Seguridad ciudadana de la Municipalidad, solicitaba a meretrices la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde ejercían la prostitución clandestina. De las actas de visualización de video se desprende que el encausado solicitó dinero a una mujer para no cerrar el local donde ejercían la prostitución».

(Ejecutoria suprema del 7 de abril de 2008, R. N. N° 163-2007-Lima, Sala Penal Permanente)

49. COLUSIÓN DEFRAUDATORIA: ACTOS TÍPICOS

«Configura el delito de concusión propia e implícita de funcionarios públicos encargados de cautelar el patrimonio de la Nación coludirse con una entidad que defraudaba al Estado condonándole cuantiosas deudas, con abuso de la función que ejercían y violación de expresas normas de la ley. La antijuricidad proviene de la falta de moralidad con que los Ministros, acusados, representantes del Gobierno, refrendaron el D. S. N° 080-68-FO, aprobatorio del contrato de 12 de agosto de 1968 sobre La Brea y Pariñas, habiendo tomado amplio conocimiento y conciencia plena del acto jurídico aprobado, por lo que llenado ese requisito formal les alcanza responsabilidad civil y penal conforme a los artículos 166 y 179 de la Constitución [de 1933]».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 1975 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, Lima, p. 879; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, pp. 408-409)

50. EXACCIÓN ILEGAL: ATIPICIDAD[812]

«El abogado que siendo Regidor de un Municipio, y cuyos personeros legales lo designaron para patrocinar una acción civil recibiendo adelanto de honorarios, no abusa de su cargo de concejal para hacer cobros ilegales, pues está celebrando un contrato de locación de servicios profesionales».

(Ejecutoria suprema del 22 de marzo de 1960 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1960, Lima, p. 938; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 408])

51. CONCEPTO DE EXACCIÓN ILEGAL

«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 integrar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entregar o de afrontar otras consecuencias».

(Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1998, Exp. N° 1380-98-Piura [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2000, año II, N° 4, p. 398])

52. EXACCIÓN ILEGAL: ACTOS TÍPICOS

«El delito de concusión imputado al procesado, se encuentra acreditado, por cuanto resulta de todo lo actuado, que el referido inculpado procedió a efectuar la cobranza del tributo en forma indiscriminada, sin un control previo administrativo y contable, habiéndose fijado su aporte en forma personal, transgrediéndose de este modo los alcances de la Resolución Municipal N° 3816; asimismo, el referido encausado procedió a otorgar la concesión del cobro de dicho tributo sin que se haya efectuado licitación ni concurso alguno, con lo que los intereses del Consejo Municipal se vieron afectados gravemente».

(Ejecutoria suprema del 5 de diciembre de 1995, Exp. N° 556-95-Arequipa [GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 353]

(812) En el Código de 1924 no se había contemplado taxativamente el tipo penal de exacciones ilegales, de modo que tal conducta ingresaba al tipo genérico de concusión.

53. EXACCIÓN ILEGAL: COBRO ILEGAL DE DIETAS

«De lo actuado se ha acreditado la comisión del delito y la responsabilidad de los sentenciados, quienes en su condición de funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial tenían pleno conocimiento de los reglamentos internos que establece las dietas, pretendiendo justificar su accionar doloso, una sentenciada devolviendo lo cobrado ilegalmente y la otra sentenciada haciendo la consulta respectiva después de cuatro meses, cuando se hizo de conocimiento público».

(Ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002, Exp. N° 335-2000-Piura [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 131])

54. EXACCIÓN ILEGAL, COBRO INDEBIDO POR CONCEPTO DE RACIONAMIENTO

«Constituye delito de concusión, la conducta de los inculpados que abusando de su cargo como alcalde y Regidores de un Consejo Distrital, cobraron una suma de dinero indebidamente, con carácter retroactivo por concepto de racionamiento».

(Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 24 de abril de 1998, Exp. N° 157-95 [Academia de la Magistratura: *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2000, p. 433])

55. EXACCIÓN ILEGAL: COBROS INDEBIDOS DE BUENA FE

«Al haber efectuado los Regidores cobros indebidos por conceptos de dietas y bonificaciones con desconocimiento de ley, habiendo actuado de buena fe y procedido posteriormente a devolver lo percibido indebidamente, se descarta el lucro por parte de los procesados, constituyendo el hecho una irregularidad administrativa, al no existir dolo en dicho comportamiento».

(Ejecutoria suprema del 14 de enero de 1998, Exp. N° 1587-97-Cajamarca [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 652])

56. EXACCIÓN ILEGAL, COBROS INDEBIDOS: PRECISIONES

«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 él 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 suprema del 23 de enero de 2002, Exp. N° 861-2002-Cuzco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 124])

57. EXACCIÓN ILEGAL: AUSENCIA DE ELEMENTOS DE TIPICIDAD

«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, exige 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° 861-2002-Cuzco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, pp. 124 y 126])

58. EXACCIÓN ILEGAL, COBRO INDEBIDO: AUSENCIA DE COACCIÓN

«En el caso de 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, proveniente de los recursos propios de la unidad de post grado de la facultad de educación han sido otorgados en mérito a una resolución rectoral y a lo dispuesto por la ley de presupuesto del Sector Público».

(Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2002, Exp. N° 2916-2001-Lima [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 149])

59. COLUSIÓN DESLEAL

«Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto con el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el "defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"; entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público,

al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras».

(Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2002, Exp. N° 1402-2002-Tumbes [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, pp. 191-192])

60. COLUSIÓN: CONCURRENCIA DE COMPONENTES DE TIPICIDAD

«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 señala».

(Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, Exp. N° 3611-2002-Huánuco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 176])

61. COLUSIÓN: IMPORTANCIA DE LAS PERICIAS

«Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el Juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la Municipalidad, más aún que no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal».

(Ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002, Exp. N° 303-2001-Moquegua-Tacna [FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal y constitucional,* Lima, RAO Editora, 2004, p. 52])

62. COLUSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA

«Del examen de los actuados fluyen elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehaciente 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 el plazo, lo es también que los encausados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa».

(Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2001, Exp. N° 3137-2000-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada,* Tomo II, Lima, Idemsa, 2005, p. 308])

63. COLUSIÓN: ACTOS TÍPICOS

«El aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad con los proveedores, de manera secreta y defraudar al Estado, constituye delito de concusión desleal».

(Sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 12 de setiembre de 1996, Exp. N° 1531-92 [Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia* 1, Lima, p. 420])

64. COLUSIÓN: CONCERTACIÓN DOLOSA

«La conducta del procesado, quien en su calidad de Gerente General del Banco Central de Reserva del Perú efectuó depósitos de dinero, aperturas y traslados de cuentas en concertación dolosa con la parte interesada y obteniendo ventajas económicas, se encuentra dentro de los presupuestos del delito de Concusión».

(Ejecutoria suprema del 12 de mayo de 1995, Exp. N° 2744-93-B-Lima [Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 237])

65. COLUSIÓN: PRUEBA DE LA CONCERTACIÓN DOLOSA

«Examinados los actuados existen elementos de prueba razonables, que nos permite colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidencian que los funcionarios públicos procesados cometieron la figura penal de gestión desleal, al haber intervenido en actos contractuales defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegítimamente».

(Ejecutoria suprema del 15 de enero de 1998, Exp. N° 992-97-Junín [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 415])

66. COLUSIÓN: ACTOS TÍPICOS

«La conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de Alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos existe, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados en algunos casos inoperativos. Asimismo, se le incrimina haber realizado diferentes obras que no contaban con la documentación contable respectiva, esto es órdenes de compra, órdenes de servicio y expedientes técnicos necesarios; sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos».

(Ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002, Exp. N° 1559-2001-Apurímac [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 167])

67. COLUSIÓN: ATIPICIDAD

«El colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpados como si fueran funcionarios o servidores públicos cuando solo eran particulares contratados por el Alcalde para que en su condición de carpinteros fabricaran puertas y ventanas que tendrían que colocarse en su momento en el nuevo local que se estaba construyendo para dicha comuna».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2001, Exp. N° 753-2001-Amazonas [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal,* Lima, Jurista Editores, 2004, p. 588])

68. COLUSIÓN: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

«Si del informe de Contraloría y la denuncia del procurador, se advierte que el encausado no ha sido considerado como autor ni partícipe en los delitos de concusión, peculado y malversación de fondos, pero sí se advierte que habría incurrido en responsabilidad de carácter administrativo, su conducta no constituye delito, razón por la cual se declara no haber nulidad en la resolución que declara fundada la excepción de naturaleza de acción».

(Ejecutoria suprema del 31 de diciembre de 1997, Exp. N° 659-97-Huancavelica [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 402])

69. COLUSIÓN: ATIPICIDAD, INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

«Si de lo actuado se evidencia que existe incumplimiento en la realización de los contratos, lo cual carece de contenido penal, procede la absolución del encausado».

(Ejecutoria suprema del 28 de abril de 1989, Exp. N° 175-89-Piura [Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, año judicial 1989, Tomo LXXVII, Lima, 1993, p. 147])

70. COLUSIÓN: ATIPICIDAD - ILÍCITO ADMINISTRATIVO

«Del estudio de autos se advierte que, si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron datos inexistentes; sin embargo no se ha llegado a acreditar que los procesados en su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con estas a efectos de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia; que, de otro lado, si bien los procesados estando al cargo que cada uno desempeñaba, estaban obligados funcionalmente a supervisar una correcta inscripción de las empresas proveedoras, empero dicha omisión no constituye necesariamente una conducta de naturaleza ilícita, sino de orden administrativo».

(Ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 2000, Exp. N° 2916-2000-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 2002, p. 740. Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa especializada en procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 8 de mayo de 2000, Exp. N° 412-99, p. 742])

71. COLUSIÓN: SIMPLES SINDICACIONES

«Del análisis 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 co-encausado, 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 del 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° 8491-94-B-Áncash [Gómez Mendoza, Gonzalo: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 332])

TÍTULO IV

LOS DELITOS DE PECULADO

SUMARIO: I. Peculado. **II.** Clases de peculado. **III.** La naturaleza jurídica del delito de peculado: bien jurídico. **IV.** Los modelos de Derecho comparado europeo y latinoamericano. **V.** El concepto «patrimonio público». **VI.** Aspectos de técnica legislativa.

I. PECULADO

Peculatus (en latín), *peculato* (en italiano y portugués), *péculat* (en francés), *amtsunterschlagung* (en alemán), *sprzeniewierzenie* (en polaco), *embezzlement crime* (en inglés).

El peculado es un término jurídico posesionado y de alta difusión en la legislación penal italiana, utilizado para definir una modalidad específica de delito funcionarial cometido por el funcionario que se apropia o sustrae "patrimonio público" que le ha sido colocado bajo su posesión jurídica, con base en diversos vinculadores y que se halla orientado hacia fines de interés general o institucional. Tiene, así, un uso estrictamente penal. En algunas legislaciones penales se hace mención directa de él, en otras se encuentra confundido con la malversación. Determinados códigos punitivos no lo regulan expresamente o lo han remitido hacia otras figuras penales de mayor generalidad y alcance.

La gran mayoría de legislaciones penales latinoamericanas tomaron dicho vocablo jurídico del Código Penal italiano de 1889, que fue el que le dio uso paradigmático. Los Códigos, alemán, francés y español, en cambio, optaron por la palabra malversación, la misma que cubría y cubre en los alcances de su significante una amplia variedad de modalidades delictivas.

En Francia, el Código Penal de 1791 reguló dicha figura penal en los artículos 11 y 12 de la Sección V, denominada "*Crímenes de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes que le son confiados*", criminalizando en sentido amplio los delitos de malversación o substracción de

caudales públicos por parte del funcionario público[813]. El Código Penal francés de 1810, apartándose de la redacción legislativa –en materia de sujeto activo y de conducta típica establecidos por el Código de 1791– reguló mediante su artículo 169 (*De la prevaricación y de los crímenes y delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones". De las sustracciones cometidas por los depositarios públicos*) la siguiente fórmula legal: "Todo recaudador, empleado en la recaudación o escribiente que hubiese hurtado o sustraído fondos públicos o privados, o efectos activos equivalentes, documentos, títulos, actas o efectos mobiliarios que se encontraren en su poder en virtud de sus funciones, será condenado a trabajos forzados temporales, si el valor de las cosas hurtadas o sustraídas pasare de 1,000 francos". Los artículos 170, 171 y 172 precisan otras circunstancias y fija este último pena de multa que oscila de la dozava a la cuarta parte de las restituciones e indemnizaciones; redacción que sería modificada con el correr del tiempo hasta antes de la derogación de este paradigmático Código Penal en el año 1993.

Los primeros Códigos españoles abordaron igualmente el delito de malversación de fondos. Así, en el Código de 1822, los artículos 463 al 466 contemplaron diversas hipótesis de dicho delito, incluyendo la malversación culposa, que se reproduciría en los Códigos de 1848, 1870 y demás del siglo XX.

En el Código Penal de la Confederación de Alemania del Norte (1870) se reguló el delito de malversación de dinero público en los artículos 350 y 351, bajo el clasificador jurídico "*De los crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas*" (artículo 350: "Todo funcionario que hubiese malversado dinero u otros objetos cuyo depósito le estaba confiado voluntariamente o en virtud de sus funciones, será castigado con la pena de prisión por tres meses como mínimo, pudiendo además ser privado del ejercicio de los derechos civiles. También será punible la tentativa". Artículo 351: "Si con motivo de esta malversación el funcionario hubiese llevado de un modo irregular, falsificado o suprimido cuentas, registros o libros destinados a este objeto o a la comprobación de ingresos y gastos, o si hubiese presentado valores o extractos inexactos de dichas cuentas, registros, libros o piezas justificativas inexactas, o si hubiese hecho

(813) Código Penal francés de 1791, Sección V, artículo 11: "Todo funcionario público que resultare convicto de haber malversado caudales públicos de los que tuviese que rendir cuentas, será castigado con la pena de 15 años de hierros".
Artículo 12: "Todo funcionario u oficial público que resultare convicto de haber malversado o substraído caudales, efectos, escrituras, documentos o títulos de los que fuese depositario en razón de las funciones públicas que él ejerce y por efecto de una confianza necesaria, será castigado con pena de 12 años de hierro".

indicaciones falsas sobre los barriles, sacos o paquetes que contuviesen el numerario, la pena será de reclusión por diez años como máximo". El delito de malversación de dinero (artículos 350 y 351) fue derogado en el año 1974 del Código Penal alemán.

Es, en cambio, el Código Penal italiano de 1889 el que universaliza el término "*peculato*", el mismo que fuera normativizado mediante el artículo 168 bajo el clasificador jurídico "*De los delitos contra la Administración Pública*", con una técnica de redacción distinta de la francesa y alemana, que es la que con matices y mejoras ha sido asumida en gran parte por la mayoría de Códigos latinoamericanos: Artículo 168: *"El funcionario público que sustraiga o robe dinero u otras cosas muebles, cuya administración, recaudación o custodia tenga por razón de su cargo, será castigado con la inhabilitación perpetua para cargos públicos, con la pena de 3 a 10 años y con multa no inferior a 300 liras. Si el daño fuere leve o íntegramente resarcido antes del procesamiento, la inhabilitación será temporal y la reclusión será de uno a cinco años"*. Redacción, que con mejoras técnicas se reprodujo en el artículo 314 del Código Penal de 1930, posteriormente reformado.

Del latín *pecus* (ganado) y *latus* (hurto). Etimológicamente significa *hurto de ganado.* En la Roma monárquica, cuando aún no existía la moneda y el ganado era el bien más preciado junto a la tierra, a la vez que servía de referente para los intercambios comerciales, definía el estatus socioeconómico y servía igualmente para los sacrificios religiosos. El *peculatus* en Roma era el delito de hurto de bienes del pueblo romano cometido tanto por funcionarios como por particulares (*peculatus* impropio), que se confundía con la apropiación y el fraude, castigado con penas severas. El término fue juridizándose en la República para indicar hurto de cosas de valor, hasta llegar, en la época del Imperio, a la noción del *criminis peculatus* o hurto de dinero y bienes públicos que formaban parte del *aerarium* e imputable solo a funcionarios.

Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severas penas, que llegaban hasta la muerte, el hurto de los dineros del Estado. La *Lex Iulia* reguló el tratamiento penal a los peculadores, creándose un tribunal especial para sustanciar los numerosos casos (la *quaestio perpetua*), que incluso extendía sus efectos a los herederos del funcionario infractor. El *Digesto*, ya en las postrimerías del Imperio, reconoció tres clases de peculado: por sustracción, retención y uso. Así, en el Título XIII del Libro XLVIII se señalaba: «Está sujeto a la *Lex Julia*, relativa al peculado, el que hubiere quitado o interceptado dinero sagrado, religioso (o público)». «Pero también el que hubiere retenido dinero público recibido para algún

uso, y no lo hubiere empleado, está sujeto a esta ley»[814]. El *Código*, otro de los cuatro libros del Corpus Iuris romano extendió el *criminis peculatus* a los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos, ordenándose contra ellos la pena capital, como para quienes les prestaron ayuda o a sabiendas recibieron de ellos las cantidades sustraídas[815].

En el Derecho Penal romano se crearon así las figuras de peculado y la de malversación, que se extendieron por el mundo occidental, siendo recepcionadas por el Derecho medioeval con la Ley de las Siete Partidas, las ordenanzas francesas de 1620, 1690 y 1701, hasta llegar a los Códigos Penales de Francia de 1791 y 1810; España de 1844 y 1870; Alemania de 1870; e Italia de 1889, Códigos históricos que incluyeron en su sistemática penal los modelos o paradigmas legislativos de peculado y malversación.

II. CLASES DE PECULADO

a) *El peculado propio.* Cometido por el funcionario o empleado (servidor) público que en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto se hallen en posesión material o jurídica del bien, apropiándoselo, usando o sustrayéndolo de la esfera pública.

b) *Peculado impropio o por extensión.* Cuando la apropiación, uso o sustracción es cometido por particulares que son equiparados a efectos penales y por disposición normativa a la condición de funcionarios o empleados. La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la calidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia.

Ya Francesco CARRARA (1805-1888) junto a Giovanni CARMIGNANI (1768-1847) dieron cuenta de la existencia de estas variedades de peculado que tomaron su fuente en el Derecho Penal romano[816].

El peculado propio a su vez se subdivide en:

a) *Peculado por apropiación.* Caracterizado por el apoderamiento doloso de bienes públicos por parte del funcionario o servidor. Estos

(814) Digesto, Libro XLVIII, Título XIII, 4: MARCIANUS, Libro XIV: "Institutionum-Lege Iulia peculatus tenetur qui pecuniam sacram, religiosam (publicam) obstulerit, interceperit".

(815) Codigo, Libro IX, Título XXIX, 1: "Iudices, qui tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt, lege Iulia peculatus obnoxii sunt, et capitali animadversioni eos subdi iubemus; his quoque nihilominus, qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt, vel qui subtractas ab his scientes susceperunt, eadem poena percellendis".

(816) Véase CARRARA: Programa de Derecho criminal, cit., Vol. VII, T. 9, § 3362. Para el pensamiento jurídico de CARRARA, el peculado es una forma de falsedad donde el bien jurídico es la fe pública.

bienes públicos son del Estado o de particulares en disposición jurídica pública y se hallan confiados a los sujetos públicos para los usos y fines de ley. Algunas legislaciones penales configuran el peculado con base en el verbo rector «sustracción», lo que posibilita flexibilizar la vinculación funcional a hipótesis más amplias de delito (casos de España, Argentina).

b) *Peculado por utilización o distracción genérica.* En esta modalidad, el sujeto público usa o utiliza bienes públicos en beneficio propio o de terceros. No existe aquí voluntad real de apropiación, sino de uso.

c) *Peculado culposo.* Por lo general, no se castiga la sustracción o apropiación que haga el funcionario por negligencia, sino que se le castiga en razón a que por su descuido dio lugar a que un tercero sustraiga los bienes públicos.

d) *Peculado por distracción o uso específico.* El uso (o utilización) de bienes públicos está circunscrito a determinados bienes muebles (máquinas, vehículos, etc.) que son destinados o utilizados en fines distintos a los oficiales en provecho propio o de terceros. La penalidad es menor que en el peculado por distracción genérica en razón a tratarse de máquinas y herramientas.

e) *Peculado por aplicación distinta o malversación.* Conocida más comúnmente por malversación de fondos. Consiste en destinar o invertir fondos públicos o partidas presupuestarias a fines no previstos. Los fondos o bienes no salen de la esfera pública, pero son aplicados a rubros no establecidos previamente(817).

f) *Peculado por aprovechamiento del error de otro.* Se trata de un caso límite, que puede ingresar en el ámbito concursal entre concusión inducida y peculado. Se da esta modalidad cuando el funcionario o servidor se apropia o usa dinero o bien mueble que ha recibido o retenido por error de otra persona. El Código Penal peruano no

(817) Véase en la ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999 (Primera Sala Transitoria), Exp. N° 1524-98-Arequipa, una resolución en la cual se establece un cuadro resumido de diferencias entre peculado y malversación de fondos: "El delito de peculado es diferente del delito de malversación. El primero 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 está confiado por razón de su cargo, mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; se trata de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones".

contempla esta hipótesis como variedad de peculado. El Código Penal del Brasil lo regula en su artículo 313, al igual que el Código Penal de Panamá, en el artículo 339.

g) *Peculado por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado*[818]. Es el caso de funcionarios o servidores que utilizan la mano de obra o los servicios oficiales para usos personales o de terceros y que son pagados por el ente público. No contemplada expresamente por el Código Penal peruano, pero que resulta admisible, en determinados casos, dada la fórmula lata del tipo penal 387, que utiliza la frase "se apropia en cualquier forma para sí o para otro". El Código Penal de Argentina lo regula en el artículo 261, segundo párrafo; igualmente, el Código Penal de Puerto Rico, en su artículo 252.

h) Peculado por demora injustificada en los pagos ordinarios.

i) Peculado por rehusamiento a la entrega de bienes.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO: BIEN JURÍDICO

La característica esencialmente patrimonial del delito de peculado, que lo vincula con los delitos comunes de apoderamiento-apropiación, ha dado lugar a dos decisiones de política legislativa trascendentes en la historia de estos delitos. La primera, producida en Alemania con las reformas de 1974, que quitó a estos delitos su naturaleza de infracción de deber funcionarial al derivar su contenido e interpretación a los delitos comunes de apropiación indebida y abuso de confianza, al derogarse los diversos delitos de malversación de fondos. La segunda, expresada en la dramática y discutida reforma producida por la Ley Orgánica 1-2015 en la legislación penal española que, manteniendo el tipo legal 432 y sus agravantes en razón a cuantías pecuniarias; sin embargo, remitió la conducta de los tipos de malversación a los delitos de administración desleal y apropiación indebida (artículos 252 y 253, respectivamente, del Código Penal), graficando así una relativa huida de estos comportamientos de los delitos

(818) Véase, la ejecutoria suprema del 29/01/2010, R. N. N° 4936-2008-Puno, Sala Penal Permanente: "El encausado en su condición de exadministrador y contador, permitió que se registre falsamente como trabajador de la obra a una persona que no laboraba en ella y que se le pague indebidamente sus remuneraciones, pese a que no realizó labor efectiva a favor de la entidad agraviada, causándole así un perjuicio económico. Dicho incumplimiento de su obligación de cautelar los caudales, cuya administración le fue confiada por razón de su cargo, fundamenta el delito de peculado".

contra la Administración Pública[819], acontecida después de 40 años de la radical reforma producida en la legislación penal alemana; tendencia que ha tenido y tendrá sus repercusiones en la fijación del bien jurídico específico protegido.

Históricamente ha constituido objeto de debate si los delitos de peculado poseen fundamentalmente naturaleza patrimonial o son, en cambio, manifestaciones de deslealtad del funcionario para con la gestión/utilización de los recursos públicos[820], o si se trata de un delito pluriofensivo –como sostiene la mayoría de la doctrina italiana[821]–, lesionando por igual el patrimonio público, los deberes de lealtad y probidad con el ejercicio del cargo y el regular ejercicio de las funciones públicas.

A nivel normativo se positivizan tales orientaciones a través de la interpretación dada a la legislación sobre malversación en los Códigos Penales de Alemania (1871, reformado), Italia (1930), Francia (1993), Portugal (1995) y España (1995), respectivamente.

La posición que otorgó primacía patrimonial al bien jurídico protegido, representada por el Código Penal alemán[822], en un ejemplo de coherencia con la sistemático-normativa de este cuerpo legal, luego de derogar los delitos de malversación básica y agravada (artículo 350 *Amtsunterschlagung* y *351 Schwere Amtsunterschlagung)*, ha posibilitado relocalizar

(819) "Reforma considerada de desafortunada, desgraciada y que ha destruido la tipicidad del antiguo delito de malversación, en nombre de una coherencia legislativa solo existente en la mente de sus desconocidos inspiradores". Véase Quintero Olivares, Gonzalo: "De la malversación", en Quintero Olivares y Morales Prats: *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, cit., p. 1773.

(820) Véase De la Mata, Norberto y Etxebarria, Xavier: *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, p. 41 y ss.

(821) Véase Pagliaro: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 31; Segreto, Antonio y De Luca, Gaetano: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 74 y ss.

(822) El caso de Alemania es singular. Las reformas producidas en 1974 al Strafgesetzbuch (Código Penal) derogaron los artículos 350 y 351, referentes a los delitos de malversación (peculado), calificando y sustanciándose tales hipótesis a partir de entonces como delitos comunes de apropiación indebida (artículo 246) y a través de la figura de abuso de confianza o administración desleal (artículo 266). Mayores referencias véase De la Mata y Etxebarria: *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 52. Ídem, véase el trabajo de Abanto Vásquez: "Modelos de protección penal del patrimonio público", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto: *La corrupción. Criminología, Derecho Penal parte general y especial,* compliance*, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, p. 188 y ss. En dicho artículo, Abanto efectúa una exposición analítica del cambio de paradigma operado tanto en el Código Penal alemán como en el Código Penal español con referencia al delito de malversación de fondos, explorando su capacidad de rendimiento en ambas legislaciones, y ofreciendo una lectura comparativa con el diseño nacional de los delitos de peculado y malversación.

el bien jurídico protegido desvinculándolo de la estricta esfera de los delitos contra la Administración Pública, para asimilarlo a los delitos patrimoniales comunes (específicamente los artículos 246, apropiación indebida; y 266, delito de abuso de confianza por administración desleal). Lectura de la dogmática alemana que se dejaba notar ya en pleno siglo XIX, cuando, por ejemplo, Adolf MERKEL (1836-1896), profesor de la Universidad de Strasburgo, comentando los artículos 350 y 351 del Strafgesestzbuch de 1870, remitía su interpretación a los delitos de apropiación indebida y hurtos[823]. Concuerda esta posición con la cerrada defensa doctrinaria que al respecto hicieran en España algunos doctrinarios del siglo XIX (JOAQUÍN PACHECO y ÁLVAREZ MARTÍNEZ) y en el siglo XX destacados penalistas como QUINTANO RIPOLLÉS, para quienes el delito de peculado es una modalidad calificada –según los componentes objetivos de comisión– de hurto o apropiación ilícita, calificación definida tanto por el objeto material del delito como por la calidad común del sujeto activo.

El énfasis en la protección del patrimonio de las Administraciones Públicas constituye la reciente tendencia de la doctrina y jurisprudencia recientes en materia de peculado. En esta lectura, desde perspectivas funcionalistas, CUAREZMA TERÁN y DE LA MATA-ETXEBARRIA llegan a priorizar el patrimonio público como objeto de interés de la norma penal, en tanto se protegen los caudales o efectos públicos como presupuesto del ideal cumplimiento de la función patrimonial del Estado; dicho de otra forma, se tutela el patrimonio público –sometido normativamente a determinadas previsiones presupuestarias– vinculado a la consecución de finalidades de interés general[824].

La posición que sostiene la teoría de la pluriofensividad del peculado –tales son los casos de Portugal, Italia, Brasil y Perú– parte de considerar que el objeto de tutela penal está constituido por determinados y específicamente valiosos intereses reunidos o agrupados en el macro bien jurídico *Administración Pública*: correcta administración del patrimonio público, deberes de probidad y lealtad para con los intereses públicos derivados del cargo o función ejercida, deber de fidelidad del funcionario público a la Nación, concordante con la confianza depositada por el Estado y –genéricamente– por la ciudadanía a los efectos de la protección de los intereses patrimoniales de la Administración Pública. En la doctrina española, esta fue la corriente mayoritaria (SUÁREZ MONTEZ, RODRÍGUEZ DEVESA,

(823) MERKEL, Adolf: *Derecho Penal. Parte especial*, traducido del alemán por Pedro DORADO, Madrid, p. 194.

(824) Véase DE LA MATA y ETXEBARRIA: Malversación y lesión del patrimonio público, cit., p. 82.

Ferrer Sama, Orts Berenguer, Muñoz Conde, Barja de Quiroga, etc.) hasta antes de la reforma del año 2015. La tesis de la pluriofensividad del delito de peculado constituye una delimitación del bien jurídico protegido con capacidad para dar cuenta de los diversos delitos contenidos entre los artículos 387 y 392 del Código Penal que, como se aprecia, correlaciona diversos intereses valiosos con los intereses patrimoniales de las Administraciones Públicas, como objeto de interés jurídico penal, en un juego dialéctico de valores inherentes a la Administración Pública en su relación con el patrimonio público, cada uno de los cuales serán enfatizados en el caso delictivo concreto, dando mayor realce a uno u otro delito en especie(825).

Se aprecia actualmente una acusada tendencia con dos direcciones en el contexto de la doctrina española sobre el tema del bien jurídico: **a)** en primer término, a enfatizar más los aspectos objetivos de lesión del patrimonio público que la simple infracción de los deberes surgidos del cargo, siendo ambos componentes del delito de peculado. Esto se confirma, entre otras razones, con el ingreso en la redacción del tipo penal de un factor cuantitativo para agravar y para también atenuar el injusto penal de dicho delito, como se observa, por ejemplo, en los párrafos segundo y tercero del artículo 432 del Código Penal español de 1973(826); **b)** en segundo lugar, en el interés por superar concepciones reputadas de tradicionales en tanto referencia al deber de fidelidad o lealtad, postulando, en cambio, una acentuación de los criterios de corrección en el funcionamiento de la Administración Pública, que se resumen en la correcta administración del patrimonio público.

Norberto de la Mata y Xavier Etxebarria argumentan del siguiente modo, en la línea de cuestionamiento a los deberes de lealtad y fidelidad del sujeto público: «En la concepción del deber del cargo para definir el injusto de los delitos denominados de funcionarios se traduce una visión autoritaria de la actividad administrativa que, inadmisible en un Estado social y democrático de Derecho, obliga a su reformulación. La mera infracción

(825) La tendencia observada recientemente en algunos sectores de la doctrina española (que reproduce y hace suya Abanto Vásquez, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., pp. 283 a 285), consistente en cuestionar la tesis de la infracción del deber funcional de lealtad en tanto bien jurídico del peculado, con base em el argumento de que la noción "deber del cargo" es propia de un estado autoritario (cfr. Mir Puig, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 287), tiene el grave defecto de invocar una razón de orden político de dudosa corrección, para desestimar una realidad que va con la naturaleza misma de las cosas en tema de Administración Pública, en el que el principio de lealtad institucional –más aún si está doblemente reforzada por las exigencias del cargo– es un mandato de orden constitucional y, por lo mismo, perfectamente normativizado en el caso peruano.

(826) Véase "Legislación extranjera".

de un deber, «la deslealtad», no puede fundamentar la intervención penal, si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario»[827].

En el marco de la lectura patrimonialista, un sector doctrinario y jurisprudencial español (De la Mata y Etxebarria, Muñoz Conde, Carlos Mir Puig, entre otros) considera que el bien jurídico en el delito de peculado 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. Específicamente, Mir Puig[828] resume con la siguiente frase el objeto de la tutela penal: «(...) en el delito de malversación, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público». En una visión patrimonialista pura que desestima la sola infracción de deberes, y amparándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo español, Zabalegui Muñoz sostiene que el valor que protege el legislador con la tipificación de la malversación de fondos (peculado) es el erario público, además de la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos destinados a los servicios que prestan los poderes públicos[829].

En una lectura matizada, Quintero Olivares, haciendo mención del intenso debate producido en la dogmática española acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido, dividida entre enfatizar los deberes de probidad y lealtad en el ejercicio del cargo o la tutela del patrimonio público que pertenece a todos los ciudadanos, considera que: "Indudablemente, la primera idea parece más acorde con la realidad del Derecho, pues de lo contrario habría bastado con cualificar los delitos contra el patrimonio. La relación entre la ciudadanía y los administradores públicos exige en estos últimos un ejemplar comportamiento de respeto a lo que es de todos, y esa confianza en la Administración y en los servicios públicos, es la primera que se derrumba con estos delitos"[830].

La tesis de Quintero es de por sí bastante singular si se la mira en el contexto de la absoluta patrimonialización que la Ley Orgánica 1-2015 ocasionó en la naturaleza de los delitos de malversación, al trasladar su

(827) Véase De la Mata y Etxebarria: *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 113.

(828) Mir Puig: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 288.

(829) Zabalegui Muñoz, María del Carmen: "La malversación de caudales públicos", en Consejo General del Poder Judicial: *Cuadernos de Derecho judicial. Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 159-160.

(830) Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2016, p. 773.

conducta típica a los delitos de administración desleal y apropiación indebida; decisión legislativa que ha hecho variar, radicalmente, para sectores de la doctrina y jurisprudencia española fijada en la tesis de la infracción del deber, la determinación del bien jurídico específico, lo que en palabras de MORILLAS CUEVA: "*No cabe duda que dada su patrimonialización, el objeto de protección directo es el patrimonio público, dentro del amplio concepto de administración*[831].

IV. LOS MODELOS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO Y LATINOAMERICANO[832]

El *Código Penal español* de 1973 empleaba el *nomen iuris* «De la malversación de caudales públicos», el de 1995 hace alusión solo a los delitos de malversación para comprender las diversas formas de peculado, que los tratadistas españoles clasifican en: **a)** conductas de apropiación dolosa y culposa (esta última ya no regulada en el Código de 1995); **b)** conductas de distracción por aplicación a usos propios o ajenos, y por destino oficial diferente (propiamente malversación de fondos); y **c)** conductas de retención, en sus dos modalidades: por no hacer un pago (delito de omisión propia) y por no hacer entrega de una cosa puesta bajo custodia o administración del funcionario. El Código Penal español vigente, antes de la reforma de 2015, efectuó algunas reformulaciones de importancia con relación al derogado de 1973. Así, se eliminó el delito culposo de malversación; **se derogó la malversación de caudales por aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieren destinados** (lo que es propiamente en nuestro país el delito de malversación de fondos); se suprimieron las modalidades de retención indebida de fondos, la denegación de pagos y el peculado de uso; asimismo, se han reproducido, aumentándolas, las ampliaciones de tipicidad a los particulares designados como depositarios de caudales o efectos públicos, a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados, aunque pertenezcan a particulares; y a los que por cualquier concepto se les haya encargado fondos, rentas o efectos de la Administración Pública (artículo 435). La reforma del año 2015, siguiendo en parte el ejemplo del Código Penal alemán, cambió radicalmente la estructura formal del tipo penal de malversación-apropiación español, al remitir su conducta típica al delito de administración desleal del artículo 252 y de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal.

(831) MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 1172.

(832) Véase "Legislación extranjera".

El Código Penal italiano de 1930 vigente y reformado en 1990, bajo el *nomen iuris «peculato»* contempla: a) el peculado por apropiación (artículo 314); b) peculado por uso momentáneo y restitución inmediata (segundo párrafo del artículo 314); c) peculado mediante aprovechamiento del error de otro (artículo 316); y d) la malversación con daño al Estado o de la Comunidad Europea (316 bis). Esta última variedad de peculado castiga al particular que habiendo obtenido del Estado u otro ente público o de la Comunidad Europea, subvenciones o financiamientos para obras públicas les da un destino distinto al previsto.

El *Código Penal argentino*, como lo hace el español, emplea el *nomen iuris* «malversación de fondos» para comprender las siguientes figuras: **a)** aplicación diferente de la destinada de los caudales o efectos (artículo 260); **b)** sustracción de caudales o efectos (artículo 261); **c)** empleo en provecho propio o de tercero de trabajos o servicios pagados por la Administración Pública (segundo párrafo del artículo 261); **d)** sustracción culposa de bienes por un tercero (artículo 262); **e)** demorar injustificadamente pagos ordinarios (artículo 264); y **f)** rehusarse a entregar bienes o efectos depositados o dados en custodia o administración (segundo párrafo del artículo 264).

V. EL CONCEPTO «PATRIMONIO PÚBLICO»

Es sabido ya que el Derecho Penal trabaja con un concepto propio de "patrimonio" de mayor alcance y riqueza que el existente en el ámbito del Derecho Civil[833]. En efecto, la noción de "patrimonio público" ha evolucionado desde un criterio estricto y ortodoxo que ve su objeto, *por su origen*, en los bienes del fisco o del tesoro público, pasando por la concepción que lo amplía a los bienes de los distintos entes públicos (Gobierno central y dependencias, organismos autónomos, organismos descentralizados, gobiernos locales y regionales, empresas públicas y mixtas en parte), para abarcar incluso, extensivamente y bajo determinadas caracterizaciones, los procedentes de organismos internacionales, los préstamos, legados, donaciones[834], hasta llegar a la moderna conceptualización, *por su*

(833) Sobre este tema véase Roy Freyre, Luis: *Derecho Penal peruano. Parte especial*, Lima, Instituto de Ciencias Penales, 1983, T. III, p. 34; Rojas Vargas, Fidel: *Delitos contra el patrimonio*, Lima, Grijley, 2000, T. I, p. 46.

(834) Abanto Vásquez considera que, en el caso de los bienes de distinta naturaleza, aunque administrados por funcionarios públicos, de no resultar a ellos aplicable la extensión del artículo 392, entrarán a tallar los tipos comunes, al igual que con los bienes afectados a empresas comerciales o de aquellos procedentes de organismos internacionales. Véase de dicho autor *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 300; 2ª edición,

materia y funcionalidad, que engloba tanto bienes de propiedad pública como de propiedad privada (de particulares, préstamos de dinero, alquiler de bienes, objetos incautados, etc.), siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, reingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la Administración Pública en condición de custodia o disponibilidad jurídica. Disponibilidad jurídica que, en estricto, significa posibilidad real de asignación de los caudales o efectos a los fines institucionales o de servicio, o tan solo deberes de custodia y vigilancia. No es, entonces, el criterio funcional de disposición práctica el único que llena de contenido significativo dicha frase(835). Domina así en la actualidad, en la doctrina y jurisprudencia, una concepción amplia y funcional de lo que debe entenderse por patrimonio público. Esta concepción funcional opera en un doble escenario, en primer lugar, supera el significado estrictamente económico para englobar genéricamente también a determinados documentos, distintivos y símbolos estatales o privados bajo origen y disponibilidad estatal, lo que permite delimitar con mejor precisión el objeto de la tutela penal en los delitos de peculado, donde lo funcional se concibe no tanto «por su cuantificación material u origen, sino por su subordinación a determinados fines de carácter económico social o solamente administrativos que vienen impuestos jurídicamente»(836) y que constituyen cometidos del Estado y, en general, de las Administraciones Públicas; en segundo lugar, posibilita aplicarla no solo a los destinos de interés general, sino igualmente a los que dan cuenta de la organización, infraestructura y funcionalidad interna de las entidades de la Administración Pública.

Obviamente, y partiendo del carácter fragmentario del Derecho Penal, la admisión de la naturaleza funcional de «patrimonio público» exigirá cumplir un marco mínimo de formalidades para la incorporación de los caudales o efectos privados a dicho patrimonio, en tanto conceptualización jurídico-dogmática, a efectos de no ampliar desmesurada y arbitrariamente los límites del patrimonio público.

---

p. 351. En su artículo "Modelos de protección penal del patrimonio público", ABANTO nos brinda importantes reflexiones sobre la conceptualización doctrinaria alemana del término patrimonio aplicables a los delitos comunes como a los de infracción de deber relacionados con el bien jurídico "Administración Pública", véase en MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: *La corrupción,* cit., p. 160 y ss.

(835) La disponibilidad jurídica es un concepto moderno que posibilita la ampliación del ámbito de la tutela penal. Véase la ejecutoria suprema del 16 de setiembre (Primera Sala Transitoria, Exp. N° 5295-98-Áncash, donde se asume el concepto enunciado de "patrimonio público" [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 3, Trujillo, 2000, p. 436]).

(836) DE LA MATA y ETXEBARRIA: *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 98.

La **jurisprudencia casatoria española** en esta materia precisa que: "Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que le es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público" (STS N° 214/2018). Igualmente, en la sentencia de casación del Tribunal Supremo español (STS N° 944/2016) se analiza y pondera los caudales pertenecientes a las corporaciones públicas de base privada, señalándose lo siguiente: "Dentro de las entidades de Derecho Público en régimen de vinculación o dependencia de las Administraciones Públicas (y todo ello a efectos de los delitos cometidos en el seno de la Administración, tales como prevaricación, malversación, [...]) se encuentran las corporaciones públicas de base privada (colegios profesionales, cámaras o cofradías) que actúan en ocasiones como Administración, con asignación de concretas potestades públicas con el objeto de que puedan gestionar algún preciso interés general (como pudiera ser el turno de oficio de los abogados o el turno de guardia de las farmacias), pero que en otros supuestos operan como la pura reunión de particulares encaminada a la defensa de sus propios intereses, manteniéndose económicamente mediante las aportaciones de sus miembros. Una singularidad que es la base de esa dualidad de su régimen jurídico, pues cuando la agrupación de profesionales pretenda satisfacer los intereses de todos ellos, el régimen jurídico será de Derecho Privado (civil o mercantil)[837].

VI. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Las figuras de peculado del Código Penal peruano ofrecen las siguientes características:

1. Son delitos de resultado: los tipos de los artículos 387 y 389.
2. Son delitos de simple actividad: el tipo del artículo 388.
3. Poseen naturaleza comisiva: las figuras de los artículos 387 y 389.
4. Poseen naturaleza omisiva (omisión propia por desobediencia): las figuras de los artículos 390 y 391.
5. Poseen naturaleza doble (activa y omisiva): la figura del artículo 388.

(837) Sentencias citadas por García San Martín, Jerónimo: *Doctrina penal actualizada*, 2ª edición ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 388 y 390.

6. Son delitos de consumación instantánea: los tipos de los artículos 387, 388, 389 y 391.

7. Son delitos que adquieren permanencia: los tipos del artículo 388 (modalidad de uso) y del artículo 390.

8. Contienen modalidades agravadas de peculado por destino asistencial o de apoyo social: los tipos de los artículos 387 y 389.

9. Todos los delitos de peculado son dolosos, con excepción de la figura de peculado contenida en el párrafo tercero del artículo 387, que admite incluso forma agravada (párrafo tercero del artículo 387).

10. Los verbos rectores usados para la redacción de los tipos penales son:

Artículo 387: apropia o utiliza, da ocasión.

Artículo 388: usa o permite.

Artículo 389: dar aplicación diferente.

Artículo 390: demora.

Artículo 391: rehúsa entregar.

11. El artículo 388 (segundo párrafo) y el artículo 392 efectúan una equiparación normativa, para estrictos efectos penales, atribuyéndole la condición de funcionario y servidor público al contratista de obra pública y sus empleados, a los administradores y custodios de dinero de entidades de beneficencia y similares, a los depositarios o administradores de dinero y bienes embargados y a las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes para fines de asistencia o apoyo social.

1

PECULADO DOLOSO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. La relación funcional: «por razón de su cargo». 2. La percepción, administración y custodia. 3. Modalidades delictivas: «apropia o utiliza». 4. El destinatario: «para sí o para otro». 5. El objeto material del delito: los «caudales o efectos» o el patrimonio público. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Penalidad. **X.** Aspectos puntuales de análisis: 1. La amplitud del concepto «caudal»: inclusión de los bienes inmuebles. 2. La agravante por la cuantía y el valor de lo apropiado. 3. Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos. 4. La importancia de la pericia técnica de valorización y el perjuicio en el delito de peculado. **XI.** Autoría y participación. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Agravante por el destino de los caudales o efectos. **XIV.** Fases o aspectos negativos del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XV.** Planteo de interrogantes (problemática): 1. En el caso de que la apropiación o utilización reporte provecho económico o utilidad para el Estado, ¿existe delito de peculado? 2. Si el sujeto activo restituye lo que se apropia o el bien que utiliza, ¿ello hace atípica la figura? 3. De existir error o confusión al momento de apropiarse los bienes públicos o particulares bajo poder del sujeto público vinculado, ¿existe delito de peculado? 4. Si los bienes o caudales públicos apropiados fueron percibidos mediante coacción, ¿existe concurso de delitos? 5. ¿El policía nacional o militar que custodia fondos públicos y se los apropia comete delito de peculado? 6. ¿La apropiación o utilización que hagan los depositarios, administradores o custodios particulares de los caudales o efectos ordenados por autoridad competente, es típico del delito de peculado? 7. ¿El cajero que se apodera y apropia sumas de dinero que recepciona en estricto cumplimiento de su cargo e inmediatamente repone con otras sumas de dinero de la misma Administración, comete delito de peculado? ¿Y si los apoderamientos son continuos? 8. ¿Si el sujeto activo distrae o da un uso oficial distinto al establecido a los bienes y efectos, comete delito de peculado doloso? 9. ¿El empleado público sin relación funcional que se apropia (sustrae) o utiliza caudales (bienes) o efectos de la Administración Pública comete delito de peculado? 10. Si el funcionario o servidor provoca situaciones de descuido en concierto con tercero, para que este sustraiga efectos o

caudales, ¿incurre en delito de peculado culposo? 11. Si el descuido o estado de inseguridad del caudal o efecto se debe a razones de fuerza mayor o a órdenes de superior jerárquico, ¿resultará imputable el funcionario o servidor público a título de delito de peculado? 12. Si el funcionario o servidor que con su comportamiento genera situaciones de descuido no se halla en relación funcional con los caudales y efectos, ¿puede ser pasible de imputación penal a título de peculado culposo? 13. ¿La apropiación del importe de dinero o títulos valores por parte del empleado o funcionario público de correos es típica del delito de peculado? 14. ¿La apropiación por parte del funcionario o servidor público de dinero o bienes muebles recibidos por error de un tercero es una forma penalmente relevante de peculado para nuestra legislación penal? 15. ¿El retiro de dinero de partidas presupuestales de una entidad pública para entregárselas a un tercero ajeno a la Administración Pública o incluso a otro funcionario, quien no tiene vinculación funcional con los caudales, mientras no sean entregadas a dicho sujeto, constituye malversación o es ya apropiación ilícita propia del peculado? 16. ¿La utilización de mano de obra del personal pagado por la Administración Pública, por parte del funcionario o servidor público para sus fines personales o para terceros, configura delito de peculado? 17. ¿Las sumas de dinero que se agregan a las remuneraciones de determinados funcionarios en calidad de gastos operativos con cargo a rendición de cuentas generan hipótesis de peculado de no ser gastadas según los fines previstos o, tal vez, de no reintegrarse o no justificarse? 18. ¿Qué tipo de culpa se requiere en el delito de peculado culposo, consciente o inconsciente? **XVI.** Circunstancias agravantes incorporadas por la Ley N° 31178. **XVII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Uruguay (1933). 5. Francia (1810). 6. Francia (1993). 7. Italia (1889). 8. Italia (1930). 9. Colombia (2000). 10. Bolivia (1972). 11. Portugal (1995).

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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

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 modificado por el artículo 2 de la Ley N° 31178, publicada el 28/04/2021. Anteriormente modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016; por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21/07/2011; por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10/06/2011; y, por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13/06/1993).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El artículo 397 reproduce *in extenso*, con mínimas modificaciones y con excepción de las circunstancias agravantes, el artículo 346 del Código Penal de 1924. Los cambios se centran en el uso del tiempo presente de los verbos *«apropiar»* y *«utilizar»* empleados en el Código actual vigente, así como en el monto de las penas(838).

(838) Código de 1924. Artículo 346: "El funcionario o empleado público que se apropiare o utilizare en cualquier forma para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena. La pena será de multa de tres a noventa días de renta, si el delincuente, por negligencia, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos.
El artículo 347 hizo extensivo el peculado a los que administraren o custodiaren bienes municipales, educativos públicos, de beneficencia, como igualmente a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Tales precisiones extensivas, con la vigencia del Código de 1991, se redujeron a las entidades de beneficencia y similares, pero se ampliaron en cuanto al círculo de autores para comprender a 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.
El Código de 1863 incluyó en su esquema de peculado las modalidades de peculado por distracción (artículo 194), peculado de uso (artículo 195) y peculado por sustracción (artículo 196). El artículo 196 establecía: "El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado con inhabilitación absoluta en tercer grado y reclusión en primero, si la sustracción fuese menor de quinientos pesos aumentándose un término por cada quinientos más hasta el quinto grado".

Las fuentes extranjeras que influyeron para la redacción de esta figura son diversas: los Códigos Penales italianos de 1889 y 1930, argentino de 1922 y los españoles de 1822 y 1870[839].

II. LA FIGURA PENAL

En el año 2011, en el marco de las modificaciones de varios artículos de los delitos concernientes a los delitos cometidos por funcionario y servidores públicos contra la Administración Pública, se produjo, mediante Ley N° 29703 (10/06/2011), una importante modificación de la redacción del artículo 387 (delito de peculado), al incorporase como conducta típica, además de la apropiación o utilización de caudales o efectos del funcionario/servidor público, la frase "o consiente que un tercero se apropie o utilice", con lo cual se ampliaba la tutela penal a los comportamientos omisivos dolosos del sujeto público. Con la dación de la Ley N° 29758 (21/07/2011), la redacción del tipo de peculado retornó a su clásica configuración típica.

La fórmula peruana de peculado ha preferido utilizar los verbos rectores *«apropia o utiliza»* para definir los comportamientos típicos del sujeto activo. Se aparta así de las fórmulas española y francesa, que emplean el verbo *«sustraer»*[840], pero conserva la alusión a los conceptos *«caudales y efectos»* contenidos en las referidas legislaciones.

A diferencia de lo que acontece con los diseños españoles y argentino de la figura de peculado, la misma que es tratada como una modalidad de malversación; en el Perú, el peculado constituye el rubro o capítulo jurídico penal que da nombre al *nomen iuris*, poseyendo una autonomía conceptual y jurídica con relación a la malversación, frente a la cual incluso observa un mayor grado de ilicitud y reprochabilidad. Sin embargo, no podríamos señalar, en propiedad, que el peculado sea el género y la malversación, una especie de peculado, como sí acontece con el peculado frente al género de la malversación en los citados esquemas de Derecho comparado.

Si bien la figura básica de peculado del artículo 387 contempla la modalidad dolosa y culposa de la misma, y del peculado de uso en el artículo 388, se observa en cambio sensibles omisiones al momento de normativizar los comportamientos relevantes de los sujetos públicos vinculados al patrimonio público. Así, nuestra legislación penal no tiene las figuras de peculado genérico para uso momentáneo, ni el de peculado de aprovechamiento por error de otro, tampoco el peculado por aprovechamiento

(839) Ver "Legislación extranjera".
(840) Ver "Legislación extranjera".

de mano de obra pagada por el Estado. Asimismo, la referencia al valor de lo apropiado para agravar la sanción fija un referente pecuniario exiguo –que es desproporcionado–, a diferencia, por ejemplo, de los 50,000 y 250,000 euros como lo establece el artículo 432 del Código Penal español para una pena agravada que oscila de 4 a 8 años de prisión, estableciendo así tres niveles de pena(841); además de la modalidad atenuada del artículo 433, que castiga con pena de 1 a 2 años cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados es inferior a 4,000 euros. Sensible ausencia de regulación normativa que de superarse podría ayudar en gran manera a graduar el injusto penal del delito y dotar de proporcionalidad y racionalidad a la determinación judicial de pena.

Cabe advertir que nuestro modelo de peculado carece de circunstancias atenuantes en razón de la cuantía del objeto material de delito (que sí lo tienen, por ejemplo, los Códigos colombiano y español), esto es, de los caudales y efectos; carencia que debería corregirse legislativamente a fin de permitirle al juez dictar sentencias cuya proporcionalidad se ajuste al grado de lesión material del patrimonio público. En esa misma orientación, se deja apreciar la falta de regulación en la atenuación de pena de producirse devoluciones y reintegros antes del proceso o de la sentencia, o incluso en momentos previos a la decisión final.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El estudio de este ítem concuérdese con lo señalado en el capítulo anterior en el punto "La naturaleza jurídica del delito de peculado: bien jurídico".

El objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en tres objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (a) proteger el patrimonio público asegurando su correcta administración en función de los intereses generales y/o institucionales, preservándolo de la avidez lucrativa de funcionarios y servidores públicos, enfatizando así el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de profesionalismo y probidad(842); como igualmente, c) garantizar el principio constitucional

(841) Así, los Códigos Penales italiano (1930, artículos 314-316), portugués (1982, artículo 426) y español (1995, artículo 432), respectivamente.

(842) Al respecto, *vid.* PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 32.

de lealtad a los intereses públicos a los que se encuentran obligados los funcionarios y servidores. Posición asumida por la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario N° 4-2005.

VILLADA ha resumido en escuetas y bien logradas frases la gravedad social del comportamiento del sujeto público peculador: "Quien pecula traiciona la confianza pública, traiciona los deberes del cargo, desprestigia la Administración, desprestigia la función que desempeña y se apropia de una parte del patrimonio público, que pertenece a la sociedad toda"[843].

Representa la expresión de una tesis cada vez menos sostenida, en el concierto doctrinario y jurisprudencial, aquella que postula como bien jurídico principal del peculado el "deber de probidad" respecto al dinero o bienes cuya administración custodia o percepción le fue confiada por razón del cargo, y de modo secundario el patrimonio público. En esta orientación, para CASTILLO GONZÁLEZ, el peculado es un delito de tendencia y de peligro potencial, porque tiene un objeto material (dinero o bienes) que es afectado por la acción, no siendo un delito de resultado, no requiriendo perjuicio patrimonial para su consumación[844].

Veamos la mirada doctrinaria y jurisprudencial reciente de la doctrina y los desarrollos de la doctrina judicial en materia de peculado, en tres ámbitos en los cuales la regulación de los delitos de peculado-malversación es similar.

En la doctrina española actual:

SÁNCHEZ LÁZARO y VIZUETA FERNÁNDEZ: Según nuestra jurisprudencia, el bien jurídico protegido por estos delitos son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común, STS 600/2014, de 3 de noviembre[845].

PIÑOL, José Ramón: "En relación con el bien jurídico protegido, asume la mayoría de la doctrina que la protección básica se centra en el patrimonio de las distintas Administraciones Públicas, y de modo consecuente el de los servicios que han de prestar, que podrían resultar afectados por la falta o sustracción de los recursos. La jurisprudencia entiende que el bien

(843) VILLADA, Jorge Luis: *Delitos contra la función pública. Concordado con códigos latinoamericanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 411.

(844) CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *El delito de peculado*, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2000, p. 24.

(845) SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: "Delitos contra la Administración Pública", en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban y BALDOVA PASAMAR, Miguel (coordinadores): *Derecho Penal. Parte especial*, Granada, Editorial Comares, 2014, p. 714.

jurídico protegido no solo es el patrimonio, sino el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, unido a la propia fidelidad de los funcionarios públicos al servicio que se les encomienda –STS de 01/12/2000 y 05/04/2002–. Con mayor amplitud se pronuncia la STS de 24/11/2003, que se refiere no solo a la tutela del patrimonio público, sino también al correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las comunidades autónomas o de los ayuntamientos, así como a la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen"(846).

Con base en la particular configuración del delito de malversación (artículo 432) remitido en su tipicidad al artículo 252 del Código Penal español, que regula el delito de administración desleal de patrimonio ajeno, la configuración del bien jurídico del otrora delito de infracción de deber es conceptualizado por JUAN SANJOSÉ en la integridad del patrimonio público y el normal funcionamiento de la actividad del Estado que requiere del empleo de fondos, caudales o activos(847).

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, resumiendo los pareceres de la jurisprudencia penal española, nos da el siguiente cuadro al respecto. (i) el delito de malversación quiso tutelar no solo el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las comunidades autónomas o de los ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen (STS del 13 de febrero de 1997); (ii) el bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos. Refiriéndose la doctrina moderna a la pluriforme protección por estos delitos contra la Administración Pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público, en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución (STS del 5 de abril de 2002); (iii) la jurisprudencia viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y, de otra parte, en su dimensión como

(846) PIÑOL, José Ramón: "Tema 50", en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, José Ramón y JUDEL PRIETO, Ángel: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 7ª edición, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2018, p. 669.

(847) JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan: *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer, 2016, p. 282.

delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública (STS N° 687/1999, del 10 de mayo) .

En la doctrina argentina:

Aboso: Respecto del bien jurídico protegido, el delito de peculado protege de manera directa al patrimonio de la Administración Pública, ya que el delito de peculado importa una apropiación definitiva de los caudales o efectos públicos con el consecuente quebranto para las arcas públicas que dicho comportamiento delictivo importa. Lo protegido se vincula con la actividad patrimonial de la Administración Pública(848).

Creus Monti: Hay que reconocer que en el peculado son varios los bienes jurídicos afectados. En primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la Administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o confianza pública depositada en el funcionario encargado, y también el normal funcionamiento de la Administración en su aspecto patrimonial(849).

Aunque se puede reconocer que en el peculado son varios los bienes jurídicos comprometidos (la propiedad, la seguridad de la preservación de los bienes públicos, el normal funcionamiento de la Administración), entre nosotros se ha hecho predominar la preservación de la seguridad de los bienes públicos como garantía del normal funcionamiento de la función patrimonial del Estado(850).

Buompadre: En nuestra doctrina prevalece la idea de que el bien jurídico protegido en estos delitos es el ordenamiento patrimonial de la Administración(851).

En la doctrina portuguesa y brasilera:

Ferreira da Cunha: Es doble la protección jurídica concedida por el delito de peculado. Por un lado, tutela bienes jurídicos patrimoniales, en la medida que criminaliza la apropiación o gravamen ilegítimo de bienes ajenos (en el caso de la apropiación constituye un hurto o abuso de confianza); por otro lado, tutela la probidad y fidelidad de los funcionarios para así garantizar el buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración,

(848) Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado y con jurisprudencia*, 5ª edición, Buenos Aires, IB de F, 2018, p. 1395.

(849) Creus Monti, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, 1981, cit., p. 324.

(850) Creus Monti, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 313.

(851) Buompadre, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* 3, cit., p. 248.

o con otras palabras la intangibilidad de la legalidad material de la Administración Pública castigando abusos del cargo o función[852].

PIERANGELLI: "El objeto jurídico del delito en examen son los intereses públicos relativos al normal funcionamiento de la Administración Pública, representado por el aseguramiento patrimonial de cosas muebles perteneciente a la Administración Pública y el deber de fidelidad del funcionario en relación a dichos bienes, de los cuales el Estado tiene la propiedad, posesión o simple guarda. Por consiguiente, es doble la tutela que el artículo 312 establece: de un lado, protege bienes patrimoniales, en la medida que incrimina la apropiación ilegítima de tales bienes, y por otro, tutela la probidad y fidelidad del funcionario para así garantizar la imparcialidad y propia dignidad de la función pública. (...) En resumen final, para nosotros, el objeto de tutela jurídica, más que de economía pública, es la correcta gestión de los recursos públicos destinado a mover la economía"[853].

FABBRINI MIRABETTE: "El objetivo de la ley es la probidad administrativa, proteger la Administración Pública con respecto a los bienes públicos, el interés patrimonial del Estado, incluso si son de particulares. Sin embargo, la mayor relevancia no es tanto la defensa de los bienes de la Administración como el interés del Estado, visto genéricamente, en el sentido de garantizar la probidad y fidelidad a la Administración"[854].

En la doctrina italiana:

DELPINO y PEZZANO centralizan y resumen bien las tendencias en la doctrina y jurisprudencia italiana sobre el bien jurídico protegido en el delito de peculado: "Objeto específico de la tutela penal no solo es la tutela del regular funcionamiento y prestigio de los entes públicos, sino también y sobre todo (*ma anche e soprattutto*) impedir el daño patrimonial a la Administración Pública". Excluyen, en cambio, toda referencia al daño patrimonial MAGGIORE y MANZINI, para quienes el interés tutelado es exclusivamente aquel concerniente al buen funcionamiento de la Administración Pública. Considera, en cambio, preeminente los intereses patrimoniales FLICK, para quien objeto de la tutela penal del artículo 314 es, en primer lugar, la conservación del patrimonio del ente público, al cual acompañan otros intereses como la garantía de la imparcialidad y objetividad del

(852) FERREIRA DA CUNHA: "Conceição. Do peculato", en DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Comentário conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 688.

(853) PIERANGELI, José Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro V. 2. Parte Especial*, cit., p. 805.

(854) FABBRINI MIRABETTE, Julio y FABBRINI, Renato: *Manual de Direito Penal. Parte Especial*, 30ª Edição, Rio de janeiro, Gen Atlas, 2016, p. 279.

funcionario público, la tutela de la finalidad y, en definitiva, funcionalidad misma de la Administración Pública.

La jurisprudencia casatoria, en tales orientaciones ha reafirmado (*in taluni orientamenti ha ribadito*) la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado, considerando que la eventual falta de daño patrimonial no excluye la existencia del delito, manteniéndose siempre el daño a los intereses del buen funcionamiento de la Administración Pública (Cass. n. 4328, dei 07/04/1999). En cambio, prevalece actualmente la orientación según la cual (Cass. n. 42836, dei 18/10/2013) no subsiste el delito de peculado en ausencia de un significado económico intrínseco del objeto de apropiación y de su impacto concreto en la funcionalidad de la función o servicio(855).

La **jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú** al respecto ha considerado lo siguiente: "Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos merecedores de protección jurídico-penal: a) Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad" (Acuerdo Plenario N° 4-2005 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema).

Jurisprudencia más reciente expresa la ambivalencia en la que se mueve la Corte Suprema cuando se trata de precisar los bienes jurídicos específicos en materia de los más sensibles delitos funcionariales y derivar de los mismos los alcances de tipicidad del delito, en este caso, en materia de peculado. Así, la Sentencia de Casación N° 1004-2017, del 26/07/2018-Moquegua, Sala Penal Permanente: "*El delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto –sobre todo– el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado (...) El tipo delito de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con elementos de dominio. El delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado*". Por otro lado, el R. N. N° 1211-2016-Apurímac, Sala Penal Permanente, del 06/07/2017, en línea de desarrollo con lo establecido en el Acuerdo Plenario 4-2005, dice: "*De la estructura típica del delito de Peculado no se advierte la exigencia de un determinado perjuicio para su configuración. Consecuentemente la inexistencia de perjuicio económico no justifica la irresponsabilidad penal del procesado por delito de peculado*".

(855) Delpino, Luigi y Pezzano, Rocco: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, XXIV Edizione, Napoli, Grupo Editoriale Simone, 2017, pp. 81-82.

La **doctrina nacional** se pronuncia mayoritariamente por la protección del patrimonio público. Así, ABANTO VÁSQUEZ[856], CÁCERES JULCA[857], SÁNCHEZ REÁTEGUI[858]. Participan de la tesis de la pluriofensividad del bien jurídico protegido, SALINAS SICCHA[859], quien refiere que el delito de peculado de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado. Se pretende proteger en forma específica el deber de no lesividad al patrimonio público, PEÑA CABRERA FREYRE[860] considera que el peculado subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado social, que es de servir a la comunidad de modo que el agente tuerce dichos cometidos, perturbando el correcto funcionamiento de la Administración, al apropiarse de caudales y efectos que pertenecen al Estado, asumiendo una conducta privatizadora del cargo público; (...). ARISMÉNDIZ AMAYA asume el criterio que, en relación al bien jurídico, el perjuicio patrimonial concreto no es exigible para la configuración del delito de peculado[861]. NOLASCO VALENZUELA y AYALA[862] parten de considerar que en la doctrina existen distintas posiciones sobre el bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado (como un delito de carácter netamente patrimonial, como un delito cuyo contenido de injusto se agota en la infracción de deber, como delito pluriofensivo), de las tres posiciones actualmente destaca la última: el peculado como delito de naturaleza pluriofensiva. FRANCISCO RODRÍGUEZ considera que la expectativa normativa que se protege con el delito de peculado es la que tiene toda persona (administrado) de que el Estado (a través de los administradores: funcionarios o servidores públicos) destinará determinados caudales y efectos en bienestar de la sociedad (de lo contrario no cumpliría su finalidad propia y legal), en las actividades de la percepción, administración o custodia, que son funciones que han asumido

(856) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Delitos cometidos mayoritariamente...*, cit., p. 333.

(857) CACERES JULCA, Roberto: *El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Idemsa, 2012, p. 31.

(858) SÁNCHEZ REÁTEGUI, James: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima, Jurista Editores, 2015, p. 415. RÉATEGUI dice: los tipos de peculado (apoderamiento, uso, malversación, demora en el pago) no protegen penalmente y en forma exclusiva los derechos de propiedad de los bienes públicos, sino fundamentalmente la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado.

(859) SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima. Grijley, 2016, p. 395.

(860) PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo IV, cit., p. 375.

(861) ARISMÉNDIZ AMAYA, Eliu: *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, cit., p. 487.

(862) NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, Lima, ARA Editores, 2013.

racional y formalmente (...) Solo en esta manera de configuración u objetivización, el delito puede ser reprochado, y no ante las incorreciones, imperfecciones y deslealtades en la administración del patrimonio[863]. Para MONTOYA VIVANCO se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado[864]. CHANJAN DOCUMET opina que "lo que se protege con el delito de peculado es el correcto funcionamiento o funcionalidad de la Administración Pública, lo que toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, reconociendo a este último como fundamento de la actividad prestacional de aquella", para luego, de una pasada de lista de las diferentes concepciones sobre el bien jurídico, sostener que "el bien jurídico específico es el patrimonio público en sentido funcional"[865].

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Tanto en el delito doloso como culposo de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo o ámbito de atribuciones tenga bajo su poder (directo o indirecto), en percepción, custodia o administración, los bienes públicos, caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro[866]. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador, ya que ambos carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae se apodera o usa los bienes; sin poseer el citado vínculo funcional, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco el detentor de hecho

(863) FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger: "El otro en el delito de peculado doloso", en *Gaceta Penal*, Tomo 26, agosto, 2011, Lima, Gaceta Jurídica, p. 43.

(864) MONTOYA VIVANCO, Iván: *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 2015, p. 106.

(865) CHANJAN DOCUMET, Rafael: "El patrimonio público en sentido funcional como bien jurídico protegido por el delito de peculado", en *Actualidad Penal*, agosto 2015, N° 14, Lima, Instituto Pacífico, p. 191.

(866) Así, no hay relación funcional: a) si el procesado que era personal contratado no manejaba dinero del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria - Inipa (ejecutoria suprema del 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B-Ica); b) si el imputado, como funcionario o empleado, no tuvo relación directa con la dependencia en que se cometió el delito de peculado, no podrá derivársele responsabilidad por negligencia (ejecutoria suprema del 29 de octubre de 1928 [*Revista del Foro*, 1929, Lima, p. 61]); c) si el funcionario o servidor se limitó a cumplir órdenes de pago, no siendo de su competencia la posesión o administración-custodia de los bienes apropiados por otros servidores (ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1998, de conformidad con el dictamen fiscal supremo, Exp. N° 778-97).

de caudales o efectos, así tenga el control *de facto* o el dominio funcional no legitimado de algún sector público[867]. Muy debatible es la tesis que trata de ver en el administrador *de facto* un sujeto activo del delito, dado lo especial y específico del autor del peculado; para admitir tal propuesta de autoría tendría que efectuarse modificaciones en el tipo de peculado o en la formulación descriptiva del artículo 425 del Código Penal. En esta línea de interpretación y argumentación es de considerar errónea por forzada y analógica in *malam partem* la posición asumida en las sentencias de una de las salas penales superiores de Lima, convalidadas por votos mayoritarios de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, que vio en el administrador *de facto* –en el caso de Vladimiro Montesinos Torres– un funcionario de hecho susceptible de ser informado por los alcances de tipicidad normativa recogidos en el tipo penal de peculado[868].

La autoría en el delito de peculado doloso se restringe al funcionario o servidor público que tiene los bienes públicos –caudales o efectos– con base en competencias específicas, en función del cargo que ocupa, fijadas en normas jurídicas, bajo cualquiera de las modalidades de posesión jurídica de los mismos (que describe la norma penal): percepción, administración o custodia, cuyos contenidos normativos se hallan establecidos en normas extrapenales. Igualmente, se configura autoría de peculado en aquel sujeto público que ha recibido competencias de perceptor, administrador o custodio por delegación expresa de autoridad competente y con observancia de las formalidades del caso, las que se adicionan a las atribuciones poseídas por el cargo o hacen nacer roles funcionales, a partir de los cuales, de forma generalmente temporal, se constituyen competencias por razón del cargo o función[869]. No es válida en el país la interpretación amplia que se utiliza en la doctrina española, con base en el actual y reformado artículo 232 del Código Penal español, en el sentido de que la autoría está sustentada "en ocasión de" o "en consideración a sus funciones" en tanto es suficiente que el funcionario tenga la disponibilidad de hecho de los caudales, esto es, con prescindencia de las atribuciones del cargo[870]. Es igualmente discutible la razonabilidad y coherencia de la interpretación, en grado sumo extensiva, que se encuentra registrada en el considerando 15.C del Acuerdo Plenario 1-2010 cuando, señalando que también puede servir como fuente de atribución de vinculación funcional una orden

(867) Véase sobre este punto con mayor detalle *supra*, pp. 76 y 183 y ss. ("Funcionario de hecho").

(868) Véase *supra*, p. 186 y ss. un mayor desarrollo de esta temática.

(869) Al respecto, ampliamente, véase Reaño Peschiera, José Leandro: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 35 y ss.

(870) Véase al respecto Mir Puig, Carlos, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu: *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1458).

administrativa –tema por lo regular aceptable de cumplirse los requisitos de la misma–, pasa a indicar que "**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. Esta identificación (o inclusión) de la disposición verbal con la orden administrativa constituye un tema por sí delicado y peligroso no solo por el quiebre que produce en la lógica fundante de los delitos de infracción de deber, sino por las arbitrariedades que tal criterio puede generar en los sectores más vulnerables de los servidores públicos, sobre quienes se puede descargar el *ius punendi* estatal. La "disposición verbal" como fuente de origen excepcional, en casos igualmente extraordinarios –no obstante la anómala frecuencia con la que ella pueda producirse en las prácticas de la Administración Pública– para ser razonable y racionalizada, esto es, argumentada, requiere de una inmediata protocolización o registro documental y de su fundamento en razones o situaciones que la sustenten en su necesidad.

La **relación funcional** que posee el sujeto activo del delito de peculado (funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra caudales o efectos) con el patrimonio público, que vincula inexorablemente la tipicidad del delito, es de una naturaleza intensa y estricta. Conforme a como ha sido redactado el tipo penal peruano de peculado, no es posible derivar autoría a quien carece de dicha estricta y específica vinculación; vinculación funcional que es parte de la tipicidad del artículo 387 del Código Penal, dado que interrelaciona la posición jurídico-administrativa del sujeto público con el objeto material normativo de protección, sin la cual el delito de peculado se convertiría en un delito de dominio. Vinculación o relación funcional que en los delitos de infracción de deber propios se constituye en el principal componente de tipicidad que delimita la autoría, tesis que ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en numerosas ejecutorias supremas. Así, "*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*"[871]. Igualmente, en la siguiente sentencia de casación se indi-

(871) Ejecutoria suprema del 16/08/2016, R. N. N° 615-2015-Lima, Sala Penal Permanente.

ca: "*Debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubieren sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplen tal deber*"[872].

Distintas perspectivas de análisis sobre autoría y acerca del tratamiento flexibilizado de la relación funcional se pueden derivar de las regulaciones establecidas en **otras legislaciones penales**, como, por ejemplo, la española, incluso tras la reforma producida en el año 2015, que reitera la ampliación del tipo penal (ya contenida en el artículo 399 del Código derogado de 1973) mediante el artículo 435 para incorporar a los no vinculados por razón del cargo, al señalar que: «Las disposiciones de este capítulo (Capítulo VII de la Malversación) son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas; 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efecto; 3. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal, o los intereses económicos de los acreedores»[873], con lo que permite articular hipótesis de administración de hecho de los caudales y, por lo mismo, da luz verde a la configuración de la tesis del funcionario material o de "hecho".

Como acertadamente indica ABANTO[874], entrar en posesión de los caudales o efectos no puede suponer, desde la lectura normativa del delito de peculado, «una simple entrega de bienes basada en una cuestión personal de confianza en el funcionario, o derivada de la costumbre o de cualquier otra circunstancia ajena; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar que el funcionario disponga de los bienes con ocasión de sus funciones». Así, la entrega eventual o episódica, la encargatura "mientras o por un momento" que se hace de los caudales o efectos a un funcionario o servidor no cohesionan "vinculación funcional", lo mismo sucede con el error o engaño en la entrega. La restricción acentuada de la tipicidad por autoría que se colige de la lectura del tipo penal imposibilita argumentar por una lectura analógica extensiva en esta materia, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía *in malam partem*.

(872) Sentencia de Casación N° 1500-2017-Huancavelica, del 15/05/2019, Sala Penal Permanente.

(873) Ver texto completo del artículo en "Legislación extranjera".

(874) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª edición, p. 288, 2ª edición, p. 337.

La calidad de sujeto activo de delito de peculado, en el caso de **las empresas del Estado o mixtas,** no se pierde por el hecho de que la organización empresarial asuma formalidades o características propias del Sector Privado, en la medida que el patrimonio siga siendo público, esto es, del Estado o de las entidades públicas (municipalidades, gobierno regional, universidades, etc.), lo cual posibilita entender que los funcionarios de empresas mixtas en las cuales –bajo formas de sociedades comerciales– coexisten y cumplen sus cometidos con capitales de origen y naturaleza pública, se hallan bajo los alcances preventivos y sancionadores del delito de peculado, máxime si el capital público es mayoritario. Claro que en este punto queda latente el tema de si estos son funcionarios públicos desde una lectura administrativa, lo cual, sin embargo, no resulta relevante para negar o discutir su interés para el Derecho Penal bajo la perspectiva del patrimonio público y de un concepto lato de funcionario por participación en funciones públicas(875). El tema, sin embargo, está lejos de ser simple o haber concluido, pues presenta al análisis matices difíciles de responder desde una estricta perspectiva penal, por ejemplo: (i) el argumento del destino de los caudales en el marco de la actividad empresarial de la sociedad de economía mixta, en el entendido de que el espíritu de lucro y no el servicio público es el que impulsa la gestión de dicha entidad comercial, industrial o de servicios, vale decir, no es directamente el interés general –contenido directo o indirecto de toda función pública– el que referenciaría las operaciones o negocios de dichas entidades; o (ii) en el caso de las participaciones minoritarias del capital estatal (inferiores al 50 %), que ha merecido en la jurisprudencia española optar por no considerar públicas dichas entidades empresariales, a los efectos del delito de peculado(876). Tesis que igualmente puede ser objeto de cuestionamiento si se aborda el problema desde una perspectiva globalizadora en la cual, y a la postre, el manejo de los recursos del Estado en las sociedades de economía

(875) Véase 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, la calidad imputable de los funcionarios y servidores públicos de las empresas públicas", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N° 20, mayo, Lima, 2000, pp. 69-77), donde que se comentan las dos líneas jurisprudenciales existentes en la Corte Suprema de la República con relación a los funcionarios de empresas mixtas y los delitos de manejo de fondos públicos.

(876) Véase la STS N° 558/2017, del 13 de julio: serán sociedades mercantiles estatales aquellas mixtas en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es mayoritaria (superior al 50 %). Las sociedades en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es minoritaria (igual o inferior al 50 %) se considerarán privadas. Sobre esa base es perfectamente inferible que los caudales o efectos pertenecientes a estas sociedades calificadas de públicas sean públicos.

mixta no estaría necesariamente alejado de los fines públicos(877). En esta línea de trabajo interpretativo resulta de interés, al fijar reglas de consenso en un amplio e intenso debate previo sobre la naturaleza pública o privada de las empresas estatales y de economía mixta que operan bajo formalidades del Derecho Privado, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2 del Tribunal Supremo Español, del 25 de mayo de 2017. Acuerdo que precisa lo siguiente: *los bienes, efectos, caudales o cualquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras administraciones u organismos públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes: cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas. Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualquiera otras de similar naturaleza: a) Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen Del Sector Público. b) Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas. c) Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.*

En la perspectiva del ámbito de tutela del tipo penal de peculado y de la amplitud de la noción penal de funcionario público contenida en el artículo 425 del Código Penal, no es imprescindible exigir del sujeto activo que reúna estrictamente las calidades formales derivadas del concepto administrativo de funcionario público, pues bastará que se halle desempeñando función pública y que exista vinculación funcional entre el cargo y los caudales o efectos que posee en cualquiera de las expresiones modales que la norma contempla.

V. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es la Administración Pública, en la amplia diversidad de entes públicos y reparticiones a lo largo del país y fuera de él. Igualmente

(877) Para información acerca de esta materia sobre el debate en la doctrina española, véase Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 131 y ss.

las embajadas y consulados que disponen de patrimonio público, bajo el principio de extraterritorialidad. No son los particulares propietarios de los bienes que temporalmente se hallen en administración por parte de las entidades públicas, los afectados jurídicos, pese a que pueden resultar perjudicados. Tratándose de un delito funcional que afecta el patrimonio de una concreta entidad pública, que se halla individualizada, no es suficiente señalar que es el Estado quien titulariza la condición del sujeto pasivo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en un caso en que se había considerado tanto al Estado como a la municipalidad provincial como agraviados, ha precisado que sujeto pasivo es la concreta entidad cuyo patrimonio se ve afectado, en este caso la entidad edil es la única afectada y no el Estado(878).

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El delito de peculado, al igual que lo que sucede con el de colusión, ha sido considerado por la jurisprudencia de la Corte Suprema como un delito de infracción de deber con elementos de dominio(879). Particularidad que le dota de características que rebasan la sola infracción de deberes administrativos para configurar su conducta típica y que adquiere importancia para moderar las posiciones administrativistas de su relevancia penal. Asimismo, la jurisprudencia de la Sala Penal Permanente ha afirmado la tesis del despojo. En efecto, la ejecutoria de fecha 20/02/2014, R. N. N° 3321-2012-Áncash considera que: "En el delito de peculado se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojado de la disponibilidad de sus bienes por parte de quienes ostentan el poder de administrarlos, quienes incumplen el mandato legal que establece el destino que debe dárseles para que cumplan su finalidad".

Los verbos rectores del peculado son *apropiar* y *utilizar*, los mismos que configuran las dos modalidades de peculado contenidos en el artículo 387: peculado por apropiación y peculado por utilización o uso genérico.

Los elementos objetivos y normativos del tipo penal son los siguientes: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; **b)** la percepción, administración o custodia; **c)** modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; **d)** destinatario, para sí o para otro; y **e)** objeto de la acción: los caudales o efectos. Hay que anotar que el alejamiento del caudal o efecto del lugar donde se encuentra

(878) Véase la ejecutoria suprema del 27/02/2008, R. N. N° 4745-2006-Cusco.

(879) Sentencia de Casación N° 1004-2017-Moquegua, del 26/07/2018, Sala Penal Permanente.

no es necesariamente un elemento del tipo penal y tampoco lo es formalmente, característica que lo aleja del comportamiento de sustracción propio de los delitos patrimoniales de apoderamiento, sin que sea necesariamente contrario a él.

1. La relación funcional: «por razón de su cargo»

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión[880] del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta **vinculación funcional de estricta base jurídica,** que es previa a la comisión del hecho delictivo, el comportamiento será imputable, como indica correctamente MANZINI[881], a título de hurto o apropiación ilícita común o estafa, de existir engaño, pero no de peculado. Esto es lo que ha permitido sostener, a un determinado sector de la doctrina, que el peculado trasciende la simple esfera patrimonial, siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo, lo que explica que su inclusión se halle en el capítulo de los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública y no en aquellos que lesionan el patrimonio.

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinada o establecida en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Como bien indica FONTAN BALESTRA, no se trata aquí de confiar, en el sentido de tener confianza personalmente en el funcionario, sino de estarle encomendada una de esas funciones por razón de su cargo, lo cual resulta de la norma legal o resolución que lo disponga[882]. Dicha posesión puede ser material directa o por disposición jurídica, es decir, en el primer caso cuando el sujeto público vinculado mantiene una relación inmediata con los caudales o efectos; en el segundo supuesto, cuando el funcionario –por lo usual el superior jerárquico– tiene facultades de control y disposición sobre dichos caudales o efectos, los cuales no están bajo su posesión-tenencia directa. El funcionario en este caso goza de la

(880) La relación que ha de tener el sujeto público con los caudales o efectos, como señala QUERALT JIMÉNEZ, ha de superar la de mero servidor de la posesión, aunque no ha de ser una disponibilidad jurídica completa (*Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 666).

(881) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 141.

(882) FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 286).

facultad de disposición jurídica o funcional[883], que en determinados casos, mediante órdenes administrativas, se sobrepone a quien ejerce tenencia directa. Para esta modalidad de vinculación funcional por disposición jurídica se ha señalado que basta una competencia genérica de administración, asunto bastante debatible y que la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha encargado de desautorizar al requerirse competencia específica. En ambos supuestos estaremos ante un escenario de autoría directa en el delito de peculado. La autoría mediata o indirecta acoge escenarios distintos de imputación en los cuales el funcionario o servidor vinculado se sirve de terceros –también funcionarios o servidores públicos, o particulares que ejecutan el delito–.

Es importante destacar que la norma peruana de peculado utiliza la frase *«por razón del cargo»* y no *«por razón* (o con ocasión) *de sus funciones»*, conforme la fórmula española de malversación mediante sustracción antes de su reforma –y que también se hallaba en el artículo 350 del Código Penal alemán antes de su remisión a los delitos comunes de hurto y apropiación, y 169 del Código Penal francés de 1810 y que actualmente es contemplada por el artículo 400 del Código Penal de Colombia–, o en consideración a sus funciones. Este dato tiene significativas implicancias, por cuanto con base en la norma penal española la vinculación funcional puede tener ya un sentido estricto como un sentido amplio, para connotar en esta segunda dirección, como anota Muñoz Cuesta, que basta que los caudales o efectos hayan llegado al poder del funcionario con ocasión de las funciones que, concreta y específicamente, realice en mérito a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo al que pertenezcan[884]. La frase *«por razón de sus funciones»*, nexo funcional más amplio y abierto que la descripción normativa peruana, ha permitido que la jurisprudencia española extienda el círculo de autores a quienes no se hallen necesariamente vinculados con los caudales por el específico ámbito de competencia reglada. Igual de abierta para comprender hipótesis diferentes, se muestra la frase en consideración a sus funciones o con ocasión de sus funciones. El tipo penal peruano no ha acogido dichas expresiones, que permitirían expresamente ampliar los límites del delito, sino que ha utilizado la fórmula "por razón de su cargo", lo que delimita el marco de interpretación a competencias funcionales personalizadas del funcionario/servidor. Por razón

(883) Al respecto, Fontán Balestra: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 276; Bernal Pinzón: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 23.

(884) Ganzemüller, Escudero y Frigola (coordinadores): *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 110.

de su cargo expresa así, una significación específica y personalizada del marco de facultades que relacionan al sujeto público con el caudal o efecto, de modo que de ello se entiende en interpretación estricta que con el delito de peculado "no se pretende incriminar la vulneración de genéricos deberes de fidelidad en la administración, percepción o custodia del patrimonio sino la vulneración de específicos deberes por razón de su competencia directa respecto al manejo y custodia de los caudales públicos"(885). Y precisamente dicha configuración entre deberes específicos del cargo y la relación con el caudal público ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 16/08/2016, R. N. N° 615-2015-Lima, Sala Penal Permanente (caso "diarios-chicha").

La relación funcional es un componente típico que casi todas las legislaciones latinas incluyen en el delito de peculado para limitar o restringir la relevancia penal de los comportamientos incluidos en dicho delito, siguiendo el ejemplo del artículo 168 del Código Penal italiano de 1889 (Código Zanardelli), que fue el primero que lo enunció(886). Ello sirve así de marco obligado de referencia para delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, así como para precisar si nos encontramos ante un sujeto activo vinculado, es decir, de un funcionario o servidor público obligado por la razón del cargo, sobre quien es factible esbozar hipótesis de responsabilidad penal por delito de peculado; si este se apropiara, sustrajera o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales, *y no poseyera dicha vinculación*, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita. Al respecto, Etxebarria Zarrabeitia nos dice: "La relación de dependencia entre el caudal y el sujeto público es primordial en el engarce jurídico del delito, ya que es el que lo sitúa más allá de un entendimiento puramente patrimonial"(887).

El **contenido de la relación funcional** pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: **1)** Competencia específica por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar caudales o efectos, definida en la legislación extrapenal, generalmente de base administrativa que deberá contener normas específicas que confieran al sujeto público atribuciones y ámbitos de competencia. Al respecto, la Sentencia de Casación

(885) Véase, Etxebarria Zarrabeitia, Xavier: "Malversación de caudales públicos", en Asúa Batarritra, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 192).

(886) Ver "Legislación extranjera".

(887) Etxebarria Zarrabeitia, Xavier: "Malversación de caudales públicos", en Asúa Batarritra, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 191.

N° 1500-2017-Huancavelica, del 15/05/2019, de la Sala Penal Permanente, señala que el delito de peculado es uno de infracción de deber, que se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas. Para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial. Por su lado, la **jurisprudencia del Tribunal Supremo español** considera que: *tener a su cargo* los caudales no solo significa responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones (STS N° 1368/1999, del 5 de octubre); **2)** Relación de confianza de la Administración Pública con los sujetos públicos vinculados, derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente en virtud de las atribuciones del cargo. Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho; **3)** Poder de tenencia, conservación, cuidado y disposición-utilización del patrimonio público en función de los fines de interés general y/o institucional; y **4)** Deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza(888) y la que posibilita la imputación por delito de peculado. Su ausencia o deficiencia genera atipicidad por delito de peculado. Así, en la Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 2008, R. N. N° 2576-2007-San Martín, se indica: "*Con respecto al encausado, si bien existen evidencias que utilizó indebidamente un tractor, no se ha acreditado que este bien estatal le hubiera sido confiado –tal como requiere el artículo 387 del Código Penal– por razón de su cargo o función. En efecto, el encausado tenía la calidad de contador de la Oficina de Cooperación Popular-Tarapoto, estatus, a partir del cual no es posible colegir: i) una relación funcional entre él y el bien público (tractor), pues el encausado, en su calidad de contador, no tenía en virtud de su competencia por el cargo que desempeñaba, poder de vigilancia, control o cuidado sobre dicho bien; ii) ni que ejerciera funcionalmente una tenencia material directa o poseyera disponibilidad jurídica del referido efecto público. Incumplimientos de tales exigencias normativas que conducen a negarle relevancia típica en los límites del delito de peculado*".

(888) Al respecto, Bernal Pinzón: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 21 y 22.

La competencia por razón del cargo para poseer caudales o efectos constituye así el componente normativo principal de la vinculación funcional requerida por el tipo penal, lo cual permite considerar qué encargos o delegaciones temporales materiales, en una primera línea de interpretación que se matizará más adelante, no son suficientes, en línea general, para configurar tal componente. La posesión de los caudales o efectos, su administración, disposición oficial o custodia se torna así una función específica del funcionario o servidor público, una manifestación inherente al marco de sus competencias. La jurisprudencia penal ha sido enfática en este punto cuando ha señalado que "*El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no en 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 de delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo del delito en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias (...). 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 funcionarios o servidores'*"[889].

Catalán Sender refiere de dos lecturas de interpretación que al respecto ofrece la doctrina y jurisprudencia española sobre este tema: «En España, en la doctrina científica y en la jurisprudencia, que no es pacífica en este punto, se viene debatiendo si por ello [por razón de sus funciones] el tipo penal exige que el funcionario que se apropia del caudal o efecto "debe tener competencia" para poseerlo por razón de su cargo, es decir, si entre las atribuciones encomendadas por la ley al funcionario está la de poseer o custodiar caudales públicos, o bastará que meramente los tenga ocasionalmente, con ocasión de sus funciones, como sucedía en el Derecho alemán. Entendemos más correcta desde el punto de vista del principio de legalidad la primera interpretación, que parece es la mayoritaria últimamente»[890]. La jurisprudencia penal española, en este punto, admite

(889) Ejecutoria suprema del 16/08/2016, R. N. N° 615-2015-Lima, Sala Penal Permanente, fundamento 3.2.

(890) Catalán Sender, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Editorial Bayer Hnos., 1999, p. 263.

pareceres que pueden resultar contrapuestos, pues ha llegado a decir que el delito de malversación de caudales públicos se comete cuando el sujeto tiene encomendado el control o la administración de los caudales, bien porque dichos deberes forman parte de las competencias específicas del cuerpo al que pertenece, bien porque se incluyan entre sus competencias genéricas, a causa de una situación de hecho derivada de la praxis administrativa(891).

Sin embargo, es frecuente preguntarse sobre si la posesión de los caudales o efectos por razón del cargo –en cualquiera de sus tres expresiones: percepción, administración y custodia– o de la función se origina exclusivamente en la norma jurídica administrativa y/o reglamento, o admite acaso otra fuente, por ejemplo, la adición de funciones mediante resolución de autoridad competente, la delegación de atribuciones, el mandato u orden legítima, o incluso una posición *de facto* de control de parte de los caudales y efectos públicos(892). Con exclusión de la última hipótesis, no resulta controvertible abordar dichas ampliaciones si la resolución, mandato, orden o delegación que deja en posesión del funcionario o servidor los caudales/efectos del Estado (o de pertenencia de la Administración Pública) coincide con las funciones inherentes al cargo, produciéndose aquí una adición de cometidos; distinta puede ser la situación si se designa a funcionario o servidor que no posee, en el ámbito de la competencia de sus cargos o empleos, dichas facultades de percepción, administración o custodia, y en dicho supuesto se apropian o utilizan los bienes estipulados. Se torna debatible que mediante orden se pueda trasladar o conferir la calidad de administrador. Lo que sí es abiertamente inaceptable, de acuerdo a como se halla redactada la fórmula nacional de peculado, es argüir que sean particulares *extraneus* quienes ocupen dichos roles, o que a estos se les derive las calidades ya referidas. En suma, se puede concluir que, además de la disposición legal o de reglamento, el contenido de una resolución administrativa de autoridad competente legitima también la facultad de percepción, custodia o –en determinados casos– administración, ya sea que agregue a los ámbitos del cargo una atribución y rol complementario o genere en el sujeto público atribuciones de percepción o custodia que antes este no tenía(893). Llegamos así por esta vía de interpretación al ejercicio de funciones que se convierte en una fuente de posesión de caudales o efectos,

(891) STS N° 163/2004, del 16 de marzo.

(892) Véase la ejecutoria suprema R. N. N° 2905-2012-Ucayali, del 12/03/2013, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que consideró la delegación hecha por funcionario competente como fuente de origen de la relación funcional por adición de atribuciones específicas. Soler (*Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 181) admite incluso la práctica consuetudinaria no contraria a ley.

(893) Al respecto, con mayor pormenorización Reaño Peschiera, José Leandro: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 34 y ss.

para abarcar con ella a los funcionarios que participan de funciones públicas. Dicho *plus* funcional puede ser temporal o permanente, aunque esta segunda hipótesis no es la más frecuente.

En la perspectiva comparada, la lectura amplia de la vinculación funcional que se observa, por ejemplo, en el artículo 375 del Código Penal portugués, posibilita doctrinariamente incorporar en el tipo de peculado formas de posesión no incluidas por razón del cargo e incluso admitir la posesión *de facto*. FERREIRA DA CUNHA señala: "Por otra parte, deben ser bienes entregados en posesión o accesibles al agente debido a sus funciones (...). El concepto de posesión, para los propósitos de este tipo legal, debe, de hecho, entenderse en un sentido amplio, abarcando tanto la detentación material como la disponibilidad jurídica o sea su detentación individual del bien cuando pertenece a tercero, pero el agente puede disponer del bien o conseguir su posesión material mediante un acto para el cual tiene competencia en razón de sus funciones (...). Por tanto, la posesión en un sentido amplio y la accesibilidad serían conceptos que identificarían y abarcarían la situación de entrega del activo"[(894)]. FERREIRA descarta la tesis de la mera proximidad con el bien y la facilidad para obtener su apropiación como típicos del delito de peculado. Situación parecida acontece en el Código Penal español, cuyo artículo 435 permite construir tipicidades ampliadas y equiparadas de peculado con base en funcionarios *de facto*. En efecto, dicho artículo 435 determina que las disposiciones de este capítulo (delitos de malversación) son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

De conformidad igualmente a la apertura de tipicidad normativa que brinda el tipo penal de peculado del artículo 314 del *Codice penale italiano*, GAMBARDELLA, evaluando las distintas lecturas que existen en la jurisprudencia penal italiana, nos dice que "se ha consolidado en la jurisprudencia una orientación que atribuye al concepto *razón de oficio o de servicio,* que justifica la posesión, un ámbito explicativo más amplio, en sentido lato para comprender también la posesión del dinero o los bienes ajenos derivados de la praxis o la costumbre que le permitan al agente introducirse *de facto* en el manejo o en la disponibilidad material del bien. La configuración del delito estaría excluida solamente en la hipótesis de posesión o entrega meramente ocasional de dinero o bienes ajenos al sujeto público:

(894) FERREIRA DA CUNHA: "Conceição. Do peculato", en DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Comentário conimbricense do Código Penal*, cit., p. 695.

Cass. Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 20952; Cass. 10 luglio 2000, Cass. Sez. I, 17 gennaio 2008, n. 9179; Cass. Sez. VI, 7 gennaio 2003, n. 9933"[895].

2. La percepción, administración y custodia[896]

La naturaleza y el contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de las tres formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas, pero que por lo general se encuentran separadas y que objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita, donde la fuente productora y vinculante de la posesión puede ser cualquier título al margen del nexo por razón del cargo público. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el Derecho Penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica, en ambos casos en el marco de la legalidad, esto es, bajo formas jurídicas inherentes a las atribuciones del cargo público. Se trata así, como señala Camaño Rosa, de una acepción amplia de posesión[897].

Ha sido siempre objeto de interés en el análisis, como nos lo Recuerda Castillo González[898], determinar si otros modos de vinculación con los caudales y efectos públicos tienen la suficiente relevancia penal como para ser incorporados en el delito de peculado; o, desde otra lectura, como reconoce expresamente el artículo 435.1 del Código Penal español con la frase "los que se hallen *encargados por cualquier concepto* de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas: *depósito, consignación, secuestro.* Así, por fuera de la percepción, administración o custodia, contempladas expresamente en la norma penal nacional, existen otras relaciones que vinculan a funcionarios o servidores públicos con los caudales o efectos, por ejemplo: la tenencia (artículo 397 del Código Penal de Colombia), la consignación y secuestro (artículo 233 del Código Penal de Chile), la sola tenencia material, la guarda, la recaudación, el traslado de bienes, la entrega ocasional, la compraventa, la refacción y mantenimiento de bienes, la entrega y uso de viáticos, entre otros que suponen también modos de

(895) Gambardella, Marco: "Il peculato", en Canestrari, Stefano; Cornacchia, Luigi y De Simone, Giulio: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 67.

(896) Nuestro Código Penal ha repetido así el modelo italiano de 1889 (artículo 168), sin entrar en pormenores de sus modalidades, lo que ha originado numerosos debates sobre la conveniencia de su mención restrictiva expresa (ver "Legislación extranjera").

(897) Camaño Rosa: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo*, cit., p. 58.

(898) Castillo González, Francisco: *El delito de peculado*, cit., p. 74.

posesión directa con los caudales o efectos. El problema consiste en saber si dichas relaciones constituyen igualmente títulos válidos de vinculación funcional que posibiliten, en el supuesto de su apoderamiento, imputar delito de peculado. En una primera lectura, en realidad ello puede que sea un problema aparente, dado que varias de dichas actividades o actos específicos están incluidos en los alcances y posibilidades que admiten, principalmente, los roles de administrador o custodio, detentados legalmente por el funcionario/servidor público. Así, la tenencia material es una actividad derivada de la custodia o administración directa, lo mismo la guarda; la entrega ocasional o reiterada son manifestaciones de percepción, etc. En una segunda lectura, sin embargo, sí resulta relevante tener claro que dichas actividades puntuales por sí solas, desvinculadas de la razón del cargo y focalizadas en los funcionarios/servidores, no pueden ser títulos válidos para fundar una imputación por peculado en el supuesto de que supongan apoderamientos patrimoniales, sino propiamente delitos comunes. La entrega ocasional informal, la sola tenencia fáctica o las prácticas derivadas de la costumbre o estilos al interior de una entidad o de una división de dicha entidad se tornan impracticables para servir como vinculadores jurídicos requeridos por el delito de peculado. En el caso del traslado de recursos públicos –dinero– para la compra de bienes, por servidores que carecen de los vinculadores funcionales (supuesto que supone también una modalidad de posesión de caudales), en el que estos se apoderan de dichos bienes, no supondrá una hipótesis de peculado, sino de apropiación ilícita. La naturaleza intrínsecamente formal de los modos de poseer bienes públicos del artículo 387 del Código Penal coloca así vallas difíciles de superar si es que no se quiere incurrir en analogía *in malam partem.*

Percibir. Se alude con este término a la acción-función (del funcionario/servidor público) de recibir, captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, legados, producto de operaciones contractuales, de entidades privadas, provenientes incluso de otras entidades públicas, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio de las entidades públicas. Se percibe tributos, reintegros, bienes, recursos en general en diversidad de modalidades y bajo distintos procedimientos. La fuente de origen de la percepción de caudales o efectos se encuentra tanto en el ámbito de los particulares como igualmente en el propio Sector Público; en este segundo caso, de entidad pública a entidad pública. Es característica inherente de la percepción el servir para ingresar caudales o efectos, no para sacar o destinarlos hacia fuera de la Administración. Así, un funcionario o servidor que cumple funciones de percepción no puede autorizar su retorno o reingreso a la entidad pública de donde salió o se

desplazó el caudal. El perceptor está obligado por el marco de sus deberes a ingresar el bien y dar cuenta del mismo a la Administración. El perceptor no cumple funciones de administrador ni propiamente de custodia del caudal o efecto, más allá de asegurar su tenencia hasta que dé cuenta de él.

La percepción tiene una significación jurídica concreta: el ingreso de bienes a la Administración Pública, no su desplazamiento al sector privado o a la sociedad, por lo mismo, el sujeto público recibe o ingresa bienes a nombre de la entidad pública, sin tener capacidad para administrarlos o disponerlos. Los bienes que ingresan a la administración de la entidad pública, y que el funcionario o servidor vinculado se los apodera, constituye un acto de apropiación peculadora, sea que dicho ingreso se haya perfeccionado formal y materialmente o que el sujeto público –perceptores de impuestos, recaudadores, cajeros, receptores de bienes, entre otros– haya hecho uso de estratagemas o simulaciones y no los haya ingresado efectivamente, pues la protección penal del patrimonio abarca tanto al patrimonio real como al potencial de realización inmediata.

Lo que ha merecido cierto debate en la doctrina es si los bienes de particulares, que ingresan a la Administración Pública en calidad de depósitos en garantía o para vigilancia y que son percibidos por determinados funcionarios o servidores públicos pueden ser considerados bienes públicos y, por lo mismo, susceptibles de peculado: cartas fianzas en las contrataciones públicas, dinero y vehículos incautados, etc. En la doctrina, CREUS[899] tiene una opinión negativa al respecto. FERREIRA[900], por su parte, es del criterio de que "son bienes a cargo del Estado no solamente los que le pertenecen sino también los del particular que el Estado administra". Comparte así el criterio de que son bienes del Estado, en el entendido de que patrimonio público comprende bienes de distinta fuente, no solamente los que le pertenecen por origen, sino también los del particular en relación a los cuales el Estado mantiene alguna relación jurídica de posesión, siendo responsable de su cuidado y posterior devolución, de ser el caso. En efecto, el tipo penal 387 del Código Penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los caudales; es más, la posición de garante (a través de sus representantes) que asume el Estado permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que mediante recepción se incorporan

(899) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 314. CREUS sostiene que no basta una simple tenencia por razones de seguridad y cita el caso de los depósitos en garantía de los particulares que no entran a ser pertenencia de la Administración.

(900) FERREIRA DELGADO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 26. Cita el autor los casos de vehículos decomisados, dineros embargados, consignados a nombre del juzgado. De igual postura, PEÑA OSSA, Erleans: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, 1995, p. 72.

como caudales propios a la Administración Pública, sea cual sea la fuente productora (pública o particular), como a los que temporalmente ingresan para encontrarse bajo administración o vigilancia temporal del ente público, sin que sean destinados a finalidades públicas, los mismos que pueden ser susceptibles de apropiación por el sujeto público vinculado(901).

Perciben caudales tanto aquellos funcionarios o servidores públicos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las Administraciones Públicas, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio. Igualmente, aquellos sujetos públicos que perciben bienes, en tanto titulares, para las donaciones, premios, legados, préstamos de dinero y bienes de fuente nacional e internacional.

Administración. Con base en el concepto normativo de "administración", la posesión de los causales o efectos públicos, confiadas –por ley, la normativa respectiva o la resolución administrativa– al funcionario público implica *funciones activas* de manejo, conducción (gobierno) y disposición para los fines de interés general o interno institucionales en el país o fuera de él y, en general, para aquellas finalidades predeterminadas por ley; y *funciones pasivas* de tenencia y protección de su intangibilidad para los efectos de su utilización con los fines ya señalados. La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene como presupuestos la razón del cargo y lleva implícita una intensa vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas –mediante tenencia material– con el caudal o efecto como relaciones mediatas o indirectas, por las que –en este segundo caso–, sin necesidad de tenerlos consigo o entrar en contacto con ellos, el funcionario público vinculado está dotado de capacidad legal que le da poder para disponer administrativamente de los mismos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego; en este segundo caso, según las especificaciones normativas al respecto, pues no resulta suficiente una regulación administrativa general. Rigen aquí las reglas extrapenales para la gestión y gobierno de los caudales y efectos ingresados a las esferas de la Administración Pública, sean públicos o de particulares.

Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores, indirectamente los gerentes generales, los funcionarios

(901) Abanto Vásquez, participando de la tesis de Creus, considera que los depósitos en garantía de los contratistas no son objetos válidos para que su apropiación por parte del funcionario o servidor público constituya delito de peculado, esto es, no constituye patrimonio público, en su acepción amplia.

o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc. En una acepción mínima de este vinculador jurídico, ejerce igualmente función de administración el funcionario o servidor con relación a los bienes de trabajo específicos que se le han asignado, esto es, en su manejo para los fines institucionales al igual que de su custodia. Si estos bienes no tienen orientación directa ni indirecta de destino de interés general, se tratará solamente de una relación de custodia.

El funcionario o servidor público que administra caudales o efectos por razón del cargo tiene asignadas funciones de poder sobre los caudales o efectos, es decir, goza de la capacidad para tomar decisiones acerca del destino del patrimonio público bajo su posesión jurídica, de conformidad a los procedimientos legales respectivos que limitan ámbitos de discrecionalidad y libre albedrío. En efecto, puede imputar (asignar recursos a fines determinados) y disponer su uso, bajo reglas preestablecidas y asumiendo responsabilidad administrativa o civil por anomalía en dichas funciones, o de responsabilidad penal en el caso de apoderamientos ilegales. Pero es también el garante de la intangibilidad de los caudales o efectos, por lo mismo, de su cuidado y aseguramiento funcional.

Las normas administrativas establecidas, generalmente, en los reglamentos de cada entidad pública (ROF y MOF) son las que delimitan los ámbitos reglados de las competencias de administración. La función de administración no se sustenta en deberes generales, sino específicos, los mismos que establecen diferencias entre los roles de los funcionarios.

La función de administración de caudales o efectos puede ser desarrollada por un sujeto público o por varios, en relación horizontal, se trata así de los **coadministradores**. Esta hipótesis excluye al sujeto funcionario o servidor que invade ilegalmente o usurpa función, pues no puede existir funcionarios coadministradores, siendo uno de ellos quien no goza de las formalidades que supone dicho vinculador jurídico. La coadministración es la que posibilita hablar coherentemente del título de coautoría en este delito. Pueden existir igualmente administradores repartidos en la misma entidad y en relación jerárquica, así como en distintos niveles de las entidades públicas. Asimismo, dependiendo de la realidad administrativa de cada región o localidad, el administrador puede asumir funciones de perceptor o custodio.

No administra el que solo custodia los bienes, tampoco aquel funcionario o servidor cuya función es únicamente percibir caudales e ingresarlos a la Administración dando cuenta de ellos; tampoco quien recibe caudal o efecto público para su propio uso o disposición personal, en calidad

de haberes o remuneraciones habilita el título de administrador, perceptor o custodio de los mismos, dado que el caudal no lo recibe bajo ninguno de dichos vinculadores de posesión jurídica. La jurisprudencia penal argentina ha resumido en una escueta frase el significado del término "Administrador" para el Derecho Penal: "A los fines de la configuración del delito de peculado, administra quien, con arreglo a los ordenamientos respectivos, está facultado a disponer de los bienes y el que comparte con otros la facultad de disposición de los caudales o efectos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas" (Cas. Pen., Sala I, 31/10/2001)(902).

Por su parte la jurisprudencia peruana: *"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"*(903).

En caso de quien recibe **"viáticos"**, esto es, dinero público para facilitar el cumplimiento de alguna función o servicio, no lo hace para ejercer propiamente la función o servicio. El viático –asignación de dinero–, si bien tiene un origen público, pues sale del patrimonio de la entidad pública; sin embargo, su fin no está destinado al ejercicio de la función o actividad de servicio, sino a cometidos más específicos y diferentes a los del ejercicio funcional, tales como gastos de movilidad, alimentación, hotel y traslados internos.

Los viáticos tienen así una función instrumental y son de carácter personalizado. 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 fue vista mayoritariamente por la judicatura de todos los niveles como un supuesto fáctico a partir del cual construir imputación por delito de peculado. Tal razonamiento erróneo prescinde, en sus fundamentos, de los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva del delito de

(902) Véase Maiza, María Cecilia: "Jurisprudencia delitos contra la Administración Pública", en Aboso, Gustavo Eduardo; De la Fuente, Javier Esteban y Di Giorgio, Julio César: *Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004, p. 431.

(903) Véase la ejecutoria suprema del 11/03/2008, R. N. N° 4968-2006-Santa, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

peculado. Dicho bien, cuando ingresa al dominio del beneficiario, pierde su calidad de patrimonio público, porque su uso y disposición personal no es propiamente para fines públicos.

Que el funcionario o servidor público esté en la obligación de rendir cuenta y devolver lo no gastado, de no hacerlo o en la cantidad y modo debido no justifica la concreción del delito de peculado, sí en cambio la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral. El Acuerdo Plenario 7-2019, del XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema, ha efectuado una pormenorizada exposición de las posiciones doctrinarias dispares que existen sobre esta materia en la judicatura y en la doctrina nacional, 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, que ocasionó la condena arbitraria de numerosos funcionarios y servidores públicos, asunto que ya hace un buen tiempo fue zanjado en la doctrina italiana. En efecto, MANZINI, en el año 1950, en el volumen quinto de su *Tratatto di Diritto Penale italiano*, dedicado a los *Delitti contro la pubblica amministrazione,* señalaba con propiedad, refiriéndose a los gastos de representación, con similitud de naturaleza que los viáticos: "Por eso no es peculado el mal uso de la sumas destinadas sin duda a fines de interés público, pero asignadas *ad personam*, es decir, a la discreción absoluta del funcionario, como el fondo de representación de los prefectos, alcaldes, etc.(904).

El Estado les debe a una gran cantidad de funcionarios y servidores públicos condenados (con base en la errática y arbitraria tesis –largamente sustentada por los fiscales y sostenida por amplios sectores de la judicatura– del viático como vinculador por delito de peculado) un explícito resarcimiento por el daño y los efectos absolutamente desestabilizadores del *ius puniendi* en su libertad, derechos fundamentales y proyectos.

Custodia. Esta forma típica de posesión jurídico-material comprende la guarda, cuidado, protección, conservación y vigilancia por parte del funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos, que articula la custodia pública (*amtlicher Gewahrsam*). La custodia (*Gewahrsam*) presupone la tenencia del caudal o efecto, sobre los cuales el sujeto público

(904) MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII, Segunda parte. De los delitos en especial, Volumen III, Delitos contra la Administración Pública* I, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, Buenos Aires, Ediar Editores, 1961, p. 164.

ejerce roles de cuidado y vigilancia, por tiempos generalmente determinados, siendo responsable de la intangibilidad material-funcional del bien, bajo criterios de razonabilidad y posibilidad. El custodio no necesita conocer en todos los casos las características específicas del bien sobre el cual desarrolla dicha función(905).

La custodia en tanto forma jurídica de posesión válida, para darle contenido fáctico-jurídico al delito de peculado, no es la sola tenencia material ni la sola vigilancia externa del caudal o efecto. Ambas manifestaciones tienen que estar presentes en el citado vinculador jurídico por razón del cargo, esto es, como expresión de la función administrativa de custodia. Es por eso que los vigilantes del bien que solo cumplen el rol de brindar seguridad no son propiamente custodios al carecer de dicha función. Correctamente, afirma CREUS que no comete peculado el empleado embalador de bienes públicos ni el policía que solo vigila los bienes, careciendo ambas personas de la función de custodia y, además, el policía de la tenencia del caudal(906). CARRERA, en esa misma línea de interpretación, considerando que custodia es la facultad de la Administración Pública de guarda y conservación de sus bienes, desarrollada por los funcionarios competentes, dice: siendo ello así, no surge custodia por la sola circunstancia de encontrarse las cosas oficialmente al alcance de un agente público. No participan por tal razón, en la función de custodia los agentes públicos que tiene solo tareas accesorias de embalaje o clasificación(907).

"Por custodia, nos dice MORALES GARCÍA, debe entenderse la presencia de una relación dominical exclusiva sobre la cosa, capaz de expresar la presencia de un poder jurídico sobre la misma, lo que sucederá siempre que esta se halle en régimen de dominio exclusivo del autor. Al igual que la percepción, la custodia es un rol administrativo desempeñado generalmente por servidores públicos, a diferencia de lo que ocurre con la Administración que es exclusiva del funcionario público"(908).

---

(905) Al respecto, es ilustrativa la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina, Sala III, "Frendrich" del 20/08/1997, J.P.B.A., t. 100, citada por CARRERA, que señala que "para determinar la custodia de la cosa por parte del oficial público, no es necesario que ella esté individualizada y especificada en su contenido, sino que basta con que entre en la esfera de cosas que constituyen objeto de la Administración Pública o que forma parte de dicha administración", CARRERA, Daniel: *Peculado de bienes y servicios públicos*, Buenos Aires, Editorial Mediterránea, 2005, p. 144.

(906) CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 329.

(907) CARRERA, Daniel: *Peculado de bienes y servicios públicos*, cit., p. 143.

(908) MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 186. Al respecto, véase en dicho texto, una lectura de la "custodia" en la doctrina alemana en una comparación que analiza su aplicación al delito de malversación-peculado español, luego de la derogación del artículo 350 del Strafgesetzbuch, véase, pp. 185 a 189.

Es de interés la siguiente jurisprudencia penal argentina, dado que los vinculadores jurídicos del tipo penal de peculado son los mismos que en el Código Penal peruano, que dice: "*El autor del delito de peculado –artículo 261 del Código Penal– custodia los caudales o efectos en su poder cuando su función consiste en tenerlos bajo su cuidado y conservación, sea a título de depósito o a otro que signifique la tenencia de los bienes*". (Cámara Nacional, casación penal, Sala I, 31/10/2000, MOLBERT, Elida E. [véase en p. 789]). Asimismo, esta otra que señala: "*Si la costumbre de llevar diariamente la recaudación a la dependencia no era un deber impuesto al inculpado sino una modalidad adoptada más allá de sus obligaciones propias, no puede encuadrarse en el artículo 262 del Código Penal la conducta consistente en dejar lo recaudado en una caja fuerte ubicada en la casilla-boletería, de donde fue retirado por otra persona*" (Cámara Nacional Casación Penal, Sala II. 30/05/1997)[909].

En resumen, mediante estas formas de posesión o vinculadores jurídicos administrativos de interés penal –percepción, administración o custodia–, el funcionario o servidor público tiene que desarrollar funciones inherentes a sus deberes y atribuciones, constituyéndose en "garante" del patrimonio público. La infracción de tales deberes administrativos y su conversión en actos de relevancia penal, al apropiarse o utilizar los bienes poseídos legalmente, configurará delito de infracción de deber atribuible al sujeto público, con la consiguiente afectación a los intereses de la Administración Pública.

3. Modalidades delictivas: «apropia o utiliza»

El artículo 387, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones penales comparadas, que emplean los verbos, sustraer, procurar, hurtar[910], etc., ha circunscrito la acción penalmente relevante en los verbos *apropiar* y *utilizar*, generando así los llamados *peculado por apropiación* y *peculado por utilización o uso.*

Como se ha dicho en líneas precedentes, no puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y la cosa pública. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en la figura penal. Y dicha relación funcional se produce a través de tres vinculadores jurídicos que le dan legalidad y legitimidad, en el marco de confianza en sus titularidades. Estos

(909) Véase en ALMEYRA, Miguel Ángel: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Penal Parte especial*, Tomo I - Volumen 3, Buenos Aires, La Ley, p. 789.

(910) Véase "Legislación extranjera".

tres vinculadores –percepción, administración o custodia– están fundados en una noción objetiva de confianza de la Administración, en dichos funcionarios y servidores públicos vinculados, por razón del cargo, en el sentido que cumplirán sus funciones conforme al marco de sus atribuciones o competencias, esto es, de conformidad a Derecho.

La ***apropiación*** *(Unterschlagung),* a diferencia de la sustracción –que registra la redacción del tipo penal de peculado del artículo 261 del Código Penal argentino, registraba el artículo 394 del Código Penal español derogado de 1973 y otras legislaciones penales–, presupone que el sujeto activo del delito posee previa y legítimamente el caudal o efecto, por razón de su cargo; caudales o efectos que se los apodera ilegítimamente mediante apropiación, desapoderando al ente público y contraviniendo sus deberes y obligaciones derivados del cargo poseído, realizando así actos incompatibles e ilegales que afectan el patrimonio público. Se hace énfasis del término normativo "cargo" para efectos de su valoración dogmática en párrafos subsiguientes.

Apropiarse es hacer suyo el caudal o efecto que es de pertenencia del Estado o de cualquier ente público, es decir, bienes que le son materialmente ajenos al funcionario o servidor público y en relación a los cuales carece de título alguno para desarrollar sobre él conductas de apoderamiento; es más, al actuar objetiva y subjetivamente como propietario de hecho quebranta abierta e ilegalmente el (o los) vinculador jurídico que le autoriza a poseer el bien público. A diferencia de lo que sucede con la conducta de "sustracción", donde el agente no tiene la posesión directa o indirecta del bien, apropiarse significa actuar como propietario –con voluntad de dominio– al desapoderar o expropiar a la entidad pública de parte de su patrimonio, para constituirse en propietario *de facto* del caudal o efecto, sin necesidad de realizar necesariamente conductas de sustracción o alejamiento material del bien –las que, no obstante, pueden llevarse a cabo–, sino para desde dentro de la entidad pública disponer de los bienes incorporándolos a su patrimonio personal o de tercera personas, o ya sea entregándolas a tercera persona o efectuando otras aplicaciones inherentes al poder de disposición, esto es, enajenarlas, obsequiarlas, negociarlas, transferirlas mediante el sistema financiero, etc. Poder de disposición que no solo tiene un sentido de enajenación o negocio(911), sino más amplio, y da cuenta de la serie de manifestaciones de poder que supone el apoderamiento mediante apropiación. En la apropiación del peculado existe así

(911) Véase FRANCO, Uriel enfatiza una acepción restringida al concepto disposición, *El peculado*, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 48.

un fuerte componente subjetivo en la acción, que permite diferenciarlo de otros delitos funcionariales de contenido patrimonial(912).

La conducta de apropiación supone así un apartamiento de los bienes públicos de la esfera institucional y funcional de la Administración Pública, afectando su disponibilidad para los destinos legales institucionales o sociales del mismo, colocando a la Administración en una situación de pérdida del bien, violentando el agente sus deberes de función y su posición de garante. Precisa GAMBARDELLA que el concepto "apropiación" designa el comportamiento de quien hace propia una cosa ajena mutando el título de posesión y donde el sujeto cumple actos incompatibles con el título por el cual poseía la cosa y comienza a actuar como si fuese el propietario, produciéndose una extromisión total del bien del patrimonio público con la consiguiente pérdida del mismo(913). Apropiarse, afirma ANTOLISEI, es ejercitar sobre la cosa actos de dominio incompatibles con el título que justifica la posesión(914).

En toda apropiación hay por derivación una negativa tácita o expresa a devolver o restituir lo percibido, administrado o custodiado, ya porque le es imposible al sujeto activo entregar o devolver al haber dispuesto del caudal o efecto, o porque sencillamente se niega a ello sin causa justificada. La negativa a devolver no es un componente del tipo, pero define el ánimo de actuar como propietario (*rem sibi habendi*) y la voluntad de dominio (*uti dominus*) con el que se mueve el sujeto público vinculado, imposibilitando o dificultando la recuperación del bien para la esfera del patrimonio público. **Los modos de comisión de la apropiación** pueden recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como mediante actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, transferencias y entregas a terceros, uso con ánimo de propietario, donaciones, etc.), consumo de bienes fungibles o mecanismos simulados de culpa para que terceros sustraigan bienes, todo lo cual pone en evidencia manifiestas expropiaciones de parte del patrimonio público y son expresión del abuso de poder con finalidad patrimonial ilícita del sujeto público que no solo defrauda expectativas social-normativas, sino que lesiona el patrimonio público afectando su destino e intangibilidad. No es elemento imprescindible del tipo que el agente, necesariamente, haya alejado el bien de la esfera material de

(912) ALMEYRA, Miguel Ángel: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Penal Parte especial*, Tomo I - Volumen 3, Buenos Aires, La Ley. ENTRENA FABRE, Rafael: *El delito de malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

(913) GAMBARDELLA, Marco: "Peculato", en CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE: *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 68.

(914) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 608.

dominio de la Administración y lo haya incorporado en la propia suya, en términos espaciales de desplazamiento de lugar, pues el peculado se consuma en un contexto interno, bajo control del funcionario o servidor público; esto es, un asunto que tiene gran importancia para evaluar los desplazamientos ilícitos de caudales al interior de la Administración Pública con dolo de pecular y que consuman ya el delito de aquellos otros desplazamientos por fuera de dicha preconfiguración subjetiva. No obstante, la sustracción de los bienes por parte del funcionario que los administra o custodia, como cuando los desplaza a su domicilio o a lugares distintos del ámbito de control público, constituye también un modo de expresar la concretización de la apropiación de bienes muebles, en tanto incorporación a su patrimonio o a patrimonios ajenos. Es decir, no siempre la apropiación va a excluir la sustracción, esta modalidad de remoción del bien también puede jugar su papel en dicho contexto, máxime si la norma penal expresamente utiliza un elemento adicional sumamente indicativo acerca de la apropiación y utilización: «en cualquier forma». Se produce así un fenómeno inverso a lo que sucedía en la dogmática y jurisprudencia española, con el diseño de malversación de fondos del Código Penal derogado que se vieron forzados a entender que la sustracción también incluía, mejor aún, era propiamente apropiación; situación que acontece, igualmente y en la actualidad, con el artículo 261 del Código Penal argentino, que emplea el verbo rector "sustraer" en su figura legal de peculado.

En la doctrina italiana y alemana se distinguen, en el marco de la apropiación llevada a cabo por el funcionario o servidor público, dos momentos que constituyen el comportamiento de apropiación ilícita: la *expropiación*, o negación del derecho del Estado sobre los bienes, y la *impropiación* o afirmación del propio dominio de hecho sobre la cosa. En igual sentido, sobre la apropiación, se puede distinguir dos planos, el primero objetivo y subjetivo el segundo. **Objetivamente, la apropiación admite dos direcciones**, en **primer lugar**, la pérdida para la entidad pública del caudal o efecto, esto es lo que se llama la expropiación o desapoderamiento al Estado de parte de su patrimonio que efectúa el sujeto público vinculado; el Estado ve disminuir su patrimonio, siendo lesionado o perjudicado material y funcionalmente en sus derechos de propiedad, posesión o administración; **en segundo lugar**, el modo que viabiliza esta pérdida se produce mediante **los actos de disposición** que ejecuta el sujeto público (funcionario o servidor vinculado), que expresan la orientación privada que se da a los bienes del Estado, los que pueden consistir en cualquier acto de dominio *de facto* (*uti dominus*), lo que concuerda con la apertura del tipo cuando este señala "se apropia o utiliza en cualquier forma" los caudales o efectos; así, la incorporación del caudal o efecto en el patrimonio personal o familiar,

el abono o transferencia a terceros –inclusive a otros funcionarios o servidores– utilizando los sistemas administrativos de pago, financieros y/o las vías de internet, la consumición (generalmente en bienes fungibles o de un único acto de utilización), la enajenación o venta, la donación, conmixtión (mezcla de los bienes públicos con los privados), el pago de bienes y adquisiciones en general en montos exagerados o por trabajos jamás efectuados, mediante el abono fraudulento a sujetos públicos fallecidos, entre otros. De modo tal que desapoderamiento y apropiación juegan un rol conjunto e indesligable en la lógica estructural de la conducta típica apropiación. Mediante la apropiación se desapodera de sus bienes al Estado y el agente adquiere un poder *de facto* actuando como dueño ilegítimo a través de actos de disposición. En suma, en la apropiación, como bien sintetiza ENTRENA FABRE, el sujeto público separa los caudales de su esfera pública para disponer de ellos como si fueran propios(915). ANTOLISEI, en la doctrina italiana, nos dice que apropiarse de una cosa significa comportarse como propietario, esto es, ejercitar sobre el bien actos de dominio incompatibles con el título que no justifica la posesión(916).

Subjetivamente, la apropiación supone de parte del agente conocimiento del comportamiento que está desarrollando y voluntad de desapoderamiento, y de ejecutar actos de dominio, reforzado por la presencia del *animus rem sibi habendi* o de convertirse en propietario *de facto.*

Utilizar. Este verbo rector da vida a la segunda modalidad básica del delito de peculado, en tanto delito de infracción de deber, registrado en el Código Penal peruano, cuya regulación normativa corre pareja con la de la apropiación, tanto en calidad de ilicitud formal como en el uso de idénticos objetos de protección penal: los caudales o efectos. *Utilizar* es un verbo rector típico dirigido tanto a bienes muebles e inmuebles, y presupone en el primer caso la devolución y la restitución en el segundo, y en ambos casos el cese del uso, abarcando tanto probables enriquecimientos, finalidades fruitivas o de simple disposición genérica temporal.

A diferencia de lo que sucede con la mayoría de Códigos Penales, nuestro modelo de criminalización distingue dos formas diferenciadas de peculado de utilización, el contemplado en el artículo 387 y el regulado en el artículo 388 del Código Penal, al que se ha dado en llamar peculado de uso. Este último se diferencia nítidamente del primero por su pena bastante menor, como por la especificación hecha en el tipo legal de determinados caudales o bienes muebles (vehículos, máquinas e instrumentos de trabajo)

(915) ENTRENA FABRE, Rafael: *El delito de malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 67.
(916) ANTOLISEI, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 608.

constituidos en los objetos de protección penal. El peculado por utilización se diferencia igualmente del delito de malversación (artículo 389 del Código Penal) o aplicación definitiva de los bienes públicos en fines oficiales distintos de los previstos. Utilizar es la conducta de aprovecharse de las calidades o ventajas que brinda o permite el bien público (caudal o efecto), sin que tenga el agente el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. Utilización que se aplica en usos distintos y ajenos a los oficiales, de carácter personal o particular. El peculado doloso mediante utilización de los caudales o efectos, en tanto modalidad de un tipo básico, que también admite forma agravada, es una particularidad sobrecriminalizada que no se observa en los diseños normativos español, alemán, argentino, brasilero, entre otros. Los Códigos Penales colombiano y chileno no contemplan el esquema dual apropiación/utilización, pero sí poseen un tipo atenuado de peculado de uso, artículo 398 del Código Penal colombiano del año 2000 y artículo 235 del Código Penal chileno, este último condicionado a que se produzca daño o entorpecimiento del servicio público. El artículo 376 del Código Penal portugués vigente regula un peculado de uso con ciertas similitudes al modelo nacional, castigado con pena que llega hasta un año de prisión o con multa; lo mismo sucede con el peculado de uso momentáneo del artículo 314 del Código Penal italiano(917).

No hay aquí en esta modalidad de peculado doloso el ánimo de dominio, sino solo el de servirse temporal o momentáneamente del bien por fuera de las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, generalmente en provecho o satisfacciones personales, familiares, grupales o de terceros. El sujeto vinculado no busca incorporar el bien a su dominio ni actuar como propietario, su voluntad solo está dirigida en función del hecho de servirse o aprovechar las propiedades o destinos fácticos del bien sin apodéraselo, con la consiguiente devolución, retorno o restitución al acervo patrimonial de la entidad pública. Sin embargo, no siempre es fácil diferenciar cuándo hubo en realidad solo *animus utendi* (o finalidad de utilizar el bien) y no finalidad de apropiación, sobre todo cuando el uso se prolonga en el tiempo y se produce luego la devolución del bien; situación que, como indican Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, al analizar los puntos de vista de parte de la doctrina chilena al respecto, privilegia el hecho de enfatizar el aspecto subjetivo del delito al momento de la sustracción, es decir, si se realizó con voluntad de reintegrar los efectos o caudales, es decir, de usarlos temporalmente o, en cambio, si la sustracción se produjo sin proponerse reintegrarlos aunque posteriormente lo restituya, supuesto

(917) Véase "Legislación extranjera".

este último en el que se aplicara el delito de peculado[918]. La temporalidad del uso se halla en función de criterios objetivos de razonabilidad aplicables al caso concreto, esto es, un uso en atención a las propiedades que brinda el bien (por ejemplo, la exhibición de obras de arte en fines privados, el alquiler de la cancha de tenis de la entidad para un partido, el facilitar el local educativo para un ritual religioso, etc.). Un uso continuado o permanente en el tiempo, obviamente, no es criterio válido para configurar peculado por utilización.

Como es fácil percibir, el peculado de utilización y el peculado de uso del artículo 388 tienen para la ley la misma calidad de ilícito, distinguiéndose tan solo por la cantidad de la respuesta punitiva en consideración al uso de determinados bienes frente a los cuales la política penal del Estado ha diferenciado un peculado de mayor y otro de menor entidad.

La presencia del peculado de uso (artículo 388 del Código Penal), en tanto modalidad atenuada de peculado por utilización, fija en gran modo los alcances del contenido del comportamiento típico de este último. En efecto, si no es posible referirnos al peculado mediante utilización si el agente usa máquinas, vehículos o instrumentos de trabajo, los mismos que se salen del ámbito de su tipicidad, entonces los alcances del peculado genérico por utilización están circunscritos al uso personal o grupal para sí o para otro –personas naturales o jurídicas– de bienes inmuebles: edificios, fincas, locales institucionales, educativos, terrenos cultivados o eriazos, mercados públicos, estadios, etc., igualmente de los efectos (títulos valores y documentos con representación económica), como por igual de bienes muebles distintos a los instrumentos de trabajo y máquinas, tales como artefactos electrónicos domésticos, joyas, obras de arte, mercancías diversas, alimentos, etc. Es debatible y difícil considerar que la utilización de dinero constituya hipótesis legal de esta segunda modalidad de peculado del artículo 387, dado que ello supone uso de dinero público que es dispuesto en fines personales.

En el caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe dar por configurada esta modalidad de peculado, salvo que la devolución-restitución del bien sea imposible por ser irrepetible o haberse destruido siendo único o muy escaso. Utilizar dinero es ya apropiarse de él por la consecuente disposición que se hace del mismo, lo que aleja la hipótesis de un peculado de utilización o uso, no admitiéndose la devolución equivalente como criterio de atipicidad. Soler sobre este punto precisa: «Por

(918) Balmaceda Hoyos, Gustavo y Castro Cuenca, Carlos Guillermo: *Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Especial referencia a los delitos de malversación y fraude al Fisco*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2015, p. 218.

eso puede afirmarse que la substracción de dinero consuma siempre el peculado, aun cuando sea hecho con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya»[919].

El análisis del peculado por utilización exige evaluar con especial énfasis y cuidado la parte subjetiva de este delito, pues en los supuestos en los que se produzcan acciones inmediatas de control que frustren la utilización, fuerza mayor o caso fortuito para la devolución o restitución del caudal o efecto (enfermedad, secuestro, viajes sorpresivos, cárcel), ello permitirá apreciar la naturaleza de este delito y no peculado por apropiación, al haber impedido estas circunstancias –que actúan como obstáculos– la finalización de la conducta típica de peculado por utilización.

La **devolución o restitución** forma parte de la naturaleza del delito de peculado por utilización, sin dicho componente el delito sería peculado por apropiación. Siempre ha sido problemático establecer pautas generales de interpretación en torno al cuándo, cómo y cuánto de esta devolución-restitución, debiendo ceñirnos al caso concreto. Sin embargo, la devolución debe ser inmediata a su uso. Ni la ley ni la jurisprudencia han colocado demarcadores temporales o modales al respecto, lo cual hace más necesaria la tarea del intérprete de analizar el caso concreto para discernir que no hubo en el agente la voluntad de apoderamiento. Demoras no razonables o usos continuos en el tiempo alejan la idea de un peculado de utilización. Por cierto, que no será una restitución válida la devolución del bien en estado de inoperatividad y/o destrucción, máxime si esas son las motivaciones del agente para dicho retorno, tampoco las devoluciones parciales, salvo que ello obedezca a causas por fuera de la voluntad del agente. El artículo 433 del Código Penal español, antes de la reforma del año 2015, fijaba en 10 días el lapso de la reintegración del importe del bien sustraído (caudales o efectos) y destinado a usos ajenos a la función pública, que permitía una pena benigna de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo de seis meses a tres años. La Ley Orgánica 1/2015 derogó del Código Penal español el peculado de uso para fines ajenos a la función pública.

Los préstamos de dinero que se autorrealiza el sujeto público vinculado funcionalmente con los fondos de la entidad, para usos o disposiciones momentáneas, que luego es restituido, sin que exista investigación o acción de control, siempre ha traído dificultades en su evaluación a los fines de radicar conducta típica, ya sea por peculado por apropiación –dado su carácter de disposición– o utilización. En la doctrina italiana, por ejemplo,

(919) Soler, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. V, p. 183.

ANTOLISEI es del criterio de que no puede ser considerado ni acto de apropiación ni de utilización si el agente devuelve el dinero de inmediato(920), más allá de su naturaleza de infracción disciplinaria administrativa. Uriel FRANCO, en la doctrina colombiana, coloca el caso del funcionario que debiendo colocar dinero público en una agencia bancaria, con plazo máximo de cinco días, lo presta durante tres días a un amigo, considerando en dicha hipótesis que el caso es peculado, aun cuando al vencerse el término lo tenga de nuevo en su poder y lo deposite en el banco(921).

Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropiarse y utilizar) revisten igual contenido de ilicitud, pese a que son obvias las diferencias, si las apreciamos desde una perspectiva patrimonialista o de salvaguarda del patrimonio del ente público que, en la segunda hipótesis, no ha sido vulnerado por los actos del sujeto activo; esto implica reconocer un exceso en la penalización de esta modalidad de peculado, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal(922).

Los actos que constituyen las modalidades del peculado por apropiación o utilización *pueden ser cometidos en diversidad de formas específicas*, sin que la norma haya restringido o enfatizado alguna en particular. La norma penal ofrece aquí un criterio amplio para subsumir actos de dominio y uso imputables al funcionario o servidor a título de peculado: la negativa a la entrega del caudal o efecto sin causa de justificación; la sustracción, la enajenación, donación, apropiación de los tributos recaudados; utilización de los locales y edificios públicos; destrucción del caudal o efecto(923); disposición en provecho propio o de terceros del alquiler de los bienes públicos; consumo del bien(924); préstamo para uso por un tercero, custodio o administrador que desaparece con los caudales y efectos; venta de vehículos sin autorización o disposición de la entidad pública(925);

(920) ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di dirito penale. Parte speciale II*, cit., p. 609.

(921) FRANCO, Uriel: *El peculado*, Bogotá, Temis, 1987, p. 131.

(922) Véase con igual criterio ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 296.

(923) Poco interesa qué haga o qué fin le dé el sujeto activo al caudal o efecto apropiado, al ser ya ello fases de agotamiento del delito. HUGO ÁLVAREZ (*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., pp. 102 a 104) considera que en el delito de peculado necesariamente debe el sujeto activo obtener un beneficio económico o utilidad en sentido amplio.

(924) Un caso judicialmente sustanciado al respecto es el resuelto en la ejecutoria suprema del 12 de noviembre de 1997, Exp. N° 4402-96-Arequipa, por el cual se condenó al alcalde que dio en compraventa y en préstamo diversos materiales para construcción de una carretera y módulos educativos adquiridos por convenio público.

(925) Ejecutoria suprema del 02/04/2002, Exp. N° 4532-2001-Huánuco: "Se advierte de autos que se encuentra debidamente acreditada la comisión del delito materia de investigación –peculado– así como la responsabilidad penal del encausado en agravio de la Municipalidad distrital, al adquirir

tesorera que se apropia de cheques correspondientes a varios profesores[926]; jefe de almacén que recepciona bienes y no los entrega al ser destituido de su cargo[927]; secretario judicial que sustrae dinero de cuenta de ahorros, bajo su custodia, donde se depositaban las pensiones alimenticias que efectuaba el obligado a favor del agraviado[928]; desvío de lo recaudado (por tributos) a cuentas particulares o endosamiento de cheques a otras cuentas; etc.[929], pagos a terceros por conceptos no legalmente establecidos, préstamos a terceros con dinero del Estado, etc.

Tanto la apropiación como la utilización pueden admitir **forma omisiva**, en referencia al artículo 13 del Código Penal, que permite integrar normas jurídicas especiales (387 o 384 del Código Penal) y general (artículo 13 del Código Penal) a efectos de brindar un esquema amplio de protección del bien jurídico para el caso de los funcionarios/servidores públicos vinculados con el caudal o efecto, que con voluntad y conocimiento (es decir, con dolo que vincula a ambos agentes) permiten dolosamente que un tercero –particular o funcionario/servidor– sustraiga o sea el beneficiario del bien público, siendo su deber, en el caso concreto, desplegar acciones salvadoras

---

el vehículo a su nombre y luego inconsultamente del Concejo Municipal enajenarlo a la misma empresa vendedora por un monto de dinero que no fue ingresado en las arcas de la Municipalidad causándole un perjuicio económico" (en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 266).

(926) Ejecutoria suprema del 21/01/1992, Exp. N° 892-91-Lambayeque, GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 327.

(927) Ejecutoria suprema del 05/11/2002, Exp. N° 126-2002-Cuzco: "Existen suficientes elementos probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de Jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándoselos, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlo" (en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 251).

(928) Ejecutoria suprema del 18/07/2002, Exp. N° 2007-2001-Del Santa, SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 289.

(929) En la ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1950 encontramos otra modalidad específica de comisión de peculado. Es el caso del subdirector del Tesoro Público que debiendo endosar los cheques recibidos (en dólares) a la orden del Banco Central de Reserva, abona su importe en soles al tipo de cambio oficial, endosando los cheques a un particular para ser negociados en el mercado libre. En la sentencia del 25 de julio de 1998, de la Primera Sala Penal Corporativa con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 18-98, se condenó por peculado a una contadora pública en su calidad de servidora del PRONAA (Programa Nacional de Asistencia Alimentaria) que consignó en sus boletas de gastos cantidades superiores a las realmente desembolsadas, habiéndose apropiado así ilícitamente de parte del dinero que le fue entregado como costos de actividad para efectos de auditoría realizada en la ciudad de Huánuco. *Vid.* también ejecutoria del 17 de marzo de 1998, Exp. N° 1053-97-Lima: Servidores del Instituto Nacional Penitenciario que se acogieron al sistema de "renuncias voluntarias" con incentivos, pero luego se desisten dejando sin efecto la tramitación de sus expedientes, pero, utilizando documentación falsificada y poderes con forma notarial igualmente falsificada, lograron obtener los cheques por renuncia voluntaria.

que eviten la lesión del patrimonio público, dada la intensa posición de garante que ocupan; situación de hecho que posibilita que ambos sujetos, el funcionario/servidor vinculado y el *extraneus* absoluto o relativo, sean imputados en el marco del delito de peculado por autoría o coautoría y participación, respectivamente. Sin embargo, dicha posibilidad no constituye la regla y está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos que van desde la condición de vinculado especial de alta intensidad, la existencia de una posición específica de garante en tanto posibilidad y capacidad para efectuar acciones salvadoras. El peculado omisivo de forma expresa se encontraba regulado en el Código Penal español, antes de la reforma de 2015, con base la fórmula "sustrajere o consintiere". Actualmente, el Código Penal de Guatemala lo contempla expresamente en su artículo 445 (*comete delito de peculado por sustracción el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero, efectos o bienes que custodie, perciba, administre o guarde por razón de sus funciones*).

Redundando, la inexistencia en el artículo 387 de una modalidad omisiva propia específica como la de *permitir que otro o consentir/permitir que un tercero se apropie*, no invalida la imputación conforme a una fórmula de comisión por omisión u omisión impropia, máxime si tomamos en cuenta que el tipo penal de peculado indica que la apropiación o utilización puede cometerse de cualquier forma. Los límites de imputación de dicha calidad comisiva-omisiva están dados por la estrecha relación funcional entre el sujeto público y el caudal o efecto que hace de dicho sujeto un garante que tiene, en el marco específico de sus competencias y/o atribuciones, la posibilidad y el deber de evitar que se lesione al patrimonio público(930).

(930) Véase en la doctrina española actual, igual posición para una figura penal que no incluye en el tipo penal remisivo forma omisiva propia, sí considerada en el tipo penal de malversación antes de su reforma y remisión de contenidos al artículo 252 del Código Penal, Mir Puig, Carlos: "Delitos contra la Administración Pública", en Corcoy Bidasolo, Mirentxu: *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1458. Igualmente, véase al respecto la posición de Díaz Lazo, David César: "Comisión por omisión en los delitos de peculado y colusión desleal", en *Actualidad Penal*, agosto 2015, N° 14, Lima, Instituto Pacífico, p. 212, para quien sí resulta posible peculado mediante omisión impropia, para ello coloca como ejemplo el caso de los hurtos de combustible a los vehículos policiales efectuados por personal policial, donde el oficial de inspectoría que monta un operativo verifica dichas apropiaciones sin detener o denunciar tales actos. En dicho supuesto, considera Díaz Lazo, se produce un peculado por omisión impropia, pues dicho efectivo policial tenía el deber jurídico de impedir el hecho, de conformidad a normativa interna de la entidad policial –Directiva 04-16-2011-DGPNP/DIRLOG-PNP/DIVCOM-B–, que regula el abastecimiento de combustible a los vehículos policiales y que dispone que controlará el cumplimiento de las normas de abastecimiento dentro de su jurisdicción. Esta perspectiva de construcción de peculado omisivo impropio, incluso considerando como hace Díaz Lazo, que el oficial se constituye en un custodio del caudal público "combustible", es interesante pero debatible, pues descansa en los actos de un agente externo a los poseedores de alguno de los tres vinculadores funcionales (percepción, administración o custodia) y donde la cláusula de correspondencia tiene una lectura alternativa

El supuesto de hecho configurará un concurso de delitos entre peculado doloso y delito patrimonial común, esto es una ruptura del título de imputación, cuando el funcionario/servidor público dolosamente permita la sustracción sin dolo compartido con el *extraneus*, esto es, cuando este actúa sin concierto subjetivo con el sujeto público. Cabe recordar que en el año 2011, mediante Ley N° 29703, se incorporó en el tipo penal, precisamente, una tercera modalidad de peculado que daba cuenta del "permitir que un tercero se apropie o utilice el caudal o efecto, la misma que fue derogada mediante Ley N° 29758.

La **jurisprudencia de la Corte Suprema** ha fijado algunos criterios de interés con relación al peculado por utilización. Así: "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, pues se sanciona al agente por usar el bien de la Administración Pública ilegalmente y sin el ánimo apropiatorio, independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial. Constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la Administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcionarial se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera"[931].

4. El destinatario: «para sí o para otro»[932]

El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, esto es, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, o puede también cometer el delito para favorecer a terceros. El pronombre indefinido «otro» puede referirse a un particular o a una persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una persona jurídica de Derecho Público. La posibilidad que el «para otro» se refiera a uno de los coautores desnaturalizaría el supuesto, pues ello está ya subsumido en la variante «para sí», es decir, de tratarse de varios autores que cometen el peculado, el hecho

más consistente mediante un delito omisivo propio regulado expresamente en el Código Penal. No obstante, el tema merece mayor detenimiento con base en las flexibilidades que permite la frase "cualquier forma" que preside el tipo penal 387 del Código Penal.

(931) Sentencia de Casación N° 131-2016-Callao, del 21/03/2017, Sala Penal Transitoria.

(932) Para una exposición más detallada véase 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 *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 31, abril, Lima, 2001, pp. 63-68.

que unos y no los demás sean los beneficiarios finales o de destino de los caudales o efectos no legitima efectuar tal razonamiento.

Apropiarse el caudal o efecto para otro no presupone que, en el acto de traslado del bien, de un domino parcial y de tránsito al dominio final del tercero, exista una relación comercial o de transferencia onerosa; tal caracterización no es una exigencia de la tipicidad del peculado, por lo mismo, son irrelevantes las motivaciones que dirijan la conducta del funcionario o servidor para globalizar y perfeccionar el tipo en su fase de terminación o agotamiento, esto es, para la naturaleza de sus actos de apropiación. Pero obviamente sí adquiere interés penal desde la perspectiva del análisis del comportamiento del "otro", el componente subjetivo y el marco de tipicidad de dicho actor colocado por el tipo penal de peculado doloso, a efectos de considerársele un sujeto sobre el cual descargar las consecuencias de *ius puniendi* estatal, es decir, no bastará con acreditar la presencia del otro y el traslado del caudal para castigarlo penalmente, hay necesidad de someter su comportamiento a las exigencias y garantías del análisis de tipicidad/antijuridicidad y culpabilidad, dada ante la prohibición de derivar pena con base en responsabilidad objetiva.

Utilizar el caudal o efecto para otro, en cambio, ofrece una lectura más matizada. En la modalidad de utilización, al ser una conducta de actividad, sin voluntad de apoderamiento, que afecta la disponibilidad del caudal o efecto para los fines determinados por ley, y por lo mismo lesiona el patrimonio del Estado, la interpretación admite, en una lectura inicial, algunas dificultades, siendo difícil de asumir un uso propio del funcionario y a la vez que ello suponga también utilización para el tercero, o que exista traslado del uso, vale decir, doble utilización. Ofreciendo otras lecturas posibles de comisión, se tiene: el sujeto activo hace uso del bien y el provecho del mismo va a una tercera persona, entendiéndose provecho a nivel de ganancia o beneficio económico, por ejemplo, el importe del alquiler del local educativo para espectáculos deportivos, folklóricos o actividades religiosas, cuyo monto de dinero es trasladado al otro. En otra lectura, el sujeto público autoriza a un tercero usar el bien inmueble estando ello prohibido; aquí se produce una equiparación parcial e impropia con la segunda modalidad de peculado de uso del artículo 388 del Código Penal. De conformidad a una tercera lectura, el sujeto público vinculado, al utilizar el bien, dicha utilización se efectúa en beneficio del tercero que resulta con el uso beneficiado. La primera lectura tiene el inconveniente de no ser propiamente la utilización lo que beneficia al otro, sino la ganancia, esto es, un acto de agotamiento. La segunda lectura parece ser más adecuada; sin embargo, tiene el inconveniente de no haberlo así previsto expresamente el legislador. La tercera lectura resulta una interpretación más adaptable al caso concreto

de significación de utilización para otro y que se corresponde con que la conducta típica es realizada por el funcionario/servidor público vinculado. Rige igualmente aquí (utilización para otro) el análisis de relevancia penal de los actos del "otro", al igual que en la apropiación para otro.

El uso del término «otro», que la norma no define explícitamente, nos lleva a entender que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino que puede comprometer a un tercero allegado o vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el sujeto activo haya consumado el delito –válido para las dos modalidades dolosas comisivas de peculado–, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto, para tener luego la posibilidad de disponer del bien, de forma tal que lo destine para un tercero, en diversidad de manifestaciones fácticas. Admitir una lectura distinta en el sentido que es el tercero (el "otro", un sujeto indeterminado, y, por lo tanto, indistintamente un *extraneus* o un *intraneus* no vinculado) quien recibe final y materialmente el caudal o efecto apropiado por el autor, el sujeto que consuma el delito o que conjuntamente consuma[933], y por lo mismo un coautor sucesivo, importa una extraña manera de abordar la vinculación funcional para extender indebida y tendenciosamente la tipicidad por coautoría, infringiendo el principio de legalidad que exige la debida determinación de los componentes típicos del delito de peculado. Asimismo, considerar que el sujeto vinculado que se apropia de caudales o efectos para un tercero, mientras lo tenga en su poder o en la medida que desplace el bien en las esferas de las reparticiones públicas, solo cometerá malversación de fondos, activándose el peculado cuando el tercero recibe o entra en dominio del patrimonio público, es igualmente una no afortunada forma de entender la consumación en un delito de infracción del deber y de dominio del hecho con autoría restrictiva. En efecto, es impensable admitir que un *extraneus* pueda consumar o coconsumar el delito de peculado, teniendo como delito base o de inicio a un delito de malversación de fondos cometido por funcionario o servidor público. Peor aún, que autor del delito base pueda ser un administrador *de facto* que posibilita que el *extraneus* consuma el peculado. Propuestas de abordamiento jurídico-cognitivo carentes de razonabilidad y argumentadas únicamente

(933) Tesis que plantea, por ejemplo, Reaño Peschiera, José Leandro en su trabajo: «Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias», cit., p. 43: «La modalidad de peculado a favor de tercero presenta una estructura de intervención necesaria o de delito de relación, pues su consumación exige que el tercero acepte los caudales que indebidamente le ofrece el funcionario público. La aceptación del particular configura el acto de apropiación que consuma el delito, y solo a partir de ese momento puede afirmarse que el Estado ha sufrido una lesión patrimonial (...)».

con la pretensión de hacer ingresar en el tipo supuestos de hecho para los cuales no tiene capacidad de rendimiento, es decir, frente a los cuales el artículo 387 del Código Penal peruano carece de capacidad para efectuar subsunciones típicas en dicha orientación.

Sin embargo, esta negativa a ver en el «otro» un coautor no descarta lecturas tales como que se trate de un inductor, en tanto se haya demostrado que fue quien generó la voluntad de pecular en el sujeto activo, para finalmente ser el beneficiario de los caudales o efectos, hipótesis por lo demás muy frecuente en el Perú de décadas pasadas. Asimismo, no se debe desechar la hipótesis de complicidad primaria o secundaria según haya participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con actos de auxilio durante el proceso ejecutivo del mismo, supuesto en los cuales la referencia al otro perderá valor para adquirir significancia la calidad y cantidad de los aportes o contribuciones en tanto cooperador. Sin embargo, la hipótesis más frecuente y que llena de contenido al «para otro» se reconduce por la figura de la autoría por receptación, supuesto en el cual se presentará un concurso de delitos con el de peculado. En efecto, receptador es aquel que conociendo o presumiendo la procedencia ilegal de los bienes (en este caso pertenecientes al patrimonio público), los adquiere, los recibe –en un acto de prodigalidad o no del funcionario peculador–, los ayuda a negociar, en fin, en todas las variedades admitidas por la figura 194 del Código Penal.

Difícil es, en cambio, admitir la receptación, peor aún las otras hipótesis de relevancia penal aludidas anteriormente, cuando del análisis concreto de las circunstancias en juego, se contextualiza entre peculador y familiar o allegado íntimo un cuadro signado por el principio de confianza y de razonabilidad en relación a los caudales que recibe el tercero. Pensemos en los hijos o, a la inversa, en los ascendientes, o en el cónyuge, quienes –bajo circunstancias de razonabilidad– no pueden objetivamente presumir que el caudal o efecto que está recibiendo de su pariente o esposo funcionario público pertenezcan al Estado, dada la verosimilitud del acto o la correspondencia entre el manejo de dinero que hace el funcionario con lo que efectiva y legalmente percibe como sueldo; si el acto de prodigalidad supera dichos estándares, se desvanece el principio de confianza para poderle ser imputado al tercero cargos por receptación, una vez descartadas las hipótesis de inducción o de complicidad en el peculado. De afirmarse el principio de confianza con su efecto destipificador, la mención normativa «para otro» solo jugará un interés simbólico, desprovisto de interés penal.

Pero lo que sí debe quedar claro es que el «otro» no puede ser autor ni coautor de peculado, no siendo él quien consuma el delito. Asimismo, no

interesa para considerar consumado el delito qué fin le dé el sujeto activo o el tercero a los bienes o efectos apropiados o utilizados (venderlos, destruirlos, regalarlos, guardarlos, etc.). Lo que sí se debe tomar en cuenta al momento de efectuar el análisis de tipicidad, en la hipótesis de utilización personal o para tercero, es que la conducta típica deberá estar relacionada a bienes no comprendidos en el subsiguiente artículo 388 del Código Penal para ser imputable a título de peculado del artículo 387. Por cierto, que imputarle responsabilidad penal al "otro" en el marco del delito de peculado en calidad de cómplice y, por lo mismo, fijarle sanción penal, exigirá acreditar probatoriamente sus actos de contribución, al delito del sujeto vinculado, en dicha calidad de cooperador y supondrá igualmente demostrar que la entrega o desplazamiento del caudal no era una forma velada de dominio del funcionario o servidor público, es decir, que el "otro" no era en realidad una forma encubierta del propio funcionario, sino la persona beneficiada con el caudal público. La jurisprudencia de la Corte Suprema considera al respecto que el peculado doloso "*es una figura delictiva que requiere el provecho propio o de tercero generado del patrimonio del Estado*"[934].

Al igual de lo que sucede con el sujeto activo del delito, la fiscalía y el juzgado, para determinar la culpabilidad del "otro", en razón a sus aportes al delito, fijarán las condiciones objetivas y subjetivas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que le hagan merecedor de pena, bajo riesgo de dictar condena con base en criterios de responsabilidad objetiva, si solo se determina ella por el hecho del traslado, esto es, un exclusivo dato objetivo.

5. El objeto material del delito: los «caudales o efectos» o el patrimonio público

Nuestro Código Penal, al igual que otras legislaciones (Chile, Argentina, Honduras, Nicaragua, entre varias) que derivan sus instituciones jurídicas penales de los modelos francés, español e italiano, ha usado la arcaica pero útil fórmula lingüística de los «caudales y efectos» contenida en el Código Penal francés de 1791 (artículo 12 de la Sección V) y 405 del Código español de 1870. El Código francés de 1810 mantendría la palabra efectos en su artículo 169. Otros Códigos como los de 1889 y de 1930 de Italia se refieren expresamente a «dinero u otra cosa mueble»; el mexicano de 1921 habla de dinero, valores, fincas; el Código de Paraguay de 1914 alude a dinero, efectos, mercancías, documentos de crédito, valores u otras cosas muebles. Códigos Penales más recientes como los de Costa Rica, Colombia, Panamá

(934) Ejecutoria suprema del 14/05/2010, R. N. N° 838-2009-Junín, Sala Penal Permanente, considerando 4.

y Ecuador hacen uso ya del término "bienes" dinero o valores. El Código español de 1995 siguió refiriéndose a caudales y efectos hasta el año 2015.

"Caudales" y "efectos" fue la fórmula utilizada por los legisladores del histórico Código Penal francés de 1791 (en el que tuviera destacada participación el abogado Louis-Michel Le Peletier, personaje de la nobleza francesa y después conspicuo líder jacobino, que se pronunció por la eliminación de la pena de muerte, la pena de galeras y la marca con hierro candente, siendo asesinado a los 33 años en el discurrir de la turbulenta política revolucionaria francesa). Código Penal, cuyo artículo 12 contempló el delito de malversación de caudales o efectos (Sección Quinta, Título I, Segunda Parte), para dar cuenta del objeto material jurídico de protección penal de los comportamientos de "malversación" y "sustracción" realizados por el funcionario u oficial público; términos que serían tomados posteriormente por los antiguos Códigos Penales españoles de 1822, 1848 y 1870, prolongándose su utilización hasta el Código refundido de 1970. El vigente Código de 1995 sustituiría dichas palabras por el concepto más amplio de "patrimonio público" (artículo 432 del Código Penal), mediante reforma producida por la Ley Orgánica 1 de 2015.

La fórmula dual "caudales y efectos" ha sido reputada de superflua por sectores de la doctrina española. En efecto, Roca Agapito mantiene la posición de que se trata de términos sinónimos, siendo que la palabra efectos no añade nada nuevo al vocablo caudales, considerando, sin embargo, que al ser una expresión que goza de una larga tradición en los Códigos españoles, dicha palabra no debería ser suprimida. En posición distinta Quintero Olivares y otros(935).

Los "caudales", al igual que los "efectos", son los dos componentes del patrimonio público, concepto jurídico abordado en páginas precedentes. El Código Penal, en el artículo 387, hace alusión expresa de ellos. En el artículo 388 –peculado de uso–, designa específicos caudales con nombre propio (vehículos, máquinas, instrumentos de trabajo). En el artículo 389, que regula el delito de malversación de fondos, alude a "bienes", en expresión de un estilo de redacción legislativo más contemporizado.

Caudales, en una conceptualización amplia, son cosas u objetos dotados de valor económico, es decir, bienes en general con valor en el mercado, tanto bienes muebles como inmuebles, incluyendo el dinero, los edificios,

(935) Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 118; Quintero Olivares, Gonzalo: De la Malversación, en Comentarios a la parte especial del Código Penal, cit., p. 1773.

terrenos, instalaciones físicas y partes de las mismas, mercancías, artefactos electrónicos, rentas, vehículos, máquinas, instrumentos, *softwares* y fichas electrónicas fisicalizadas en sus soportes, bienes incautados o decomisados bajo posesión jurídica de la Administración Pública, etc.(936). En una acepción estricta, lo son solo los bienes fisicalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero, excluyendo a los inmuebles y títulos valores. Muy debatible, abonando por su impropiedad, que el concepto cultural normativo "caudal" absorba a los objetos incorporales. En el caso de utilización de las energías, su relevancia penal es opinable. La protección de los derechos intelectuales y de propiedad industrial tiene su propia vía de protección, incluso en el supuesto que estos se hallen delimitados por su carácter público. Los bienes que forman parte del patrimonio cultural –vasijas, huacos, tejidos prehispánicos, por ejemplo–, en la medida que son invaluables en dinero, para ser objeto de protección mediante la figura de peculado requerirían una expresa mención en tanto circunstancia agravada en el tipo de peculado, a usanza del hurto agravado (artículo 186) o como lo preveía el original artículo 432.2 del Código Penal español de 1995 ("si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o cultural").

Caudal, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero. Caudal es un vocablo que ha sido excluido del *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española y sustituido por la frase "patrimonio de las Administraciones Públicas" o "patrimonio del Estado", que es a donde remite su significado(937). Frase –patrimonio público– que es la que ha sido asumida actualmente por el artículo 432 del Código Penal español, que regula el delito de malversación de fondos.

El término «caudal», no obstante las diferencias de significado y exclusiones que se presentan en el área patrimonial administrativa(938), en la doctrina española comprende a cualquier objeto o cosa mueble susceptible

(936) Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 1997, Exp. N° 4174-96-Junín: "De manera alguna los documentos y libros contables pueden considerarse como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat".

(937) Véase. *Diccionario del español jurídico*, dirigido por Santiago Muñoz Machado, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016. *Patrimonio de las Administraciones Públicas*: "Conjunto de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos".

(938) Al respecto, un detallado análisis del concepto jurídico "caudales", véase en Morales García, Oscar: *Los delitos de malversación. Apreciación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 101 a 179.

de valoración económica, incluido el dinero[939]. La materia que presentaba controversia, bastante razonable, por cierto, estaba circunscrita a la capacidad de abarcamiento de la palabra caudal, es decir, si el concepto jurídico «caudal» podía ser tomado en su acepción etimológica amplia como hacienda y bienes en general, de forma tal que incluya también a los bienes inmuebles. Mayoritariamente, la doctrina y la jurisprudencia españolas mostraron su resistencia a asimilar tal posición extensiva de interpretación[940] que desnaturalizaba el contenido normativo del tipo penal de este país, que utilizó como verbo rector típico el término *sustraer*[941], a diferencia del modelo peruano, que usa los verbos rectores *apropia* y *utiliza,* y que permiten comprender también a los inmuebles además de los bienes muebles, en tanto integrantes del patrimonio público objeto de protección penal. Problemática que fue superada en la legislación española cuando fueron reformados los tipos de malversación de fondos, uno de los cuales era el delito de peculado, sustituyéndose los términos caudal o efectos con la frase "patrimonio ajeno", que es el que registra el artículo 252, al que fue derivada la tipicidad del delito de malversación de fondos español, con lo que pasó a ser objeto material del delito todo objeto con valor económico y valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles.

Caudal, término derivado del latín, constituye así un concepto cultural normativo, que abarca al dinero, bienes muebles e inmuebles, y toda cosa dotada –por sí– de valor económico, traducible pecuniariamente y valuable en el mercado de bienes, cuya pertenencia (posesión, percepción o custodia) corresponde a la Hacienda pública o a las diferentes entidades u organismos de la administración pública en sentido amplio, ya sea que se trate de caudales en posesión directa o indirecta, actualizables o exigibles inmediatamente, en tanto derechos expectantes legales y legítimos. La estimación económica del caudal deja fuera de dicho componente cultural normativo los objetos que han perdido valor patrimonial; así, los bienes corrompidos o destruidos, igualmente el dinero o numerario fuera de funcionalidad, los

(939) Véase Catalán Sender, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades*, cit., pp. 254-255; Orts Berenguer, en Cobo del Rosal, M. y otros: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 487; Queralt Jiménez, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, Librería Bosch, 1991, Vol. II, p. 464; Rodríguez Devesa, José: *Derecho Penal español,* Madrid, Dikynson, 1994, p. 1182; Quintero Olivares, Gonzalo; Valle Muñiz, José Manuel; Morales Prats, Fermín-Morales García, Oscar: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1248; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Mir Puig, Santiago: *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 812; Rojas Benítez, Olga: *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de Malversación de Fondos*, Salamanca, Ratio Legis, 2009, p. 261 y ss.

(940) Orts Berenguer, en Cobo del Rosal y otros: *Derecho Penal especial*, cit., p. 487.

(941) Véase *infra* "Legislación extranjera".

libros, documentos contables y registros mercantiles[942]; asimismo, bienes de escasa entidad no adquieren la entidad de caudal en tanto componente de la tipicidad del delito (denominados en la doctrina los "apoderamientos miserables"): apropiación de un bolígrafo, algunas hojas de papel bond, bolsas que contienen los granos o cereales, empaques de los artefactos electrónicos, etc. La exclusión de caudal por su exigüidad no comprende los bienes en desuso o anticuados, los mismos que siguen manteniendo su valor en el mercado.

Resulta difícil para el delito de peculado considerar "caudal" a la mano de obra o de trabajo de la que se aprovecha el funcionario/servidor para su propio beneficio o de tercero y por el cual el Estado paga remuneración o sueldo –a diferencia de lo que sucedía en la legislación penal anterior de Colombia y acontece actualmente con el artículo 261 (segundo párrafo) del Código Penal argentino–. Mano de obra o de servicios que el funcionario o servidor público utiliza en provecho propio o de terceros. Temática que admite niveles de debate en la doctrina[943]. En el caso de la legislación penal peruana, en línea general, es de considerarlo, ante la ausencia de norma expresa, un supuesto de hecho formalmente atípico a título de peculado –delito que trabaja con los verbos rectores apropia caudales o efectos–, tanto por la dificultad insalvable de apoderarse de mano de obra, como por la impropiedad de reputar caudal o efecto dicha mano de obra, incluso en el supuesto de su utilización. Sin embargo, pareciera que utilizar la mano de obra pagada por la entidad pública, de la que se aprovecha el sujeto público, pudiera ingresar en las posibilidades comprensivas de tipicidad del peculado doloso, que hace mención a la frase "apropia o utiliza en cualquier forma"; sin embargo, ello requeriría norma expresa. Rojas Benítez, penalista paraguaya, en su tesis doctoral, nos ofrece al respecto una interesante salida, consistente en considerarla desde la perspectiva de un peculado de uso ajeno a los de la función pública, al modo del artículo 433 del Código Penal español (antes de la reforma del 2015): "Se señala de marcada amplitud (concepto caudales) la inclusión de la mano de obra como parte del

(942) Véase, al respecto, la ejecutoria suprema del 10/09/1997, Exp. N° 4174-1999-Junín, ídem ejecutoria suprema del 29/02/2008, R. N. N° 4416-2006-Arequipa.

(943) Al respecto, véase Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar: "Comentario al delito de malversación", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuter Aranzadi, 2012, p. 268: "Sobre el particular debe entenderse que la aplicación del tipo básico a estos supuestos solo será plausible en cuanto se equiparen los conceptos 'caudal' y 'mano de obra', entendida esta última como valor realizable económicamente (...) La duda radica, pues, en si lo que el funcionario ha de tener a su disposición es la mano de obra en sí misma o el valor económico de su adquisición (de la mano de obra), pues no parecen asimilables los supuestos en que, estando asignada la mano de obra a una finalidad concreta el funcionario la desvía a fines particulares, con aquellos en que la conducta del funcionario se constriñe a destinar los caudales al pago de la mano de obra utilizada en fines particulares".

mismo, en el sentido de que no queda claro si lo que se tutela es el poder disponer de la mano de obra o si lo tutelado es el valor económico que ella representa, además –en su caso– de la impropiedad de integrar la mano de obra entre los bienes muebles. Si bien, como bien inmaterial no es susceptible a una aprehensión física sí puede ser objetivamente considerado a través de la inversión dineraria que representa en un ente público. Es decir, si se observa el mismo desde el valor que representa para cualquier ente público como costo de la mano de obra, bien puede al ser desviado para lo que originalmente fue empleado, aplicarse el delito de malversación"[944].

Los derechos expectantes sobre caudales, principalmente dinero y bienes muebles, al igual que respecto a efectos específicos, siguen mereciendo debate en la doctrina[945]. Se ha considerado en tal orientación que no sería suficiente, no bastaría un derecho expectante abstracto si es que no se ha producido como mínimo un desplazamiento posesorio, no siendo la mera expectativa de recibirlos por parte de la Administración suficiente para considerar dichos bienes como públicos[946]; criterio que, sin embargo, no necesariamente excluirá la injerencia punitiva si dichos derechos son ya jurídica y procedimentalmente exigibles, no requiriéndose su ingreso físico en las arcas fiscales o públicas en general, para admitir hipótesis de peculado cuando, por ejemplo, el funcionario competente para requerirlas en cobro o percepción no los ingresa a la Administración y se apodera del dinero o los bienes sobre los cuales la entidad pública tiene legítimos derechos de percepción. Morales Prats y Morales García colocan el caso del funcionario de aduanas que en connivencia con el tercero, decide obviar el requisito de la liquidación a que este viene obligado y cuyo cobro le corresponde jurídicamente a aquel, permitiendo el paso y disfrutando ambos de la cantidad que a la Administración correspondería[947].

Son dogmáticamente inexactas y valorativamente desatinadas las críticas que efectúan Castro Moreno y Otero González[948] cuando se-

(944) Rojas Benítez, Olga: *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Salamanca, Ratio Legis, 2009.

(945) Al respecto, véase Castro Liñares, David: "Análisis de los elementos definitorios del ilícito penal de malversación. Un estudio con base en la venta de inmuebles por parte del Instituto de Vivienda de Madrid", en Puente Aba, María y Souto García, Eva: *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Comares, 2016, pp. 159 a 160.

(946) Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, cit., p. 144.

(947) Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar: *Comentario al delito de malversación*, cit., p. 271.

(948) Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar: "Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los Códigos Penales español y peruano", en *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo* (obra colectiva), Trujillo, Normas Legales, 2004, p. 607.

ñalan que resulta extraña la configuración del peculado en la legislación penal peruana al dar cabida a conductas que atentan contra la propiedad privada, siendo ello contrario a la esencia histórica romana del *peculatus* (ataque a la propiedad pública), lo que *puede explicarse,* según dichos penalistas, "*por las particularidades sociales y culturales imperantes en el Perú, y que, como es obvio, se escapan a nuestro entendimiento*". Más allá de cierto argumento lindante con la falacia de autoridad que puede inferirse de estas frases –sobre todo la última–, no es razonable acudir a un referente de historia mal posesionado cognoscitivamente y anacrónico para invalidar un diseño de peculado, superior al tipo penal español antes de su reforma de 2015, que construyó su delito de malversación de fondos con base en un término inadecuado como la "sustracción" de caudales o efectos por el funcionario público. Más aún si a partir de 2015, dicho tipo penal fue modificado para incluir con carácter sustitutorio (de los caudales y efectos) la frase "patrimonio ajeno", como objeto material normativo del delito –lo que permitió ampliar sus alcances– y anclarla en la conducta típica del delito común/especial de administración desleal del artículo 252 del Código Penal español, lo que permitió que la confusa –en este punto– doctrina española tuviera mejores elementos para precisar mejor los componentes de tipicidad objetivo-normativa del ilícito penal.

Efectos es igualmente un vocablo de ascendencia francesa que designa a los documentos, objetos y símbolos con representación económica o mercantil (cheques, letras de cambio, pagarés y demás títulos valores, bonos, estampillas, sellos, distintivos oficiales, símbolos de propiedad, consignaciones judiciales, giros postales, documentos electrónicos, etc.), de pertenencia o bajo posesión jurídica de la Administración Pública, no solo aquellos que tengan su origen en dicha administración. Al respecto, MORALES PRATS nos da la siguiente definición de *efectos*: «Lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero) igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración»[(949)]. La doctrina argentina nos ofrece, por su parte, una noción estricta o limitada del término "efectos", según la cual estos son "los valores de crédito", valores en papel (títulos, sellos estampillas) emanados del Estado o del Estado provincial o de las municipalidades, que representan valores económicos y que tienen carácter de negociables[(950)]; interpretación que tiene el defecto de circunscribir

(949) En QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., T. II, p. 1247. Los autores incluyen material de oficina como papel, bolígrafos, grapas, etc., generalmente no inventariables.

(950) CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 314.

los alcances de dicho componente del tipo a los públicos por origen y no así a los títulos valores de origen particular que se hallen en posesión o administración de los entes públicos.

El Código Penal peruano (artículo 387), al hacer referencia a los caudales y efectos –siguiendo la línea del artículo 346 del anterior Código de 1924– no ha agregado la adjetivación *«públicos»*, como sí lo hacían los artículos 394 y 432 del Código Penal español de 1973 y 1995, respectivamente; igualmente el Código Penal portugués, que en sus artículos 375 y 376 alude expresamente a apropiación de dinero o cualquier cosa mueble o inmueble, o animal, públicos o particulares. Ello permite con mayor fuerza argumentativa inferir que dichos bienes pueden ser estatales, públicos en sentido amplio o de particulares, siendo lo trascendente –en este último caso– que se hallen en poder de la Administración Pública en cualquiera de sus entidades.

Carecen de entidad penalmente relevante a título de "efectos", en tanto componente del tipo penal de peculado, objetos o documentos con solo valor y representación afectiva, las letras de cambio y documentos mercantiles sin ya valor patrimonial de representación en el mercado, libros contables o registros mercantiles, documentos administrativos o judiciales, todos por definición sin valor económico ni representación patrimonial convertible en el mercado de bienes.

Con el empleo de los verbos rectores del artículo 387 no resultan asimilables los derechos patrimoniales en abstracto, ni a título de caudales ni de efectos. Lo que sí ha despertado cierto debate es lo referente a la calidad apropiable (bajo el supuesto de peculado) de las energías y elemento con valor económico, vale decir, que la noción equiparada de bien mueble que es utilizada en el tipo penal de hurto sea también aplicable al tipo penal de peculado, frente a lo cual hay que responder positivamente afirmando dicha posibilidad para la conducta "utilización". De otro lado, no se protege con el delito de peculado aquellas cosas del orden público que carezcan de valor patrimonial: registros, padrones, libros contables, los objetos abandonados que hacen *res derelictae*, esto es, aquellos bienes de los cuales el Estado hace abandono. Resulta discutible que la apropiación de partes del cuerpo de los cadáveres sean objeto de protección mediante el delito de peculado, así los que son de propiedad de las facultades de medicina o de la Morgue u hospitales. En este último extremo, el Código Penal peruano no tiene norma expresa –a la usanza española, por ejemplo– que declare como tal.

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. Por ejecutoria suprema del 26/05/1998, Exp. N° 4174-96-Junín, se ha definido el término «caudal» como el dinero u otros objetos dotados de valor económico, mientras que se ha considerado que la palabra «efectos» comprende a los documentos de crédito, valores en papel, títulos, sellos, estampillas emanadas de entidad estatal, es decir, a los instrumentos que representan valores económicos y tienen, al igual que los caudales, naturaleza negociable; lo que guarda línea de coherencia con lo señalado en el Acuerdo Plenario 4-2005, en el sentido de que caudales son bienes, en general, de contenido económico, incluido el dinero; y efectos, todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. En síntesis, el esfuerzo conceptual de la Corte Suprema ha consistido en indicar que el caudal posee por sí valor económico, mientras que el efecto representa un valor económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico. Se nota en tales definiciones el interés jurisprudencial por lograr distinciones taxativas entre lo que es caudal y efectos. Cabe indicar que, en la dogmática penal española, antes de la reforma de 2015, existía ya la tendencia a eliminar el uso diferenciado de tales términos(951). Si bien puede resultar debatible la extrema amplitud del concepto "efectos" que utiliza la Corte Suprema vía acuerdo plenario, queda claro que el efecto no vale por lo que es, sino por lo que representa en el mercado de bienes.

En resumen, resulta dogmáticamente razonable tener una noción amplia de «caudal», que supere las restrictivas definiciones españolas algo confusas sobre este tema. Será caudal el dinero y los bienes materiales fiscalizados, aprehensibles o reconducibles, como también los inmuebles, mientras que constituirán «efectos» todos aquellos objetos que representan un valor patrimonial público, incluyendo aquí los títulos valores negociables. Queda así respondida la interrogante acerca de si el concepto «caudal» incluye a los inmuebles por naturaleza(952), de forma tal que existe, igualmente, un peculado por apropiación de bienes inmuebles, como un peculado por utilización de los mismos(953).

(951) Al respecto, véase Roca Agapito: *El delito de malversación de caudales públicos*, cit., pp. 118-120, donde se da cuenta de la orientación doctrinaria y jurisprudencial que apunta al empleo del término "caudal" con carácter comprensivo de "efectos". Ídem. Suárez Montes, Rodrigo Fabio: "La Malversación de caudales públicos", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 167: Por caudal se entiende todo objeto u efecto, bien mueble, dinero y valores negociables, que posean un valor económico apreciable, aunque no sea actual.

(952) Al respecto, véase Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª edición, p. 298, quien acepta dicha posibilidad.

(953) Tesis amplia de caudal que había asumido igualmente Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª edición, p. 348.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que se encuentra vinculado por razón del cargo, en cualquiera de los vinculadores jurídicos que la norma penal consigna –percepción, administración, custodia– y que sin que le asista derecho se apropia de los caudales o efectos, o los utiliza, con conocimiento de que son de pertenencia de la Administración Pública.

El delito de peculado por apropiación requiere de elementos subjetivos del tipo, esto es, el *rem sibi habendi*, o de querer de modo definitivo –sin posibilidad de devolución– la cosa para sí, y actuar como propietario *de facto –uti dominus–* del caudal o efecto al momento de la apropiación, lo cual configura un dolo directo en el que la voluntad de apropiación se halla optimizada(954). El dolo exigible para consumar el tipo es el dolo directo.

El delito de peculado doloso es, sin duda, un particular tipo penal doloso con elementos internos constitutivos de (su) tipicidad subjetiva que exceden el solo *rem sibi habendi* o el *uti dominus* para incluir el ánimo o intención de lucro, no necesariamente la obtención de lucro, que es un tema propiamente de agotamiento, en una buena cantidad de supuestos de hecho de este ilícito penal, no así cuando la apropiación del sujeto público vinculado está orientada a otras finalidades: la destrucción del bien o hacerse cobro de deudas del Estado.

El delito de peculado por utilización es igualmente doloso, requiriendo el tipo penal de intención de aprovechamiento. El sujeto activo dirige su comportamiento de conformidad a un *animus utendi*, que excluye el *rem sibi habendi* o voluntad de apropiación definitiva, sin que ello signifique, dada la naturaleza del delito de peculado, que no deba tener consigo *de facto* el caudal o efecto en posesión por cierto tiempo necesario para su uso ilegal. El *animus reddendi o redittus*, o voluntad de devolución o restitución que configura el peculado por utilización, en determinados casos no explícitos deberá ser objeto de probanza.

La posibilidad de error del funcionario o servidor acerca de la existencia de vinculación funcional por razón del cargo, en casos específicos de vinculación con el caudal o efecto, deja atípica la conducta. La posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, es decir, de atribuir responsabilidad culposa, puede que resulte impracticable, dado que

(954) No se habla necesariamente de propiedad estatal.

en el peculado culposo el autor funcionario/servidor no se apropia ni sustrae él el bien público; lo mismo sucede cuando el sujeto activo tiene una falsa o errónea representación mental acerca de la pertenencia del bien a la Administración Pública, el hecho será igualmente atípico por peculado. En ambos casos, sin embargo, queda subsistente el delito común de hurto o apropiación ilícita.

En el delito de peculado para otro, los componentes subjetivos son más complejos, pues el sujeto activo funcionario/servidor quiere el caudal, como bien o como uso, para tercera persona, existiendo en su comportamiento y voluntad, una tendencia interna que trasciende en la conducta típica del funcionario o servidor público vinculado.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Este delito de infracción de deber con elementos de dominio es de resultado y, en líneas generales, de enriquecimiento. En realidad, el bien jurídico se afecta de distintas maneras dada la pluriofensividad del delito, que van desde la producida generalmente al regular desenvolvimiento de la Administración, la correcta administración o gestión del patrimonio público, pasando por la preservación de los deberes profesionales y la confianza depositada por el Estado en los sujetos públicos vinculados, hasta verificar propiamente la afectación o perjuicio al patrimonio público en tanto disminución cuantitativa, o funcional disponible, del caudal o efecto, que es donde se produce propiamente la lesión al bien jurídico específico.

El peculado es un delito cometido desde dentro de la Administración Pública y se halla caracterizado por los destinos privados definitivos o temporales (peculado por utilización) que el sujeto público vinculado le da a los caudales o efectos, en una expresión de explícito abuso de poder y enriquecimiento o disfrute indebido e ilegales.

La consumación del peculado mediante apropiación se realiza instantáneamente al producirse cualquiera de los actos de disposición del caudal o efecto por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este de modo directo o mediante disposición jurídica, por acto propio o con el concurso de terceras personas (que actúan en calidad de partícipes), los expropia del patrimonio o acervo patrimonial de la entidad pública ocasionando un menoscabo o lesión patrimonial y efectúa sobre el caudal o efecto cualquier acto de disposición o de dominio *de facto* sobre el caudal o efecto. La apropiación del caudal o efecto, ya sea incorporándolo a su patrimonio personal o familiar, o desplazándolo al de terceros, supone la realización

de actos de disposición sin posibilidad de retorno, lo que se puede concretar en diversidad de formas(955).

No constituyen actos de disposición ni de utilización los incumplimientos funcionales, las simples omisiones o quebrantamientos de deberes de cautela de los caudales públicos, sin perjuicio de que dichos comportamientos se hallen recogidos ya en el delito 377 del Código Penal o merezcan valoraciones de relevancia administrativa(956).

Cualquiera de las tres modalidades de posesión del patrimonio público que admite la norma –percepción, administración o custodia– es idónea para la apropiación o la utilización, es decir, cualquiera de dichos sujetos vinculados se halla en una especial vinculación funcional para consumar el delito como consecuencia del quebrantamiento de los deberes del cargo, función o atribución.

La consumación del delito de peculado en su modalidad de utilización –para sí o para tercero– se produce a través del empleo o aprovechamiento del bien (caudal o efecto), subseguida de su devolución (bien mueble) o restitución (bien inmueble) al patrimonio público. En el peculado por utilización, siempre se producirá un mínimo de apropiación fáctica que es el que posibilitará el uso o empleo en fines distintos a los públicos u oficiales y que obviamente coloca en indisposición el bien o caudal para los fines públicos o institucionales. Apropiación mínima sin voluntad de apoderamiento definitivo y con ánimo de devolución o restitución del bien, que, por lo general, es más perceptible con los bienes muebles, por la circunstancia de la separación física del caudal, pero igualmente con los bienes inmuebles. En esta modalidad de peculado no hay actos de disposición, sino de aprovechamiento de los destinos o aplicaciones que permite el bien, lo que, sin embargo, trae un problema puntual a la interpretación, en la medida que ese aprovechamiento le reporte al funcionario o servidor un lucro o ganancia económica que no es ingresada a la Administración o es obtenida por el tercero. El funcionario usa los locales públicos para fines religiosos, alquila las instalaciones deportivas de la entidad pública o los depósitos para guardar por temporadas bienes de particulares, sin estar

(955) Véase *supra*, p. 713.

(956) Al respecto, véase, la ejecutoria suprema del 14/05/ 2010, R. N. N° 838-2009-Junín, Sala Penal Permanente: "Uno de los elementos típicos más importantes del delito de peculado es el acto de apropiación de caudales que realiza el funcionario público ya sea para sí o para otro (...). Que en cuanto al incumplimiento de la obligación de velar por el correcto desarrollo y ejecución de las obras –por más que los agentes estén obligados a ello– no puede derivarse directamente una conducta abarcada por el delito de peculado, puesto que esta figura delictiva requiere el provecho propio o de tercero generado del patrimonio público.

autorizado ni existir resolución o normativa que lo permita, y el pago por el alquiler lo ingresa a su peculio. Hay que considerar que esa ganancia indebida que es producto del aprovechamiento ilegal del bien se halla en los alcances de agotamiento del peculado por utilización, que en definitiva es también un delito de lesión a los intereses patrimoniales del Estado o, acaso, el fruto pecuniario del alquiler que es apropiado configuraría un concurso ideal de delitos de utilización y apropiación de peculado. El tema se presta a la opinión, a mi criterio considero que la primera respuesta es la correcta, ya que el agente no se apropia del bien, sin que sea obstáculo alguno la incautación/comiso de la ganancia o fruto del delito.

No podrá reputarse consumado el peculado por utilización, cuando el uso del bien público para fines privados está permitido por la norma jurídica o autorizado por autoridad o funcionario competente. Práctica administrativa que suele ocurrir con cierta frecuencia en determinadas reparticiones públicas, que generalmente alquilan su infraestructura o bienes muebles, pues no habrá en tales casos apropiación ni utilización para sí o para terceros de forma ilegal o prohibida.

La precisión del momento consumativo supondrá así la presencia del binomio desapoderamiento y actos de disposición mediante actos de dominio, en el peculado de apropiación, y actos de desapoderamiento relativo y actos de disfrute-devolución en el peculado mediante utilización. En ambos casos, el delito produce perjuicio patrimonial, determinado y mensurable a la Administración Pública, con menor intensidad en el peculado por utilización. Perjuicio o afectación patrimonial-funcional que usualmente es acreditado vía informes técnicos periciales contables y de otra naturaleza. En ambos casos, igualmente, la actividad probatoria resultará decisiva para acreditar el *uti dominus*/actos de disposición o el *animus utendi/reddendi*, frases jurídicas latinas cuya capacidad cognitiva y sintética son bastante elocuentes y útiles en ambas modalidades de peculado.

No es tan correcta la tesis que suele efectuar una taxativa diferenciación entre peculado por apropiación, que genera perjuicio patrimonial, y peculado por utilización, donde el perjuicio o lesión al patrimonio público inexiste, al ser un delito de simple actividad. El perjuicio puede estar presente también en esta segunda modalidad de peculado, dependiendo de las características, duración e intensidad, y otras circunstancias que rodean a la utilización o uso, lo que por igual hará necesario en determinados casos el concurso técnico de pericias técnicas, que le permitan al fiscal y juez dimensionar la lesión y fijar la reparación civil. Incluso cabe hablar de perjuicio o lesividad en sentido funcional cuando la entidad pública no dispone del caudal para los fines previstos legalmente, lo que le genera

por igual un perjuicio mensurable. En suma, perjuicio por disminución o merma patrimonial, como igualmente perjuicio por indisponibilidad del bien mueble, inmueble o efecto.

Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero (persona natural o jurídica), la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues en dicho momento ya previamente el funcionario o servidor público se ha apropiado de los caudales o efectos y, por lo mismo, consumado el delito(957). Se ha señalado que se tornan irrelevantes las motivaciones del funcionario público con relación al traslado del caudal al poder del tercero o el otro del tipo penal, a quien se le enriquece o se le otorga un provecho no debido legalmente. Como bien ha precisado la jurisprudencia penal española, es indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades son ajenas al tipo. (STS N° 797/2015, del 24 de noviembre). Sin embargo, la relevancia penal de los actos del "otro", ya en calidad de cómplice o receptador, se sujeta a las reglas de la parte general, para el primero, y del tipo penal 194 con la circunstancia agravante (bienes de propiedad del Estado) establecida en el artículo 195 del Código Penal, para el segundo. En cualquiera de dichas hipótesis, la responsabilidad penal del "otro", en estricta vinculación al principio de legalidad y culpabilidad por el acto –no por responsabilidad objetiva– deberá estar igualmente acreditado bajo las reglas de la teoría del delito.

La jurisprudencia penal peruana ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la impropiedad de que actos posconsumativos comisivos u omisivos configuren delito de peculado(958).

Puede ocurrir, en el delito de peculado, que en la vía civil o administrativa se acredite, a través de cuestiones prejudiciales, la naturaleza pública del patrimonio –en situaciones complejas para su determinación en el caso de sociedades públicas mercantiles o en aquellas de economía mixta– de ser necesario ello, esto ante la deficiencia de la investigación previa y de la ausencia de aportes técnicos al respecto. Lo mismo sucede con las cuestiones previas. En ambos casos, la legislación no ha supeditado el éxito del proceso penal a dichas acciones, pero ello queda en función de las exigencias de razonabilidad del caso.

(957) Véase Francisco Rodríguez, Heydegger: "El otro en el delito de peculado doloso", en *Gaceta Penal*, Tomo 26, agosto, 2011, Lima, Gaceta Jurídica, p. 49: el *extraneus* no se apropia, el que se apropia normativamente es el *intraneus*, porque solo este tiene competencia funcional.

(958) Véase ejecutoria suprema del 30/10/2008, R. N. N° 1513-2008-Lima.

Es inherente al delito en su modalidad apropiatoria la existencia de un querer actuar como propietario de un caudal o efecto que se quiere para sí (*el rem sibi habendi*) y que el agente sabe no le pertenece y, más aún, que es patrimonio público. La verificación de la apropiación supondrá constatar los actos de disposición efectuados por el sujeto activo y/o la incorporación ilegal del caudal o efecto al patrimonio personal del sujeto público, no bastará demostrar el desmedro patrimonial, pues este puede tener distintas etiologías que van desde un manejo desordenado o negligente de la cosa pública o la falta de profesionalismo en la administración, percepción o custodia, que configurarán ámbitos administrativos de anomalías, o por acción de factores de fuerza mayor o la comisión de delitos comunes de hurto, robo o estafa(959).

Los requerimientos al sujeto vinculado, orientados a que entregue o coloque el caudal o efecto a disposición de la entidad pública, también abonarán para demostrar la voluntad de apropiación del sujeto activo. En la modalidad de "utilización", esta constituye un supuesto de hecho objetivo que no debe presumirse, sino demostrarse con actos dirigidos a tal efecto (devolución o restitución del bien).

El tipo de peculado por apropiación no requiere que necesariamente se produzca o materialice, para consumar el delito, el provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, salvo que en vía de interpretación se considere que la incorporación al patrimonio sea una modalidad de provecho. Sin embargo, el provecho o la concreción del lucro, pese a no ser requerible en tanto componente del tipo, es un dato objetivo-subjetivo que acompaña al peculado, tanto si es para el funcionario o servidor mismo como si va en definitiva a terceras personas. Verificar la existencia de provecho para el sujeto público representa en el proceso del *iter criminis* una fase de agotamiento que a efectos de tipificar el delito resulta poco relevante.

El delito admite comisión mediante formas continuadas, al concurrir los requisitos de unidad que exige la teoría del delito continuado. En tal supuesto, no existen varios delitos, sino uno solo en unidad jurídico-temporal de acción, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 48 del Código Penal.

(959) Al respecto, CATALAN SENDER, Jesús, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo español: no debe confundirse , la sustracción de caudales públicos con la mera anarquía, desbarajuste insólito, desorden total y caos en la llevanza de la contabilidad municipal, a no ser que se aproveche de estos el funcionario y se apropie de fondos públicos, en cuyo caso su conducta sí será susceptible de incardinación en este tipo penal, en *Los delitos cometidos por autoridad y funcionarios públicos*, cit., p. 254.

Las formas de tentativa inacabada o frustrada, de tentativa acabada y desistimiento, son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional, la objetividad y profesionalismo del sujeto público vinculado, así como la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión, y en las modalidades de tentativa en tanto peligro de lesión.

IX. PENALIDAD

- *Peculado doloso básico*: pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años más inhabilitación de 5 a 20 años, conforme al artículo 36, numerales 1, 2 y 8, 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 pertenencia a organización criminal, destino de los caudales y por monto superior a 10 unidades impositivas tributarias de lo apropiado o utilizado*: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años más inhabilitación perpetua, conforme al artículo 36, numerales 1, 2 y 8. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- *Peculado doloso agravado por la finalidad asistencial de los bienes públicos, de programa social o inclusión social*: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años e inhabilitación perpetua. 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. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 150 a 230 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

X. ASPECTOS PUNTUALES DE ANÁLISIS

1. La amplitud del concepto «caudal»: inclusión de los bienes inmuebles

Nuestro Código Penal en su fórmula de peculado doloso emplea los verbos rectores: apropia y utiliza. Naturalmente que a simple vista pareciera contradictorio con el uso correcto del lenguaje considerar que el peculado doloso por apropiación incluya también a los bienes inmuebles (edificios, fincas rústicas, agrícolas, ganaderas, etc.), por cuanto estos, jurídico-penalmente hablando, no podrían ser susceptibles de apropiación, modalidad de apoderamiento propio de los bienes muebles; razonamiento que, sin embargo, se flexibiliza si tomamos cuenta que el Código Penal utiliza ya el término apropiación para dar cuenta del delito de usurpación de inmuebles, y que en el objeto material del peculado la norma ha empleado el término genérico caudal, y no como otras legislaciones que hacen uso de la locución «bien mueble» (artículos 375 del Código Penal de Portugal y 314 del Código Penal de Italia, que regulan la figura de peculado doloso), con lo que en vía de uso legal punitivo queda respondida la interrogante, siendo por lo demás una hipótesis de realización concretable. Por lo demás, como ya ha sido sostenido, el significado del verbo rector «*utiliza*» resulta perfectamente aplicable tanto a muebles e inmuebles.

Si se entiende que es objeto de la norma penal cautelar el patrimonio público en sentido amplio, no existe razón que impida la imputación de responsabilidad penal al funcionario o servidor público que utiliza, por ejemplo, un fundo del Estado o en poder del Estado para sus fines personales, o al que utiliza locales públicos para fiestas privadas lucrativas. El concepto caudal encierra, así, tanto bienes muebles e inmuebles(960). Dificultades de interpretación que se allanan también para tipificar la conducta del funcionario que registra propiedades públicas a su nombre o de terceros, o del que efectúa transferencias no autorizadas de inmuebles del Estado, etc.(961).

2. La agravante por la cuantía y el valor de lo apropiado

El Código peruano, luego de la reforma producida por la Ley N° 29703 (junio de 2011), introdujo la circunstancia de la cuantía para agravar el

(960) Véase PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 166, quien sostiene idea contraria.

(961) Habiéndose admitido la tesis que el elemento «caudal» incluye también a los inmuebles y, por lo tanto, cabe un peculado de apropiación de bienes inmuebles además de peculado de utilización, se deja constancia que en ediciones anteriores se había optado por problematizar el tema considerando la no inclusión de los inmuebles en el concepto caudal.

delito, que pese a la derogatoria que produjo la Ley N° 29758, sin embargo, dejó intacta dicha circunstancia.

Constituye delito de peculado doloso agravado por apropiación o utilización el hecho de que el valor del caudal o efecto apropiado o utilizado supere las 10 unidades impositivas tributarias, lo que trae como consecuencia que la pena se eleve al rango de 8 a 12 años, circunstancia que deberá ser de conocimiento del sujeto público, esto es, deberá conocer el monto pecuniario del caudal o efecto que se propia o utiliza para que se configure esta modalidad agravada. Esta incorporación fortaleció la tesis que postula que el bien jurídico principal es la protección del patrimonio público y permitió a la jurisprudencia, que había enfatizado los deberes de lealtad, reformular sus desarrollos jurisprudenciales(962).

Cabe indicar que la incorporación de cuantías en el tipo penal va a tono con la tendencia en los Códigos Penales europeos –principalmente Alemania, Suiza, Austria y España– a patrimonializar el peculado, ya sea estableciendo montos que atenúan o agravan la pena (por ejemplo, el Código Penal español de 1995 establece tres niveles de pena dependiendo de si el valor del perjuicio o lo apropiado es inferior a 50,000 euros, superior hasta los 250,000 euros o superior a dicha cantidad, con pena de prisión graduable de 4 a 8 años), o a trasladarlo a la esfera de los delitos comunes (por ejemplo, el Código Penal alemán y suizo). En el caso del artículo 397 del Código Penal de Colombia, el peculado tiene igualmente tres niveles dependiendo del valor en dinero de lo apropiado: si es superior a 200 salarios mínimos legales, entre 200 y 50 salarios, inferior a 50 salarios. El artículo 375 del Código Penal de Portugal posee un tipo penal de peculado atenuado cuando el valor de lo apropiado es diminuto, castigando con pena alternativa de prisión de hasta tres años o multa.

(962) Ejecutoria suprema del 30 de junio de 1992 (*Normas Legales*, enero, 1996, p. J-26). Véase también ejecutoria suprema de 3 de julio de 1991, Exp. N° 1141-90-Loreto: "Por la naturaleza del delito de peculado, ni el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contempla la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito" (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 247); ejecutoria suprema de 21 de diciembre de 1990: "El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual, para su calificación como tal, no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial" (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 141); ejecutoria de 15 de marzo de 1994, Exp. N° 527-92-B-Lima: "En el delito de peculado el bien jurídico protegido es la Administración Pública y por tal naturaleza no puede estar sujeta a competencia por razón de la cuantía ni ser considerada como faltas contra el patrimonio, no obstante que el monto del perjuicio patrimonial, por la conversión del signo monetario actual, hubiera devenido en suma exigua" (*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-15). Véase Sumillas de Jurisprudencia.

Las apropiaciones de bienes de escasa entidad patrimonial siempre han generado debate y propensión a destacar su mínimo nivel de relevancia penal, al punto de activar principios de *ultima ratio* y fragmentariedad. En efecto, en el ámbito de las **apropiaciones de bagatela**, esto es, de los apoderamientos de bienes públicos de valor patrimonial exiguo (grapas, hojas de papel, bolígrafos, medicinas de hospitales públicos, títulos valores con cantidades minúsculas, jarras eléctricas, fracciones deleznables de impuestos, etc.), es discutible sean imputables a título de peculado, no sobre la base de criterios formales, pues desde esta perspectiva son coherentemente abordables por dicho delito al no existir limitación normativa, sino en función de los principios que orientan el Derecho Penal peruano (mínima intervención, *ultima ratio*, subsidiaridad), que posibilitan acudir a otras vías más acordes y eficaces de solución a injustos de minúscula o imperceptible lesividad. Lo discutible de llevar a la vía penal estos hechos se fundamenta, además, en criterios de insuficiente afectación al bien jurídico protegido y con base en la observancia de la vía administrativa disciplinaria como mecanismo componedor(963). Obviamente, que calificar la exigüidad de la apropiación puede que reporte algunos problemas de valoración. Pero lo que sí queda fuera de duda es la imposibilidad de imputar peculado cuando el objeto apropiado carece de valor pecuniario, es decir, si su valor patrimonial es nulo; opinar en contrario implicaría la vigencia de un Derecho Penal máximo no acorde con el principio de insignificancia que regula y filtra los tipos penales con fuerte ingrediente patrimonial, tal y como lo es el peculado(964).

La Corte Suprema tuvo oportunidad de desarrollar importantes criterios jurisprudenciales sobre insignificancia del apoderamiento, mínima lesividad y fragmentariedad, entre otros, en el caso conocido de "las cuatro hojas de papel bond", cuando absolvió –revocando la sentencia condenatoria conformada– al asesor de la Universidad Nacional de Huancavelica que se había apropiado y utilizado, en un escrito de defensa penal, cuatro hojas que llevaban el membrete de la universidad(965). Precisó dicha ejecutoria lo siguiente: "(i) Uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquellos que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general; (ii) carece de sentido la intervención del

(963) Sobre este tema véase en forma pormenorizada, Catalán Sender: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., pp. 255 y 256.

(964) Véase Heredia Obregón, Dante: "La insignificancia en el peculado. Panorama jurisprudencial y dogmático", en *Gaceta Penal*, Tomo 101, noviembre, 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 177 y ss.

(965) Ejecutoria suprema de fecha 29/01/2013, R. N. N° 3763-2011-Huancavelica, Sala Penal Permanente.

Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un "mal menor", como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad; (iii) no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario; (iv) el comportamiento del recurrente de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica para interponer recurso de apelación, es una conducta reprobada jurídicamente, porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría jurídica de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una perturbación que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho Penal mediante la pena; (v) 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, en atención al principio de *ultima ratio*, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por delito imputado". Igualmente, precisó en la ejecutoria suprema del 10/01/2013, R. N. N° 1336-2012-Apurímac, que no podía constituir peculado ni malversación de fondos apropiaciones exiguas de fondos públicos(966).

(966) "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° 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. Incluso con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N° 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 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 bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad 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". Ejecutoria suprema del 10/01/2013, R. N. N° 1336-2012-Apurímac, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Miguel REALE JÚNIOR da cuenta de las vicisitudes del principio de insignificancia o de bagatela en el delito de peculado, en la jurisprudencia brasileña, entre posiciones formalistas (que la declaran inviable, al tutelar el peculado, además de aspectos patrimoniales, la moral administrativa) y de *ultima ratio* (que la admiten en tanto causa supralegal de exclusión de tipicidad material, con base en la escasa intensidad de la lesión al bien jurídico), que ha llevado a dicha judicatura a adoptar acuerdos jurisprudenciales al respecto. Nos dice REALE JUNIOR, resumiendo dicha jurisprudencia, que cada caso debe ser analizado particularmente, con base en razonabilidad y justicia en el propio sentido de la norma: es posible aplicar el principio de insignificancia en el delito de peculado, siempre que se den los siguientes requisitos: (a) ínfima expresión económica; (b) rápida e integral reparación del perjuicio; (c) inexistencia de violación de vectores fundamentales de la Administración Pública; (d) imposición de sanción en el ámbito administrativo(967).

Por lo mismo que es discutible la represión penal de las apropiaciones exiguas, debería reformularse político-criminalmente el tipo penal de peculado en función de las apropiaciones de ingentes cantidades de caudales públicos, ofreciendo tipos agravados o aplicando la técnica de circunstancias agravantes en base a montos apropiados de dinero de mayor cuantía que los haga proporcionales con las penas establecidas en los tipos agravados, no siendo a esta altura las 10 UIT referente pecuniario proporcional con la pena. En esta orientación, tanto el Código Penal español, colombiano como los de México, España y Chile, que adoptan regímenes de cuantías de lo apropiado o sustraído por el funcionario o servidor público, ofrecen interesantes modelos a evaluar. La tendencia registrada en la doctrina y jurisprudencia comparada actuales, de enfatizar el carácter patrimonialista del bien jurídico en este delito, abona esta posición, asumida ya en otras legislaciones penales.

3. Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos

El artículo 387 del Código Penal peruano no exige como condición que los bienes objeto del comportamiento peculador sean de propiedad del Estado o de pertenencia de las entidades públicas. Puede tratarse de bienes (caudales: dinero, artefactos, mercancías, inmuebles, etc.) y efectos (distintivos, símbolos, objetos con representación formal económica, etc.) de propiedad de particulares, pero que, por determinadas vinculaciones

(967) REALE JÚNIOR, Miguel y WUNDERLICH, Alexandre, *Direito Penal. Jurisprudencia em debate, Crimes contra a Administração pública e Crimes contra a Administração da justica*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2013, p. 17.

jurídicas (depósitos, legados sometidos a condición, fideicomisos en los que una entidad pública actúa de fideicomisario o entidad fiduciaria) o de hecho (requisas, decomisos, incautaciones, embargos, etc.), se hallan en poder de la Administración Pública en calidad de posesión o custodia o se hallan en el circuito de las diferentes entidades públicas destinados a servicio institucional o interés general, en depósito o incautación. Al respecto, no existe mayor problemática de cuestionamiento. Así, la ejecutoria suprema del 21/10/2009, R. N. N° 4630-2008-Ica: "Cabe mencionar que los dineros administrados por el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social y que fueron entregados al Núcleo Ejecutor del Proyecto Canal Carnasapampa, sin interesar que sean provenientes del Estado o de particulares con motivo de donaciones, resultan tutelables por el tipo penal de peculado, en rigor porque pasaron a la esfera de dominio de esta institución estatal, o porque en su defecto esta tiene o mantiene un legítimo derecho expectante sobre los mismos".

Si bien el artículo 387 no habla de patrimonio público; sin embargo, dicha frase ha ganado ya consenso en el discurso jurídico e ingresado a varias Constituciones del contexto comparado. En el caso del Código Penal español, los delitos de malversación toman como referente, precisamente, al patrimonio público.

4. La importancia de la pericia técnica de valorización y el perjuicio en el delito de peculado

Constituye ya una orientación o lineamiento jurisprudencial definido el hecho de considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia contable(968). Al respecto, es importante tomar en cuenta lo precisado en la ejecutoria suprema del 25/02/2014, R. N. N° 1896-2013-Madre de Dios, Sala Penal Permanente, en la que se indica que el informe de auditoría interna no constituye prueba preconstituida, teniendo valor determinante para el inicio de las acciones legales, pero no es una prueba que acredite plenamente la comisión del hecho

(968) Así, la ejecutoria suprema del 19/03/2009-Tacna R. N. N° 2028-2007, Sala Penal Permanente; ídem, la ejecutoria suprema del 04/04/2012-Huanuco R. N. N° 591-2012, Sala Penal Transitoria. Véase también la Sentencia de Casación N° 1004-2017-Moquegua, del 26/07/2018, Sala Penal Permanente: *"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 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 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"*. Véase sobre las pericias, *supra*, p. 558 y ss.

incriminado, debiendo ser sometido a contradicción. Asimismo, la ejecutoria suprema del 09/03/2010, R. N. N° 4568-2008-Huánuco, Sala Penal Transitoria, que, reconociendo la calidad de prueba preconstituida del informe de contraloría, en tanto prueba de parte, hace la misma precisión respecto a que, pese a su importancia, no es suficiente ni determinante para establecer la responsabilidad del agente, requiriéndose en cambio de un peritaje contable oficial que determine con exactitud si existió o no perjuicio económico.

La Corte Suprema, en los delitos de peculado por apropiación ha fundado la importancia de la pericia valorativa sobre la base de las siguientes razones: **a)** permite determinar la existencia de los bienes; **b)** posibilita apreciar el destino de los mismos; y **c)** permite establecer diferencias entre lo que ha ingresado con las salidas(969). La importancia de las pericias técnicas –una de ellas la de valoración contable– quizás en el peculado la principal por el objeto de la misma, es determinante, dado que los caudales o efectos expropiados ilegalmente por el sujeto público vinculado constituyen el objeto material de protección, convirtiéndose, por lo mismo, dicha pericia en medio probatorio decisivo para acreditar el desmedro económico sufrido por la entidad pública.

De las conclusiones de la pericia contable y de la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustentan dependerá la existencia del aspecto material (perjuicio) del delito de peculado de apropiación. Al ser el delito de peculado un ilícito penal relacionado con caudales o efectos, esto es, con el patrimonio púbico, se entiende entonces el interés de acreditar este componente implícito y derivado del comportamiento del sujeto activo. En el caso del peculado por utilización, la jurisprudencia ha indicado ser no necesaria(970), asunto que no siempre es así de simple, pues

(969) En tal sentido, la ejecutoria suprema de 1 de julio de 1998, Exp. N° 4631-97-La Libertad (Sala C). Véase también la ejecutoria suprema de 24 de junio de 1997 (Sala C), Exp. N° 1303-96, Callao: Pericia contable que concluye no existir monto alguno de perjuicio, no haber mérito para pasar a juicio oral; ejecutoria suprema de 8 de marzo de 1993, Exp. N° 187-92-Cusco: "En los delitos de peculado, y más tratándose del Estado, la pericia contable es la que precisa si existe o no la infracción" (*Normas Legales*, marzo, 1996, p. J-30); ejecutoria suprema de 16 de enero de 1998, Exp. N° 493-97-San Martín, donde los informes técnicos y la pericia de valorización de la obra determinaron que se desvanecieran los cargos de deficiencias en el control de calidad de la obra y compras de materiales imputados contra los representantes de la Agencia Municipal del Centro Poblado de Naranjillo; ejecutoria suprema de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 791-97-Apurímac, donde la pericia contable determinó la acreditación del delito de peculado, al existir gastos no justificados por los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Antabamba; ejecutoria suprema de 7 de octubre de 1997, Exp. N° 591-96, La Libertad, que declara "no haber mérito para pasar a juicio oral al no haber auditoría ni pericia contable".

(970) Véase Sentencia de Casación N° 131-2016-Callao, del 21/03/2017, Sala Penal Transitoria.

la depreciación del bien o el probable perjuicio que resulte de su uso requerirá igualmente de periciamiento técnico.

Si la pericia técnica no arroja resultado de perjuicio económico para los intereses patrimoniales públicos, no estará acreditado el delito. Al igual que para el delito de colusión defraudatoria, también en el peculado el valor de la pericia es determinante. Todo ello obviamente dando por sentado la existencia de comportamiento doloso, pues en modo alguno puede la objetividad de los informes contables pasar por encima o suprimir el elemento subjetivo del delito, pues se trataría de imputar responsabilidad penal con base en criterios de responsabilidad objetiva, lo cual sería absolutamente desatinado.

Sin embargo, ratificando la variada línea jurisprudencial que exhiben, para determinadas temáticas propias del peculado, las salas penales de la Corte Suprema, existen ejecutorias que se han encargado de sostener la no necesidad de pericias técnicas, las que solamente tendrían sentido cuando las circunstancias lo ameriten(971), asunto que se somete a la complejidad o sencillez del caso, pues como resulta obvio, la apropiación de una tableta electrónica, de cuya acreditación de prexistencia e incorporación en el padrón patrimonial de la entidad pública, probablemente no requiera de periciamiento técnico contable para determinar el desmedro patrimonial.

XI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN(972)

El tema de la participación de sujetos especiales y particulares en el delito de peculado(973) es una temática que presenta hipótesis de tratamiento jurídico variadas. Así:

a) El funcionario o servidor que no está vinculado funcionalmente por razón del cargo –por cualquiera de los tres vinculadores

(971) Véase ejecutoria suprema del 23/04/2014-Ayacucho, R. N. N° 484-2014, Sala Penal Permanente.

(972) La tesis de que los particulares (los *extraneus*) que contribuyen con actos de complicidad no pueden ser imputados a título de cómplices de peculado obedece al criterio de que el peculado es fundamentalmente una infracción, un quebrantamiento del deber de fidelidad a la función más que una lesión al patrimonio público, careciendo los particulares de calidad funcional imputable. En tal sentido se halla la ejecutoria suprema de 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B-Áncash (que considera que el particular no puede ser cómplice del delito de peculado, pues no reúne la calidad de funcionario ni de servidor público) y la ejecutoria suprema de 17 de diciembre de 1985 (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 326). En sentido distinto, la ejecutoria suprema de 8 de julio de 1980, Exp. N° 2470-79-Ica, considera a los concurrentes en el delito de peculado, autores y cómplices de un mismo y único ilícito penal: el de peculado.

(973) Véase interesantes reflexiones sobre este punto en Alcócer Povis, Eduardo: «La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya», en *Actualidad Jurídica*, N° 142, setiembre, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 73 a 76.

jurídicos de la posesión: percepción, administración o custodia– y que se apodera de caudales y/o efectos públicos no puede ser autor ni coautor del delito de peculado, dado que no son los deberes del cargo, función o atribución específica los que le vinculan jurídicamente con el caudal o efecto(974). Responderá a título de hurto, apropiación ilícita o estafa, de existir en esta tercera hipótesis delictiva maniobras fraudulentas que induzcan a error a los funcionarios de la entidad pública.

b) Los funcionarios y servidores públicos sin vinculación funcional que conjuntamente intervienen en el delito con otros funcionarios o servidores públicos que poseen vinculación con los caudales y efectos por razón del cargo, ejecutando materialmente ambos la conducta material típica, responden penalmente con base en la tesis de la unidad del título de imputación por el mismo delito, esto es, por peculado doloso, pero con títulos distintos de intervención: partícipes cómplices de peculado los primeros, autores o coautores los segundos.

La **coautoría, en peculado,** de los sujetos públicos vinculados está condicionada a que, en la acción de dos o más funcionarios o servidores vinculados por razón del cargo concurran las mismas atribuciones o competencias en función del caudal o efecto público administrado, percibido o custodiado. El funcionalismo normativista de JAKOBS y seguidores considera que no es posible coautoría en delitos de infracción de deber(975). Sin embargo, ROXIN asume la posibilidad de que ella acontezca cuando se produce "quebrantamiento conjunto de un deber común". Sostiene ROXIN que "el ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues solo cabe hablar

(974) Véase al respecto la Sentencia de Casación N° 1500-2017-Huancavelica, del 15/05/2019, Sala Penal Permanente: "El delito de peculado es uno de infracción de deber –más específicamente, un delito especial de infracción de deber–. Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada".

(975) JACOBS, Günter: Derecho Penal. Parte general, cit., p. 791; idem FIGUEROA ORTEGA, Yván: Delitos de infracción de deber, cit., p. 45. Véase la ejecutoria suprema del 16/08/2016, R. N. N° 615-2015-Lima, Sala Penal Permanente, que considera que no es admisible coautoría en delito de peculado con base en el criterio de que la lesión del deber es personalísima; argumento correcto en parte y, en otra parte, erróneo, que se sustenta a su vez en un criterio académico que desconoce las características de funcionamiento de la Administración Pública, donde varios funcionarios o servidores a veces participan del mismo deber.

de carácter conjunto en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber"[976].

La posibilidad de admitir un régimen separado de calificación legal por los aportes ejecutivos y subjetivos, los primeros a título de delito común, los segundos de delito funcionarial de peculado doloso, ha sido una propuesta minoritaria, bastante atractiva y menos gravosa, por cierto, que tuvo seguidores en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero que al no conciliarse con el principio de accesoriedad propia de la complicidad, ha sido objeto en la legislación peruana de una regulación puntual a través de la reforma del artículo 25 del Código Penal –que regula la complicidad– al serle incorporado un tercer y último párrafo que formaliza y legaliza la tesis de la unidad del título de imputación.

c) Los funcionarios y servidores públicos sin vinculación funcional que contribuyen con aportes secundarios o de auxilio, es decir, con actos de colaboración prescindibles, responden a título de complicidad en el delito de peculado de los funcionarios y servidores vinculados funcionalmente. Los funcionarios o servidores en igualdad de situación que en fase preparatoria aportan datos, informaciones o contribuyen con algún elemento facilitador de gran importancia para la ejecución del delito, en fase preparatoria, se constituyen en cooperadores necesarios. La hipótesis de aportes múltiples de complicidad primaria y secundaria resulta absorbida por la complicidad primaria. El dominio del hecho en un delito de infracción de deber propio –como lo es el peculado– por parte del no vinculado (sujeto público o particular) no lo convierte en autor del delito ni en cómplice primario, si nos atenemos a la estructura de significación de esta forma de participación, que solo puede operarse en fase preparatoria. Será un cómplice secundario, en la estructura relacional de un delito de infracción de deber.

d) Los particulares que determinan al funcionario o servidor vinculado por razón del cargo a la comisión de un delito funcionarial específico (peculado, cohecho pasivo propio u otro) responden a título

(976) Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 347-348; ídem, Roxin, Claus: *Täterschaft und Thaterrschaft*, 10 Auflage, Berlín, De Gruyter, 2019, p. 398: "Erstreckungsbereich der Mittäterschafts schrumpft infolgedessen erheblich zusammen; den von einer Gemeinsamkeit in diesen Sinne kann man nur sprechen, wenn mehrere Personen in ein und derselben Pflichtbindung stehen. Mittäterschaft scheidet also aus, wo eine Verpflichtung sich ihrer Natur nacha uf die Einzelperson beschränkt".

de instigadores o determinadores (artículo 24 del Código Penal). Si su aporte no tiene el nivel de influjo psicológico requerido por la instigación, pueden ser considerados cómplices secundarios, de haber estado ya el sujeto público vinculado decidido a cometer delito. De ser escasamente significante su aporte, el mismo no adquirirá relevancia penal. Igual tratamiento reciben los funcionarios o servidores públicos que instigan al funcionario o servidor público vinculado(977).

e) Los particulares (*extraneus)* que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente responden a título de complicidad en el delito de peculado, la misma que puede ser secundaria o primaria. Acertadamente la jurisprudencia de la Corte Suprema establece que la complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de la preparación del hecho hasta antes de la consumación. "La complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser un colaborador necesario o primario cualquier funcionario o servidor público o un particular, a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito"(978). Sin embargo, siempre hay que remarcar que no habrá complicidad penalmente relevante si los actos del autor o coautores del delito no cumplen con el requisito cualitativo de configurar un hecho típico y antijurídico (un ilícito penal) y con el requisito cuantitativo de haber accedido como mínimo a la fase de tentativa del delito, con lo que el cómplice de un acto preparatorio de autor no será de interés para el ius *puniendi.*

La incorporación de un tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal(979) no elimina la diferenciación entre las dos modalidades de complicidad, solo precisa el título de imputación del delito funcionarial aplicable tanto a sujetos cualificados y *extraneus.*

f) No cabe admitir la tesis de autoría mediata imputable al funcionario o servidor no vinculado funcionalmente o al *extraneus* particular,

(977) Véase *supra*, p. 116 y ss.

(978) Sentencia de Casación N° 102-2016-Lima, del 11/07/2017, Segunda Sala Penal Transitoria, fun. jur. 18.

(979) 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.

en tanto estos utilicen como instrumento al funcionario o servidor público vinculado para que ejecute el delito. La imposibilidad de constituirse en autores mediatos deviene de su falta de condición funcional vinculada por el cargo y, por lo mismo, de la imposibilidad de infringir deberes especiales, requisitos exigidos por el tipo penal de peculado para poder hablar en propiedad de autor o coautores. Igual situación se presenta en el caso de los *extraneus* particulares.

Los funcionarios o servidores vinculados que utilizan como instrumentos o a terceros que actúan sin conocimiento de la ilicitud del hecho para que ejecuten el delito responden a título de autores mediatos del delito funcionarial, sin que exista responsabilidad de dichos terceros. Si los terceros poseen conocimiento de la ilicitud de los actos de los sujetos públicos, pero son obligados a colaborar, les benefician las causas de justificación de la ilicitud del acto; si no existe coacción jerárquica, son imputables a título de complicidad en el delito funcionarial.

g) Los *otros* –a los que alude el tipo penal con la frase *«para sí o para otros»*– no son autores ni coautores, pues ellos no consuman ni coconsuman el delito, pudiendo en cambio ser inductores, cómplices o receptadores(980).

h) Los particulares o *extraneus* que se vean beneficiados por actos de disposición patrimonial efectuados por los «otros» a que alude la norma, se hallan lejanos al mensaje comunicativo de la norma de peculado. Las hipótesis delictivas que pueden operativizarse son las del lavado de activos.

i) El «otro», para que pueda asumir el rol de cómplice (primario), deberá concurrir al ilícito de peculado con aportes previos a la consumación, no después de ella. Si bien la complicidad primaria es hija de la teoría del dominio del hecho, lo que igualmente acontece con la autoría o coautoría y en general con la participación, sin que dicha afirmación sea válida para descartar la posibilidad de complicidad primaria en delitos de infracción de deber. La tesis de los delitos de infracción de deber es reciente (data de 1963), frente a la ya dos veces milenaria tesis de los delitos de dominio originada en el Derecho Romano y trabajada por los glosadores o prácticos italianos y posglosadores de los siglos XIII-XVIII.

(980) Véase con mayor detalle *supra*, p. 723 y ss.

XII. CONCURSO DE DELITOS

Muy frecuentemente, el peculado concursa con el delito de apropiación ilícita (artículo 190) y hurto (artículo 186). Igualmente se presenta concurso con el delito de exacciones ilegales (artículo 383) cuando lo percibido para el Estado es apropiado por el sujeto público. También concursa con el delito de falsificación o adulteración de documentos (artículos 427-428).

XIII. AGRAVANTE POR EL DESTINO DE LOS CAUDALES O EFECTOS

El tercer párrafo del artículo 387 contiene una circunstancia agravante de la pena, difícilmente localizable en los Códigos Penales europeos y latinos, circunstancia especial de naturaleza teleológica que acompaña a los caudales y efectos, y que aumenta la pena privativa de libertad elevándola a un mínimo de 8 y un máximo de 12, si estos estuvieran destinados a fines asistenciales, programas de apoyo social o de inclusión social, lo cual supone determinar previamente el destino de los bienes (caudales o efectos) involucrados en la apropiación o utilización que realiza el sujeto público vinculado. Si los bienes, objeto material del delito, no corresponden a dichas especificaciones teleológicas, que deben ser de conocimiento del sujeto público e internalizadas en el dolo del agente, no es posible aplicar la agravante, debiendo el supuesto quedar en el tipo básico del delito de peculado(981).

Fines asistenciales son aquellas acciones o campañas institucionales de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias o necesidades específicas –y de manera coyuntural– de poblaciones vulnerables o cuya vulnerabilidad deriva de circunstancias y ocasiones particulares, en áreas de servicios: educación, salud, ambiente, alimentación, vestimenta para mitigar los efectos de las bajas temperaturas, etc., –que por vías regulares no son cubiertas por el Estado–, ya sea mediante la asignación de fondos y recursos públicos o con las donaciones de organismos nacionales e internacionales. La expresión ***programas de apoyo social*** hace alusión a diversas líneas de acción sistematizada –a nivel de donaciones, financiamiento de estudios, transferencias monetarias, seguro de salud, trabajo para la población desempleada en condiciones de pobreza, apoyo educativo, etc.–, con presupuesto programado que define un trabajo estatal solidario de carácter ya

(981) Véase al respecto la ejecutoria suprema del 19/05/2004-Arequipa en Avalos Rodríguez, Constante Carlos; Robles Briceño, Mery Elizabeth: «Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 289.

más permanente y con asignaciones presupuestarias para paliar diversos contrastes socioeconómicos en las poblaciones necesitadas o vulnerables, pero no necesariamente para generar condiciones de gestión empresarial comunal. Para ambas circunstancias de política social, el Estado cuenta con entidades específicas orientadas a tales propósitos, que usualmente cambian de nombre con cada Gobierno: antes, el Infes (Instituto Nacional de Infraestructura y de Salud), Foncodes (Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social), PRONAA (Programa Nacional de Apoyo Alimentario), Programa del Vaso de Leche, etc. Ahora, "Pensión 65" (dirigido a personas de extrema pobreza), "Trabaja Perú", Juntos, Pronabec, SIS. Fines de ***inclusión social*** da cuenta de líneas de acción pública orientadas a tratar de superar la exclusión social y desigualdad de la población: FISE (Fondo de Inclusión Social Energético), PAPT (Agua para todos), Mi Vivienda, y otros.

Los fines asistenciales, programas sociales o de inclusión social utilizan fondos, bienes y servicios que forman parte del patrimonio público, a través de entidades públicas (ministerios del Ejecutivo, municipalidades, organismos descentralizados y otros) o mediante organismos públicos *ad hoc,* creados para tales fines y dependientes generalmente del Ejecutivo, que es la entidad que mayormente maneja y dispone de fondos públicos para tales propósitos, o de otras reparticiones del Estado. Se entiende el fundamento de la agravante del delito de peculado, que penaliza con mayor fuerza la apropiación de caudales públicos, por la definida orientación social que tienen asignados dichos caudales y el alto nivel de injusto penal que presuponen dichos comportamientos típicos. Por la misma razón, para que sea aplicable la agravante deberá estar acreditada la finalidad específica de destino social del caudal, recurso o servicio (patrimonio público) apropiado o utilizado con conocimiento por el sujeto público vinculado(982).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha efectuado una importante precisión cuando señala que: "No se debe confundir el fin asistencial de un caudal con el ámbito de actividad concreta del órgano público involucrado, de modo que no basta el hecho que se trate de un Hospital del Estado para reputar todos los bienes asignados al cumplimiento de su finalidad como destinados a fines asistenciales"(983).

(982) En tal sentido, véase la sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del 09/06/1998, Exp. N° 219-98.

(983) Ejecutoria suprema del 19 de mayo de 2004, R. N. N° 2664-2003-Arequipa.

XIV. FASES O ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por no ser el sujeto imputado funcionario o servidor público(984) ni la entidad afectada organismo público(985).
- Por no haber tenido el sujeto imputado a su cargo la administración o custodia de los fondos públicos apropiados(986), esto es, por no existir vinculación funcional.
- Por apropiaciones o utilizaciones culposas imputadas directamente al sujeto público(987) u originadas en situaciones de anarquía y

(984) *Vid.* ejecutoria suprema de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 797-97-Cusco, que declara fundada excepción de naturaleza de acción por no ser el sujeto activo funcionario público; ejecutoria suprema de 22 de noviembre de 1996, Exp. N° 2274-95-Piura; ejecutoria suprema de 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 710-95-B-Lima; ejecutoria suprema de 19 de noviembre de 1996, Exp. N° 3440-95-B-Cajamarca. Véase Sumillas de Jurisprudencias.

(985) En tal sentido, la ejecutoria superior (Sala de Apelación con Reos Libres de Lima) que confirmó la resolución de no ha lugar a abrir instrucción por considerar que la "Caja de Protección y Asistencia de los Trabajadores Lustradores de Calzado del Perú" es una institución de Derecho Privado (ejecutoria de fecha 16 de junio de 1998, Exp. N° 6265-97-A. Saquicuray Sánchez [ponente], Baca Cabrera, Sánchez Espinoza); ejecutoria suprema de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 797-97-Cusco, respecto a la Empresa Petróleos del Perú Sociedad Anónima-filial Cusco; ejecutoria suprema de 27 de marzo de 1998, Exp. N° 344-97-Junín, en relación a la empresa de economía mixta "Empresa Regional de Electricidad del Centro Sociedad Anónima"; ejecutoria suprema de 8 de abril de 1998, Exp. N° 1556-96-Lima, respecto a la Empresa Nacional del Tabaco, etc.

(986) Ejecutoria suprema del 16 de diciembre de 1991, Exp. N° 1115-91-Huánuco (*Anales Judiciales*, 1991, p. 219) que declara fundada excepción de naturaleza de acción presentada por funcionario del IPSS. Asimismo, la ejecutoria suprema del 22 de octubre de 1998 (Primera Sala Transitoria) Exp. N° 5527-97-Arequipa, que declaró haber nulidad en la sentencia condenatoria, procediendo a absolver al servidor público (técnico de relaciones públicas de Autodema) que en su condición de presidente de una "comisión pro-Navidad" de los trabajadores de dicha entidad recibió y dispuso de bienes en provecho propio. La argumentación de fondo para la absolución por delito de peculado radicó en que la apropiación del dinero y mercaderías diversas lo efectuó al margen de su calidad de servidor público (véase en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada,* T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 421); ídem, ejecutoria suprema del 14 de enero de 2010, R. N. N° 1313-2008-Ayacucho: "Los supuestos contenidos en la norma deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y delimitado respecto a cada uno de los encausados, tanto más cuanto se trata de delitos de infracción de deber donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que le es confiada. Dicha imprecisión en la fijación de los hechos (...) sin distinguir en los cargos y responsabilidades funcionales, únicamente basándose en que las adquisiciones se efectuaron bajo la gestión de los procesados, lo que es insuficiente, desde la propia descripción del tipo penal, siendo genérica e insuficiente la subsunción efectuada de cara a respetar el derecho a un debido proceso"; ídem, ejecutoria suprema del 5 de mayo de 2008, R. N. N° 2576-2007-San Martín.

(987) Véase ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1993, Exp. N° 1560-93-Ica. Las infracciones administrativas sin contenido penal no constituyen delito de peculado.

desórdenes contable-administrativos sin base dolosa. Las características, propiamente administrativas de la infracción, se hallan obviamente distantes de la naturaleza dolosa e intencional de los comportamientos de apropiación del delito de peculado. Al respecto, existe jurisprudencia de la Corte Suprema que ha establecido criterios de interpretación(988).

- Por ausencia de dolo(989).
- Por error de tipo invencible que imposibilite conocer o discernir sobre la naturaleza pública del caudal o efecto.
- Por no ser los caudales o efectos de naturaleza pública(990) o pertenecer a particulares(991).

2. Causas de justificación

Resulta invocable el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de alta valía (la vida, integridad física o incluso la preservación del patrimonio público)(992).

(988) Véase, ejecutoria suprema del 26/06/2003, Exp. N° 3253-2001-Áncash; ídem ejecutoria suprema del 12/04/1989, Exp. N° 36-89-Ayacucho.

(989) Ejecutoria suprema del 20/11/2000, Exp. N° 1916-2000-Lima; ídem, ejecutoria suprema del 21/01/2010, R. N. N° 1226-2009-Ayacucho: "El delito de peculado requiere acreditar el dolo, esto es que los procesados conocieron y quisieron realizar los elementos del tipo penal. El hecho de que los encausados no hayan efectuado un adecuado control del manejo presupuestal del sector, que propició que se efectúen pagos indebidos a terceros, no revela una conducta dolosa, sino que conlleva a colegir un proceder negligente o culposo de parte de los procesados".

(990) Así, la ejecutoria suprema de 10 de marzo de 1992, Exp. N° 394-91, Lima: "No se configura el delito de peculado si los fondos apropiados provienen de un organismo internacional de apoyo y no del erario nacional, aun cuando a los acusados les una relación laboral con el Estado; en todo caso debe investigárseles por delito contra el patrimonio" (*Normas Legales*, enero, 1995, p. J-30). Ídem, ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2002, Exp. N° 1175-2001-Lima: "En el delito de peculado el agraviado es siempre el Estado, en tanto en el presente caso, los recursos económicos del Centro Deportivo del Sector Público Pesquero –CEDESEPP– provienen fundamentalmente de las aportaciones, activos, cuotas y otros ingresos como donaciones, cobros por expedición de carnés (...), por lo que tales recursos no tienen naturaleza de recursos públicos, en consecuencia, la conducta es atípica".

(991) Ejecutoria suprema del 25/01/2011, R. N. N° 4195-2009-Moquegua, Sala Penal Permanente: "El procesado en ningún momento se apoderó del importe del dinero de los comprobantes de pago en cuestión, el cual siempre permaneció en la esfera de dominio del Estado; sino se habría apoderado de importes de dinero pertenecientes a particulares, lo cual no ha sido materia de acusación fiscal en el caso *sub examine*".

(992) Véase, por ejemplo, la ejecutoria suprema de 28 de mayo de 1998, Exp. N° 6116-97-Áncash, que justifica las ventas de ganado vacuno y productos vegetales del Instituto Superior de Piscobamba, ya que fueron hechas con la finalidad de lograr una renovación o reinversión de capital mejorado,

Por lo demás, la calidad de garante doblemente afirmada que posee el sujeto activo del delito (por ser funcionario o servidor y por estar en vinculación funcional) no avala la concurrencia de otras causales de justificación o de exculpación.

Las apropiaciones practicadas por el funcionario o servidor público como única forma de hacerse pago de cantidades debidas por la Administración Pública, pese a lo debatible del tema que tendrá que ser analizado en concreto, puede significar igualmente una causa de justificación o la configuración del delito regulado en el artículo 417 del Código Penal (ejercicio arbitrario de autojusticia).

XV. PLANTEO DE INTERROGANTES (PROBLEMÁTICA)

1. En el caso de que la apropiación o utilización reporte provecho económico o utilidad para el Estado, ¿existe delito de peculado?

Se trata aquí de una situación compleja que podría focalizarse para el caso de apropiación de bienes en desuso y cuyo mantenimiento le reporta a la entidad pública gastos onerosos, que cesan una vez que el bien es apropiado por el sujeto activo. La situación es bastante singular, pues el peculado por definición supone una merma de patrimonio para el Estado. Abonar una hipótesis afirmativa supondrá demostrar que el objeto apropiado, pese a reportar gastos, seguía manteniendo valor patrimonial, esto es, el dado por el mercado. En la hipótesis estrictamente planteada por la pregunta y de acuerdo al criterio objetivista dominante en la doctrina y jurisprudencia que exige se acredite el desbalance o daño económico, se puede responder hipotéticamente que no se afirmará el delito. No obstante, el tema merece un mayor ahondamiento.

2. Si el sujeto activo restituye lo que se apropia o el bien que utiliza, ¿ello hace atípica la figura?

En la primera hipótesis el delito ya se ha consumado, la restitución o devolución no hace desaparecer el delito, pero servirá dicha circunstancia fáctica para que el juez determine pena con menor rigor(993). En la segun-

---

no habiéndose acreditado irregularidades en las cuentas ni apropiación de dinero público, conforme a lo establecido en la respectiva pericia contable.

(993) Ejecutoria suprema de 15 de noviembre de 1993, Exp. N° 256-93-Lima: "Se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque los mismos hayan sido devueltos" (*Normas Legales*, febrero, 1996, p. J-24); Ídem, ejecutoria suprema del 02/07/2018, R. N. N° 1941-2017-Del Santa, Sala Penal Permanente: *es irrelevante que el monto*

da hipótesis, la restitución del bien utilizado está comprendida en la consideración global del delito de peculado por utilización, de haber sustraído el agente el bien con intención de devolverlo. Otras legislaciones penales expresamente regulan esta situación como circunstancias de atenuación punitiva. Así, el Código Penal de Colombia del 2000 –también lo contemplaba el derogado de 1980– estipula lo siguiente en su artículo 401: "Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el Juez deberá proporcionalmente disminuir la pena en una cuarta parte".

El artículo 434 del Código Penal español contempla el caso de que el sujeto activo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para el esclarecimiento de los hechos o la identificación o captura de otros responsables; supuesto en el cual se disminuirá la pena significativamente ("en uno o dos grados", en referencia a los artículos 70 y 71 de dicho Código).

3. De existir error o confusión al momento de apropiarse los bienes públicos o particulares bajo poder del sujeto público vinculado, ¿existe delito de peculado?

Si el error es invencible, es decir, insuperable, se producirá la figura del error de tipo, que hará atípica la figura. Si el error o confusión es superable en condiciones normales, ello solo supondrá comisión delictiva por peculado culposo, que en la forma como ha sido regulado dicho peculado no doloso complica su aplicación a los actos del funcionario, dado que el peculado culposo exige la intervención de un tercero *extraneus* que sustrae los bienes. En vía de aplicación fragmentaria del Derecho Penal, es preferible, ante las dificultades derivadas de la formula nacional de peculado culposo, optar por dejar a la vía interna administrativa la solución del caso en aplicación del principio de *ultima ratio.*

---

de los préstamos hayan sido recuperados, ya que la entidad agraviada se había desprendido de los fondos estatales, con lo que se había consumado el delito de peculado. Esta ejecutoria reitera criterios de *ultima ratio* y fragmentariedad en la aplicación del Derecho Penal, por los cuales deben agotarse previamente todos los medios de sentido despenalizante antes de recurrir a la pena (fundamento noveno).

4. Si los bienes o caudales públicos apropiados fueron percibidos mediante coacción ¿existe concurso de delitos?

Sí, si es el funcionario o servidor quien consuma el hecho. El concurso puede ir entre concusión y peculado, o entre exacción ilegal y peculado.

5. ¿El policía nacional o militar que custodia fondos públicos y se los apropia comete delito de peculado?

Sí, pues dichos agentes, al ser o funcionarios o servidores públicos, están incluidos en los alcances del tipo penal de peculado doloso, a condición de que se cumplan los requisitos de tipicidad de dicha figura penal. No lo están los vigilantes particulares que custodian vehículos o inmuebles que contienen valores o caudales. La custodia del policía nacional, en tanto servidor público, o cualquier custodio debe suponer la tenencia y vigilancia, del caudal o efecto, por razón del cargo para adquirir tipicidad el hecho.

6. ¿La apropiación o utilización que hagan los depositarios, administradores o custodios particulares de los caudales o efectos ordenados por autoridad competente, es típico del delito de peculado?

Sí, el tipo penal también se extiende a ellos de acuerdo al texto del artículo 392 del Código Penal.

7. ¿El cajero que se apodera y apropia sumas de dinero que recepciona en estricto cumplimiento de su cargo e inmediatamente repone con otras sumas de dinero de la misma Administración, comete delito de peculado? ¿Y si los apoderamientos son continuos?

Sí, porque siempre habrá un *minus* faltante. Puede presentarse delito continuado de peculado de ser reiterados los apoderamientos. No obstante, ello constituye un tema de oportunidad de prueba, lo que por lo común hará imperceptible el delito.

8. ¿Si el sujeto activo distrae o da un uso oficial distinto al establecido a los bienes y efectos, comete delito de peculado doloso?

No propiamente, la figura es malversación de fondos, que es a su vez una variedad de peculado, aunque en otras legislaciones, como la española, lo que nosotros llamamos peculado es allí una variedad de malversación de fondos.

9. ¿El empleado público sin relación funcional que se apropia (sustrae) o utiliza caudales (bienes) o efectos de la Administración Pública comete delito de peculado?

No, comete delito común de hurto simple o de uso, pero no peculado. Es el caso típico de funcionarios o empleados que se apoderan o utilizan el provecho propio o de terceros bienes que no se hallan bajo su esfera de control funcional.

El funcionario público con relación funcional, pero bajo el régimen jurídico privado que se apropia de los caudales y efectos públicos también comete peculado.

Otras legislaciones, como la española (artículo 435), extienden la tipicidad del delito de peculado a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de la Administración Pública. Donde el "encargo" y la frase "bajo cualquier concepto" permiten imputar delito con mayores alcances que la fórmula peruana de peculado doloso.

10. Si el funcionario o servidor provoca situaciones de descuido en concierto con tercero, para que este sustraiga efectos o caudales, ¿incurre en delito de peculado culposo?

No, el funcionario o servidor responderá por peculado doloso, dado que el tipo penal 387 del Código Penal nacional ha previsto apropiación o utilización "en cualquier forma" del caudal o efecto.

11. Si el descuido o estado de inseguridad del caudal o efecto se debe a razones de fuerza mayor o a órdenes de superior jerárquico, ¿resultará imputable el funcionario o servidor público a título de delito de peculado?

Se presentan en tales casos causas de ausencia de acción y de justificación de la antijuricidad del hecho que harán inexistente el delito.

12. Si el funcionario o servidor que con su comportamiento genera situaciones de descuido no se halla en relación funcional con los caudales y efectos, ¿puede ser pasible de imputación penal a título de peculado culposo?

No. El tipo exige necesariamente dicha vinculación. El funcionario o servidor podrá ser fácticamente cómplice del tercero que comete el hurto o, dependiendo de las particularidades del caso, su comportamiento solo

ameritará sanciones administrativas. En el primer caso, la complicidad castigada en el Perú es siempre dolosa.

13. ¿La apropiación del importe de dinero o títulos valores por parte del empleado o funcionario público de correos es típica del delito de peculado?

La respuesta ofrece aquí algunos matices con implicancias distintas. En la hipótesis de no haber sido declarados tales valores, no obstante ser caudales de propiedad particular, no se afirmará base objetiva para el delito funcional de peculado, sino para uno común de sustracción o apropiación ilícita, debiendo analizarse la posibilidad de concurso con el tipo penal de violación de correspondencia (artículo 161 del Código Penal). En el caso de que los caudales o –ampliando la hipótesis– los efectos sean públicos y no hayan sido declarados en su calidad de tales valores, cabe sostener igual hipótesis, pues no ha existido la posibilidad de establecer la vinculación funcional entre el sujeto público y los caudales o efectos, exigida por el tipo penal. En una tercera lectura, sean particulares o públicos los bienes, si han sido declarados como tales, es factible derivar a partir de ello un ámbito de relevancia penal por peculado en la conducta dolosa del sujeto activo (funcionario o servidor), pues este pasó a tener un deber de garante con relación a tales bienes, es decir, se vinculó funcionalmente, teniendo a partir de entonces poder de disponibilidad jurídica. No se puede decir lo mismo del funcionario o empleado de correos que carece de función de garantía o que no está en sus atribuciones el poseer tales bienes, situación que configurará para este último una hipótesis de delito común.

En todas las lecturas realizadas con base en el caso expuesto se parte de la premisa de que el servicio de correos es un servicio público a cargo de una entidad estatal o pública.

14. ¿La apropiación por parte del funcionario o servidor público de dinero o bienes muebles recibidos por error de un tercero es una forma penalmente relevante de peculado para nuestra legislación penal?

Este supuesto –regulado en el artículo 316 del Código Penal italiano– mayormente se observa en la modalidad de percepción de caudales y efectos, en la cual el funcionario no hace incurrir en error a quien deposita o entrega a la Administración Pública tales bienes, sino que se aprovecha del error de este, **pues en el supuesto de que el funcionario o servidor haya generado el error** estaríamos frente a un caso de concusión mediante inducción o, en todo caso, en una hipótesis de estafa. El sujeto activo en el

peculado por aprovechamiento de error para perfeccionar la tipicidad del mismo deberá actuar con un dolo intencional(994).

Los matices que puede registrar el aprovecharse del error de tercero que entrega dinero o bienes son variados, pues el funcionario o servidor que advierte este error puede ingresar formalmente los caudales al ámbito de la Administración Pública (supuesto en el que no habrá peculado, sino una infracción administrativa); puede también apropiarse del saldo excedente e ingresar el resto, supuesto que nos coloca en la situación de tener que analizar si este saldo no ingresado formalmente es ya patrimonio público, lo cual en la jurisprudencia y doctrina española se responde afirmativamente, sobre la base de que exista un derecho expectante sobre él por parte de la Administración Pública(995). En el caso del sujeto público que se apropia de un dinero no debido, es decir, sobre el cual el órgano público no puede legítimamente sentirse con derecho, habrá que estar a que no se ajusta tal supuesto a la idea del peculado, sino a la de una apropiación común. Finalmente, puede el sujeto activo no ingresar la totalidad del caudal, vale decir, lo que es expectante para la Administración Pública y lo que no es expectante y es producto del error, situación que generará un concurso entre peculado por apropiación y delito común.

Nuestra legislación penal contempla los casos de apropiación aprovechando el error de otro como una variedad de apropiación ilícita en el numeral 2 del artículo 192. La posibilidad de considerarlo como una modalidad de peculado subsumible en la tipicidad del artículo 387 forzaría inapropiadamente los alcances de tipicidad de dicha figura penal; no obstante, la argumentación puede ir en el sentido de que dicho patrimonio ingresado aprovechando un error de quien lo deposita o entrega tiene ya carácter público y sobre el cual existirá deber de custodia a efectos de su restitución al afectado por el error. Tal razonamiento, sin embargo, no toma en cuenta que este caudal ingresado no genera facultad jurídica de disposición a los fines oficiales ni disponibilidad jurídica basada en el criterio de vinculación funcional; en tal contexto, las apropiaciones o retiros practicados por el sujeto público no llegarán a afectar el bien jurídico protegido.

(994) Con amplitud y rigor analítico sobre el peculado por aprovechamiento de error de otro, véase FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Diritto Penale. Parte speciale*, Bologna, Zanichelli Editore, 1999, pp. 195-198.

(995) Véase CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 261.

15. ¿El retiro de dinero de partidas presupuestales de una entidad pública para entregárselas a un tercero ajeno a la Administración Pública o incluso a otro funcionario, quien no tiene vinculación funcional con los caudales, mientras no sean entregadas a dicho sujeto, constituye malversación o es ya apropiación ilícita propia del peculado?

En el caso de sujetos públicos no vinculados que retiran dinero de la entidad para dárselo a otros no genera problemas de interpretación, pues se trata de un delito común de hurto. Si el retiro se practica por funcionario vinculado por razón del cargo con conocimiento de la ilegalidad del comportamiento, en la idea de que el dinero va a ir a parar en definitiva a manos de un tercero, es sin duda una hipótesis de peculado de apropiación, pues el "retiro" se halla en el marco de significación del tipo "se apropia en cualquier forma", pudiendo tratarse de sujetos públicos que actúan instigados, como simplemente de autoría directa en peculado; supuestos en los cuales efectivamente el funcionario vinculado que obra con conocimiento y voluntad comete delito de peculado para otro. El tránsito del caudal de un funcionario a otro no constituye malversación de fondos, pues no hay dolo de malversar, el objetivo de la conducta no es dar aplicación diferente al caudal, esto es, invertir en otra área de la Administración Pública, sino entregar el caudal a una tercera persona, lo que implicará, si se produce dicho trasvase del caudal al otro, agotar la conducta. El delito de peculado ya se ha consumado con el retiro, hacer depender dicho momento al instante en el cual el tercero recibe el caudal es rebasar los alcances normativos de la figura de peculado. Sin embargo, como ya se ha se ha dicho, la fijación de responsabilidad del otro, que resulta así beneficiado, seguirá las reglas de tipicidad por complicidad u otra lectura que el caso amerite, por ejemplo, receptación o lavado de activos.

16. ¿La utilización de mano de obra del personal pagado por la Administración Pública, por parte del funcionario o servidor público para sus fines personales o para terceros, configura delito de peculado?

El tema es polémico, la legislación penal argentina (artículo 261 del Código Penal) expresamente lo regula como modalidad de delito de peculado; la legislación penal colombiana igualmente lo contempló como delito, pero fue derogado del actual Código Penal de 2000, teniendo como precedente resoluciones del Tribunal Constitucional que lo declaró inexequible al no ser la mano de obra compatible con una cosa o bien patrimonial; en cambio, en la legislación española como en la peruana no existe expresamente una normativización al respecto. Interpretaciones extensivas han querido ver en la valorización de dicha energía de trabajo humano, expresada con

el pago efectuado por el órgano público, una equiparación con el concepto caudal, tratando de integrarlo en el concepto patrimonio público. Otras lecturas interpretativas se resisten a considerar el trabajo humano un caudal[996]. Sin embargo, el dato sociológico y criminológico con bastante frecuencia da cuenta de la incidencia de este comportamiento practicado por determinados sujetos públicos. El tema, merece variadas interpretaciones, mientras no se produzca la respectiva criminalización legal, se puede reconducir por la figura del abuso de autoridad.

17. ¿Las sumas de dinero que se agregan a las remuneraciones de determinados funcionarios en calidad de gastos operativos con cargo a rendición de cuentas generan hipótesis de peculado de no ser gastadas según los fines previstos o, tal vez, de no reintegrarse o no justificarse?

La respuesta es no. Tales sumas de dinero entregadas a funcionarios fiscales y jurisdiccionales, por tomar solo dos ejemplos, son para ser gastados, no para ser devueltos, usados o reingresados, esto es, no suponen posesión en calidad de percepción, administración o custodia. Tales sumas de dinero, al ir dirigidas a personas específicas, pierden su calidad de caudales al producirse la transferencia del Sector Público a ámbitos de dominio específicos y personales. La no rendición de cuentas o su rendición en forma parcial ameritarán responsabilidad disciplinaria administrativa, pero no delito de peculado. Igual situación acontece con el dinero público otorgado en calidad de viáticos para comisiones oficiales.

18. ¿Qué tipo de culpa se requiere en el delito de peculado culposo, consciente o inconsciente?

La ley penal no hace distingos al respecto, en la parte general ni en el delito de peculado. Este delito puede cometerse tanto con culpa consciente como con culpa inconsciente. La posición de garante del sujeto público le obliga a adoptar las medidas de cuidado necesarias y debidas. El nivel de culpa consciente implica que el funcionario o servidor se representa mentalmente la posibilidad de la lesión al patrimonio público, pero confía en que la misma no se efectivizará no obstante sus actos negligentes o imprudentes. La culpa inconsciente, si bien trabaja con la idea de que el sujeto no tuvo representación mental del peligro para el bien jurídico; sin embargo, debió representarse dicho peligro, siendo ello exigible y posible. La doctrina se divide para dar una opinión de rigor de cuál culpa es más reprobable.

(996) Sobre este tema y otros casos límite: apropiación de cadáveres, datos o ficheros informáticos, véase ROCA AGAPITO: *El delito de malversación de caudales públicos*, cit., p. 144 y ss.

XVI. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES INCORPORADAS POR LA LEY Nº 31178

La reforma legislativa producida por la Ley Nº 31178 (28/04/2021) incorpora nuevas circunstancias agravantes (integración del agente a organización criminal, aprovechamiento de calamidad o emergencia sanitaria) en el delito de peculado y reformula, sin cambios de contenido, las ya existentes (por la calidad y destino de los caudales y por el monto de los mismos). En todos los casos incrementando la pena privativa de libertad (que asciende a 8-15), y fijando pena de inhabilitación perpetua, además de la pena de días-multa. Como ya ha sido dicho para con el delito de colusión, resulta contradictoria la inhabilitación a perpetuidad del agente si apreciamos el sistema punitivo de la inhabilitación principal, del artículo 38 de la parte general del Código Penal (modificado igualmente por dicha ley), que fija un máximo de 10 años para dicha pena.

La primera agravante, que contemporiza el delito con la criminalidad organizada, está dada por el hecho de actuar el agente, en el delito de peculado: (i) como integrante de una organización criminal, (ii) como persona vinculada, o (iii) actuar por encargo de dicha organización. La noción "organización criminal", más allá de las diversas conceptualizaciones que en la doctrina se han dado sobre ella, constituye un elemento normativo de entidad supranormativa, al estar fijados sus componentes en tratados internacionales (en particular, por el artículo 2 de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada [2000]: "*Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material*"). El núcleo de esta circunstancia es actuar el agente, es decir, ejecutar/consumar la conducta típica del delito de peculado, lo que se corresponde con la noción de integrante de organización criminal. El cómplice no parece estar comprendido en la agravante, ya que dicho partícipe por definición no integra la organización y cuando la norma alude "a actuar por encargo de ella", la naturaleza especial de esta figura de infracción de deber hace difícil asumir dicha orientación interpretativa. Por lo mismo, tanto la persona vinculada como la que actúa por encargo alude a un mensaje normativo dirigido al autor o coautor.

La segunda circunstancia agravante (caudales o efectos destinados a programas asistenciales, de apoyo, inclusión social o de desarrollo) ha sido reubicada por el legislador sin alterar su contenido. Segunda agravante

vinculada igualmente con la cuarta circunstancia que fija un monto de 10 unidades impositivas tributarias para lo apropiado o utilizado por el agente.

En la tercera agravante, típica circunstancia de prevalimiento del agente, por *calamidad pública*, se entiende el desastre público innominado natural o social que provoca estragos en la población, la economía o el curso mismo de la vida en sociedad, de las que el sujeto vinculado se aprovecha para la apropiación o utilización del caudal o efecto. La *emergencia sanitaria* constituye un componente cultural normativo del tipo, definida por la Organización Mundial de la Salud y regulada mediante decreto supremo, en tanto respuesta a una modalidad específica de calamidad, consistente en el brote y expansión de una enfermedad (o varias) que afecta a un país o más de un país (pandemia) con impacto serio en la salud pública y la vida de las poblaciones y que requiere una estrategia coordinada a nivel internacional. En ambos casos los caudales o efectos deberán verse seriamente comprometidos con la conducta del agente. El legislador también ha regulado, en esta circunstancia compuesta, que el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Para que le sean imputables cualquiera de las agravantes al agente, deberá este conocer dichas circunstancias, es decir, su dolo debe comprender dichas representaciones cognitivo-volitivas, además de las contenidas en el tipo básico.

XVII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), **artículo 261**: *Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajera, caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo».*

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública.

«Código Penal de Argentina (1922), **artículo 262**: *Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo diere ocasión a que se efectuase por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior».*

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), **artículo 394**: *El funcionario público que sustrajera o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones, será castigado: 1) con la pena de arresto mayor si la sustracción no excede de 30,000 pesetas; 2) con la de prisión menor si excediere de 30,000 pesetas y no pasare de 500,000 pesetas; 3) con la de prisión mayor si excediere de 500,000 y no pasare de 2'500,000 pesetas; 4) con la de reclusión menor si excediere 2'500,000 pesetas.*

El Tribunal impondrá la pena que estime procedente de las señaladas en los números anteriores si, a su juicio hubo sustracción, sin estar comprobada la cuantía de la misma.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación absoluta».

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), **artículo 432**:

1. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientos mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a 1 año*».

***España 1995** (reformado por Ley Orgánica 1-2015)*

«Código Penal de España (1995), **artículo 432**:

1. *La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una*

pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para el cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. *Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.*

3. *Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

   a) *se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*

   b) *el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50,000 euros.*

   Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250,000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

*«**Artículo 433:** Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empelo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4,000 euros».*

*«**Artículo 435**: Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:*

1) *A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.*

2) *A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*

3) *A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».*

4. Uruguay (1933)

«Código Penal de Uruguay (1933), **artículo 153**: *El funcionario público que se apropie el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en*

posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años».

5. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), **artículo 169**: *Todo recaudador, empleado en la recaudación o escribiente que hubiese hurtado o sustraído fondos públicos o privados o efectos activos equivalentes, documentos, títulos, actas, o efectos mobiliarios que se encontraren en su poder en virtud de sus funciones será condenado a trabajos forzados temporales si el valor de las cosas hurtadas o sustraídas pasare de 3,000 francos».*

6. Francia (1993)

«Código Penal de Francia (1993), **artículo 432-15**: *El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, depositario público o uno de sus subordinados, de destruir, distraer o sustraer una escritura o un título, fondos públicos o privados, o efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto que les haya entregado en razón de sus funciones o su misión, será castigado con diez años de prisión y multa de 1 000 000 Euros.*

La tentativa del delito previsto en el párrafo precedente es castigada con las mismas penas».

«**Artículo 432-16**: *Cuando la destrucción, distracción, o la sustracción por un tercero de los bienes contemplados en el artículo 432-15 resulte de la negligencia de una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de un contador público o de un depositario público, este es castigado con un año de prisión y 15,000 euros de multa».*

7. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), **artículo 168**: *El funcionario público que sustraiga o robe dinero u otras cosas muebles cuya administración, recaudación o custodia tenga por razón de su cargo, será castigado con la inhabilitación perpetua para cargos públicos, con la pena de reclusión de tres a diez años y con multa no inferior a 300 liras.*

Si el daño fuere leve o fuere íntegramente resarcido antes del procesamiento, la inhabilitación será temporal y la reclusión será de uno a cinco años».

8. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), **artículo 314** [texto original]: *El funcionario público o el encargado de un servicio público, que, teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero de otra cosa mueble ajena, se la apropia, es castigado con reclusión de cuatro a diez años.*

Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con el solo fin de hacer un uso momentáneo de la cosa, y esta, después de su uso momentáneo, es inmediatamente restituida».

«***Artículo 315**: Peculado mediante el aprovechamiento del error ajeno. El funcionario público o el encargado de un servicio público, que en el ejercicio de las funciones o del servicio, aprovechándose del error ajeno, recibe o retiene indebidamente, para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad, es sancionado con la reclusión de 6 meses a 3 años».*

«Código Penal de Italia (1930), **artículo 314** [texto modificado]: *El funcionario público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno, será castigado con reclusión de tres a 10 años y con multa».*

«Código Penal de Italia (1930), **artículo 314** [texto reformado por Ley N° 86 del 26 de abril de 1990]: *El funcionario público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello, será castigado con reclusión de tres a diez años.*

Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con el solo propósito de hacer uso momentáneo de la cosa, la cual es inmediatamente restituida después del uso».

9. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), **artículo 397**: *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado».

Nota. La reforma del Código Penal colombiano por Ley N° 890 de 2004 ha elevado las penas expresándolas en meses: noventa y seis (96) meses a doscientos setenta (270) meses en el primer párrafo. En el tercer párrafo sesenta y cuatro (64) meses a ciento ochenta (180) meses.

10. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), **artículo 142**: *El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días».*

11. Portugal (1995)

«Código Penal de Portugal (1995), **artículo 375**: *I. El funcionario que ilegítimamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona, de dinero o de cualquier otra cosa mueble, pública o particular, que le fuere entregada, estuviere en su posesión o le fuere accesible en razón de sus funciones, será penado con prisión de 1 a 8 años y multa de hasta 100 días, si una pena más grave no le correspondiere en virtud de otra disposición legal;*

II. Si los valores u objetos referidos en el número anterior fueren de diminuto valor, en los términos señalados en el inciso c) del artículo 202, el agente será sancionado con pena de prisión de hasta tres años y con pena de multa;

III. Si el funcionario diere en préstamo, empeñare, o de cualquier forma gravare cualquiera de los objetos referidos en el número I, será penado con prisión de hasta 3 años y multa si una pena más grave no le correspondiere en virtud a otra disposición legal».

2

PECULADO CULPOSO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Componentes típicos: 1. La sustracción. 2. La culpa del funcionario o servidor público. **V.** El sujeto activo: autoría. **VI.** La otra persona: concurso de delitos. **VII.** El elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Penalidad. **X.** Circunstancia agravante. **XI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación y de exculpación. **XII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1870). 3. España (1973). 4. España (1995). 5. Bolivia (1972). 6. Colombia (1980). 7. Colombia (2000). 8. Costa Rica (1971). 9. Panamá (1982).

Artículo 387 (tercer párrafo): *«Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

En el Código Penal de 1924, el artículo 346 (segundo párrafo) contempló el delito culposo de peculado bajo el siguiente modelo: *«La pena será de multa de tres a noventa días de multa, si el delincuente, por negligencia, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o de efectos».*

El modelo extranjero utilizado como fuente fue el Código Penal español de 1870 (artículo 406): *"El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los nums.*

2, 3 y 4 del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa equivalente al valor de los caudales o efectos sustraídos". Comentando este dispositivo penal decía don Salvador VIADA Y VILASECA, por entonces teniente fiscal del Tribunal Supremo: "Nada más justo y lógico que a si al juez que dicta una sentencia injusta por simple ignorancia o negligencia inexcusable (...) se le sujeta a responsabilidad criminal, otro tanto se haga con los funcionarios públicos del orden administrativo, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, son tan negligentes o abandonados que den ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de los mismos"(997).

El diseño argentino de 1922 (artículo 262) guarda semejanza también con el modelo nacional, sobre todo en la precisión de la "otra persona" a que hacen alusión ambos Códigos sudamericanos: "*Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior*".

II. LA FIGURA PENAL

La figura peruana del peculado culposo integra un tipo básico y una modalidad agravada anexada al texto por Ley Nº 26198 del 13 de junio de 1993. Dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, por alguna de las formas de culpa; más aún, esta hipótesis no está contemplada expresamente en nuestro Código Penal. El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción producida por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero. Por lo mismo, la apropiación, utilización o sustracción por culpa imputable al acto propio del funcionario o servidor carece de interés penal, esto es, no constituye delito en la legislación penal peruana, sin perjuicio de que ello suponga relevancia administrativa(998).

(997) VIADA Y VILASECA, Salvador: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876*, cuarta edición, Tomo II, Madrid, Puerta del Sol 6, 1890, p. 661.

(998) Al respecto, con amplitud una lectura crítica del diseño legal peruano del peculado culposo, véase BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei: "Lo prudente del peculado imprudente", en *Gaceta Penal*, Tomo 1123, setiembre 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 174 y ss.

El modelo peruano, en comparación con el argentino, en una formulación más genérica y que deja al ámbito de la interpretación jurídico-dogmática tal trabajo, no hace mención expresa a la negligencia o imprudencia, tampoco a la inobservancia de los reglamentos o deberes de la función, solo hace alusión, en una mejor técnica de redacción legislativa, a que el agente público "por culpa". El Código Penal español vigente, al igual que otras legislaciones penales, no contempla esta figura de peculado culposo.

En el caso del modelo colombiano, el artículo 400 emplea igualmente el conector conductual "por culpa" y las palabras "extravíen", "pierdan" o "dañen", "bienes del Estado, de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares", como consecuencia de la conducta del sujeto vinculado que infringe su deber de diligencia y cuidado en la preservación del bien.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es el mismo que para el peculado doloso. La criminalización de esta conducta pone de relieve la fuerza de la concepción patrimonialista del peculado que asume nuestro Código Penal.

IV. COMPONENTES TÍPICOS

1. La sustracción

El verbo rector «sustraer» utilizado por nuestro tipo penal, al igual que en la legislación argentina y española (antes que fuera derogado el tipo), significa la remoción y alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, con aprehensión física de los mismos por parte del tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor. La disponibilidad es un elemento no necesariamente exigible para perfeccionar la sustracción, lo que implica que no se requiere que el agente disponga del bien o que este sea irrecuperable. *Sustraer* es, así, extraer, retirar o alejar el bien del lugar donde se encuentra, en este caso bajo dominio de la Administración Pública. No será típico de esta figura el engaño o error en el que se encuentra el sujeto público como forma que viabiliza la entrega del bien, ni tampoco la violencia o intimidación empleada por el *extraneus* para hacerse del caudal o efecto. Por cierto, que la sustracción simulada o aparentada no es típica del peculado culposo, sino de un peculado básico por apropiación.

Técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo *«sustraer»* que *apropiar* o *apoderarse*, por ser más adecuado a la acción del tercero que

no participa de las características inherentes a la posesión del bien, esto es, a la vinculación funcional.

2. 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(999). Habrá culpa en el sujeto activo del delito cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del delito de 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(1000). Caben aquí las especificaciones de calidad especial, de posesión con el caudal o efecto, y de vinculación funcional requeridos para el autor en el delito doloso de peculado, vale decir, deberá tratarse de un funcionario o servidor público que tenga la percepción, administración o custodia de dichos bienes (alternativa o conjuntamente, de darse el caso en específicos escenarios administrativos), y que los mismos le estén confiados por razón del cargo o la función que ocupa. Obviamente, el sujeto activo –*«agente»*, según la norma penal– no deberá apropiarse o utilizar los caudales o bienes ni permitir dolosamente, sin concierto, que otro ejecute dichas conductas, pues en el caso de apropiación en concierto con el *extraneus* simulando una sustracción estaremos frente a un tipo doloso de peculado, mientras que en el segundo se tratará de un caso de comisión por omisión de peculado doloso, donde el *extraneus* responde como partícipe cómplice del delito del sujeto público vinculado. La posibilidad de abrir un escenario de concurso entre el peculado culposo y el delito de hurto del no vinculado (sea sujeto público o particular) solo se produce cuando el agente obra con culpa que da ocasión a la sustracción del caudal o efecto por parte de otra persona. Incluso puede analizarse la posibilidad de que el funcionario o servidor vinculado sea un autor mediato del delito de hurto, al utilizar a terceros, que obran sin dolo al sustraer el caudal o efecto, supuesto que configura una modalidad de peculado doloso para el funcionario vinculado.

(999) Para la jurisprudencia española no basta para ser típico de peculado culposo el simple "desbarajuste administrativo", el "desorden", la "mala administración" (Orts Berenguer, en Cobo del Rosal y otros: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 491).

(1000) Así, por ejemplo, la tesorera que deja el dinero de la institución en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores. Ejecutoria suprema del 10/07/2002, Exp. N° 3278-2001-Apurímac; Salazar Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 364.

El comportamiento del sujeto activo (funcionario o servidor) debe significar una violación o inobservancia de los deberes de cuidado posibles y exigibles. Si, pese a que este ha observado estrictamente las pautas de los reglamentos –donde, por lo general, se establecen las normas del debido cuidado– o las exigibles por la naturaleza de la cosa y de las circunstancias, se produce la sustracción, obviamente que no existirá imputación objetiva suficiente para hacerle acreedor de un delito culposo de peculado[1001]. Las simples pérdidas, desórdenes[1002] o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal[1003]; lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado sustracción[1004]. El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de inseguridad para el caudal o efecto, que será aprovechada por el tercero[1005]. Deberá tratarse por lo mismo de una culpa grave e inexcusable que en una relación de causalidad haya propiciado un estado de vulnerabilidad de los caudales o efectos públicos, situación aprovechada por el *extraneus* para la sustracción. Las culpas leves o negligencias simples, nos dice Rodríguez Devesa, únicamente darán lugar a sanciones disciplinarias[1006].

(1001) Es bueno precisar, como lo hace Molina Arrubla, que el debido cuidado no significa que el funcionario o servidor deba responder por el cuidado o permanencia de los bienes hasta extremos inexigibles. Véase del citado autor: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 148. La responsabilidad del sujeto público llega hasta el límite de sus funciones, atribuciones y responsabilidades en base al principio de lesividad material y de culpabilidad.

(1002) Ejecutoria suprema de 15 de abril de 1970 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778: "No habiendo apropiación o utilización en provecho propio de dinero municipal, sino desorden en las cuentas del Síndico de Rentas, ciudadano de escasa cultura e incompetente, quien de buena fe quiso servir a su pueblo, no existe delito de peculado".

(1003) Eugenio Cuello Calón acota que el hecho de abandono de los bienes o la negligencia han de ser inexcusables, es decir, no han de poder ser disculpados ni justificados para generar delito (*Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. I, p. 376).

(1004) En tal sentido, la ejecutoria suprema de 3 de julio de 1998, Exp. N° 5812-97-Apurímac, que no considera sean subsumibles en las exigencias típicas del peculado doloso las irregularidades administrativas del funcionario de la Dirección Subregional de Salud, que en su condición de administrador dispuso, mediante memorándum, que otros funcionarios competentes realizaran adquisiciones que a la postre terminaron en actos delictivos no vinculados con la decisión inicialmente tomada.

(1005) Ejecutoria suprema de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3623-96-Arequipa: "La conducta del acusado, alcalde distrital de Chichas, se adecua al tipo de peculado culposo al no haber denunciado la conducta del anterior burgomaestre, cuando asumió el cargo, dando ocasión a que este sustraiga los caudales de los cuales no había rendido cuenta" (véase sumilla de jurisprudencia). Véase igualmente ejecutoria suprema de 23 de octubre de 1997, Exp. N° 5526-96-Lima, en el que se acreditó responsabilidad penal, en el cajero de la Oficina de Tesorería del Hospital de Apoyo Santa Rosa, por culpa que posibilitó que otras personas hicieran efectivo cheques girados por dicho hospital.

(1006) Rodríguez Devesa, José María: *Derecho Penal español. Parte especial*, novena edición, Madrid, Artes Grafica Carasas, p. 1131.

Las modalidades y formas de culpa más usuales, en una lectura tradicional, son la negligencia o falta de cuidado o inobservancia de normas, la imprudencia o temeridad (llamada también ligereza inexcusable) y la impericia o niveles de relativa inexperiencia o falta de experticia en el desempeño de la actividad del cargo o función que vincula a la posesión del caudal o efecto. En la actualidad, y más acorde con formulaciones de mayor rigor, la dogmática penal se refiere a la culpa *consciente* e *inconsciente*, según haya tenido el sujeto –en el primer caso– la capacidad y posibilidad de prever la producción de un resultado lesivo al bien jurídico con la violación practicada al deber de cuidado con su comportamiento, en el entendido de que confiaba que ello no se produciría; en el segundo caso, esto es, culpa inconsciente, cuando no habiendo previsto o representado mentalmente el peligro derivado de su comportamiento; sin embargo, ello le era exigible y además posible, dada la posición de garante que ocupaba para con el caudal o efecto y la importancia del bien jurídico protegido.

En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema ha considerado que constituyen delito culposo los siguientes sucesos: tesorero que actuando con negligencia en sus funciones obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular (ejecutoria suprema del 15/07/1999, Exp. N° 282-99)[1007]. Cajero de hospital que en inobservancia de los trámites pertinentes entregó a personas no autorizadas varios cheques correspondientes al pago de pensiones, cuyos titulares no se habían apersonado a reclamar o habían fallecido (ejecutoria suprema del 23/10/1997, Exp. N° 5526-96-Lima[1008].

V. EL SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Autor del delito de peculado culposo solo puede ser el funcionario o servidor público vinculado, es decir, quien reúne las calidades y vinculaciones de autoría que exige el tipo penal básico de peculado. El término *«agente»* hace referencia necesaria a los sujetos activos del artículo 387 (primer párrafo), es decir, a los que poseen relación funcional por el cargo[1009]. De tal forma que no puede tratarse de cualquier funcionario o servidor. La vinculación funcional igualmente se mantiene aquí en el delito culposo.

Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero no existe una relación subjetiva de continuidad de propósito; es más, no

(1007) En Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2000, p. 465.

(1008) Ver en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 674.

(1009) El tema de la relación funcional. Véase *supra*, p. 697 y ss. ("La relación funcional: «por razón de su cargo»").

debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario o servidor y la consiguiente sustracción del dinero o bienes por el tercero. En caso de que la sustracción se produzca con base en fuente distinta de la violación del deber de cuidado, vale decir, que el tercero se valga de otros mecanismos de anulación de defensas (por ejemplo, violando la seguridad de la ventana o el techo, no obstante existir culpa del sujeto público), no existirá posibilidad de imputación por delito de peculado culposo.

VI. LA OTRA PERSONA: CONCURSO DE DELITOS

El sujeto que sustrae los caudales o efectos, es decir, el tercero, no es sujeto activo del delito culposo de peculado. Dicho personaje, que puede tratarse de un particular, de otro funcionario o de otro servidor (no vinculados), ha sido colocado por la norma penal en una relación de externalidad con los caudales o efectos, esto es, no mantiene con ellos vinculación jurídica, lo que permite concluir que la imputación penal dirigida contra él se sale del marco del delito de peculado para recaer en la comisión de hurto, apropiación ilícita (en esta última hipótesis, si es que llega a tener una relación de posesión de hecho temporal sobre el bien), robo[1010] o estafa, según sea el caso, generándose así una concurrencia plurisubjetiva material entre el sujeto especial y el sujeto común que actúan sin concierto de voluntades[1011]. De este concurso de personas en el supuesto de hecho ilícito, necesariamente se produce un concurso material de delitos: peculado culposo y delito contra el patrimonio (hurto, apropiación ilícita, robo o estafa), que tienen sus niveles de imputación de responsabilidad penal de forma distinta (delito especial, delito común).

El concierto que pueda producirse entre el tercero *extraneus,* que es quien sustrae la cosa, y el funcionario o servidor (vinculado funcionalmente), sujeto activo del delito a quien está dirigida específicamente la obligación del deber de cuidado, definirá no ya una relevancia penal culposa,

(1010) Al respecto, ver la ejecutoria de fecha 16/10/2002, Exp. N° 4168-2001, Ídem SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 375, en la que se señala: "Los encausados admiten que el dinero fue retirado del Banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el Tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro Banco".

(1011) Al respecto, QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal español. Parte especial* (ed. 1991), cit., Vol. II, p. 467.

sino un delito de peculado doloso, donde dicho tercero cumplirá el rol de un cómplice.

VII. EL ELEMENTO SUBJETIVO

El funcionario o servidor no debe actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar intencionalmente el descuido pro sustracción, tampoco preordenar un estado de culpa, entrar en concierto con el tercero, incluso, para generar situaciones de supuesta culpa, pues de ocurrir, será la figura de hecho imputable al funcionario o servidor la comisión de peculado doloso, el mismo que prevé la posibilidad abierta de que la apropiación se produzca en cualquier forma, es decir y en este caso, valiéndose de los actos materiales de terceros, por autoría mediata o a nivel de omisión dolosa de actos debidos, lo que va a configurar igualmente un concurso de personas en un mismo delito, el del sujeto público vinculado. Es factible encontrar el componente subjetivo de la culpa en la conciencia del deber de impedir la sustracción y en tal concepto tomar las precauciones debidas; para afirmar dicho componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado y diligencia por parte del sujeto activo.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El peculado culposo imputado al funcionario o servidor público tiene una naturaleza omisiva, por cuanto no se le atribuye al sujeto público la comisión de actos ejecutivos, sino la omisión de los debidos actos de cuidado.

El delito, al ser de resultado material, se halla consumado al producirse la sustracción de los caudales o efectos por acción de un tercero (es decir, mediante el inicio del alejamiento del caudal o efecto de la esfera de dominio oficial, no siendo necesaria la disponibilidad del bien o efecto por dicho tercero), bajo la circunstancia anotada de culpa del funcionario o servidor que propicia o facilita culposamente dicho resultado de sustracción. Si esto último no tiene lugar o es frustrado, la falta de cuidado del sujeto público se torna irrelevante penalmente, ello sin perjuicio de su responsabilidad administrativa. Esta singular situación, en la que el comportamiento doloso de un tercero determina la consumación del peculado culposo del funcionario o servidor, anómala, por cierto, se origina en la irregular redacción técnico-legislativa del tipo penal. Queda claro entonces que para la consumación del delito de peculado culposo no basta la sola inobservancia de reglamentos o violación de deberes objetivos de cuidado, sino que es condición esencial al tipo que se verifique o se dé el resultado

sustracción[1012]. Como señala E. Orts, entre el abandono, la negligencia y la sustracción debe mediar una relación causal[1013].

La figura del delito culposo por principio no admite tentativa jurídicamente relevante en el ámbito penal[1014]. La estructura típica de un delito culposo normal no imputa al sujeto actos ejecutivos desprovistos de contenido doloso, sino la violación de deberes de cuidado que en situaciones de comportamiento debido no debieron producir resultados lesivos al bien jurídico. La tentativa en un delito culposo de peculado, de redacción irregular, como en este caso el segundo párrafo del artículo 387, sería analizable con relación a los actos de cuidado del funcionario o servidor, y no de los actos ejecutivos del tercero; por lo mismo, de producirse actos materiales de tentativa, ella resulta irrelevante jurídicamente para los fines de represión penal y, por lo mismo, para la configuración de delito; por ejemplo, que sea otro servidor que se percata que el tercero está sustrayendo, alertando al funcionario desprevenido o descuidado, lo que permite la frustración del acto ilícito o tan solo una tentativa inacabada (hipótesis de no consumación material de la sustracción). Esto obviamente no excluye la tentativa de hurto, pero es impracticable para una tentativa del delito de peculado culposo.

IX. PENALIDAD

La pena es conjunta. El juez sanciona con pena privativa de libertad y con prestación de servicio comunitario, lo cual en la práctica puede suponer la aplicación del artículo 68 del Código Penal, que excluye la pena si la responsabilidad del agente fuera mínima. La penalidad del delito culposo agravado será de tres a cinco años, más la inhabilitación establecida en el artículo 426 y multa de ciento cincuenta a doscientos treinta días.

La penalidad del tercero (particular o sujeto público no vinculado funcionalmente) se reconduce según el tipo penal común de hurto.

(1012) Así, para Bustos Ramírez el peculado culposo por actos de sustracción cometidos por un tercero es fundamentalmente un delito de resultado (*Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 378).

(1013) Orts Berenguer, E. et. al.: *Derecho Penal especial*, cit., p. 491.

(1014) Ver Rojas Vargas: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., pp. 282 a 286, especialmente p. 286.

X. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Los caudales o efectos dejados en posesión del sujeto activo, para ser destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social o inclusión social bajo las circunstancias de culpa de este, de ser sustraídos por tercero, aumentan la sanción penal para el funcionario o servidor público. Esta agravación de la pena en función del destino de los bienes o efectos debe presuponer que dicho sujeto activo debió conocer la naturaleza especial de dichos bienes y concordantemente con ello no redobló los mecanismos necesarios para su custodia y preservación física bajo la esfera de vigilancia y posesión oficial. Entender de otra manera la naturaleza jurídica de sobrepunición de la agravante implicaría aplicar criterios de responsabilidad objetiva, reñidos con los principios que orientan el Derecho Penal peruano.

Sobre el significado y comprensión de los términos *«caudales»* y *«efectos»*, así como sobre el significante contenido en las frases: fines asistenciales y programas de apoyo social o inclusión social, remitimos a lo ya dicho en los acápites respectivos del peculado doloso(1015).

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Existe atipicidad:

- Por existencia de caso fortuito o fuerza física irresistible que hacen impracticables las reglas de debido cuidado.
- Cuando se trata de simples infracciones administrativas con ausencia de la sustracción por tercero(1016).
- Cuando los bienes sustraídos por el sujeto activo no sean de propiedad pública ni se hallen sometidos a su disponibilidad jurídica.

2. Causas de justificación y de exculpación

- Si el estado de desprotección se debió a orden obligatoria de autoridad competente, que dejó en estado de vulnerabilidad el caudal o efecto.

(1015) *Supra*, p. 743 y ss. ("La amplitud del concepto «caudal»") y pp. 743 y 755 ("Agravante").

(1016) Ejecutoria suprema de 12 de abril de 1989 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 263): "Las irregularidades administrativas de registro y control durante el reparto de víveres donados, debido a inexperiencia del personal y a las circunstancias materiales concretas de gran congestión de gente, no acreditan la comisión del delito de peculado".

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 262: *Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior».*

2. España (1870)

«Código Penal de España (1870), artículo 406: *El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos incurrirá en la pena de multa equivalente al valor de los caudales o efectos sustraídos».*

3. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 395: *El funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 2, 3 y 4 del artículo anterior incurrirá en la pena de multa de la mitad al tanto del valor de los caudales o efectos substraídos, sin que pueda bajar de 100,000 pesetas. Si el funcionario culpable reintegrase antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de reprensión pública».*

4. España (1995)

El Código actual vigente español no contempla la figura en estudio, habiendo implícitamente derogado el tipo penal de peculado culposo.

5. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), artículo 143: *El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión del delito de peculado, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año y multa de 20 a 50 días».*

6. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 137: *El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años».*

7. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 400: *El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo señalado».*

8. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 353: *Será reprimido con 30 a 50 días-multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que trató el artículo anterior».*

9. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 324: *El servidor público que por culpa diere ocasión a que se extravíen o pierdan los dineros, valores, bienes u otros objetos de que trata el artículo 322, o a que otra persona lo sustraiga o malverse, será sancionado con prisión de 6 meses a un año y de 50 a 150 días-multa.*

En estos casos, si el servidor público reintegra parcialmente lo extraviado, perdido o sustraído, la sanción se reducirá de un tercio hasta la mitad y si los reintegra totalmente, se le sancionará solo con días-multa, rebajadas hasta dos terceras partes».

3

PECULADO DE USO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría y relación funcional. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Comportamientos típicos: usar o permitir que otro use. 2. Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración Pública o bajo su guarda. 3. Fines ajenos al servicio. **VII.** Peculado de uso y principio de lesividad. **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Participación. **XI.** Ámbito de la excepción de tipicidad: servicio personal por razón del cargo. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación - exculpación. **XIV.** Penalidad. **XV.** Legislación extranjera: 1. Colombia (1980). 2. Colombia (2000). 3. Argentina (1922). 4. España (1973). 5. España (1995). 6. Portugal (1982). 7. Portugal (1995). 8. Italia (1930).

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 según la modificación producida por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013 la Ley N° 29758, publicada el 21/07/2011; y por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10/06/2021).

I. ANTECEDENTES LEGALES

Sin antecedentes en la legislación penal peruana.

Constituye una recreación normativa del legislador peruano, observándose en los artículos 134 del Código Penal de Colombia de 1980, 425 del Código Penal portugués de 1982 y 396 del Código Penal español de 1973, modelos de referencia aproximados[1017]. El Código Penal italiano posee igualmente una modalidad de peculado de uso momentáneo en su artículo 314, segundo párrafo. Lo mismo sucede con el artículo 235 del Código Penal chileno.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

La figura peruana de peculado de uso ha priorizado un ámbito específico de bienes públicos que son utilizados por fuera de los fines oficiales, por parte del funcionario o servidor público, para atenuar la pena, sin que exista una explicación de política penal coherente de por qué haya tenido que privilegiarse esta modalidad de peculado solo a los bienes detallados en la norma 388 del Código Penal, de modo que le asista al agente una penalidad menor que sea diferente de los casos comprendidos en la modalidad de peculado básico. Por cierto que el peculado por utilización, no solo el contenido en el artículo 388, sino también el del artículo 387, es merecedor –o debe ser merecedor– de una penalidad ostensiblemente menor que la que la norma otorga al peculado por apropiación, lo que se confirma igualmente con las tendencias en la legislación comparada que sigue dicha orientación punitiva sumamente atenuada: España (artículo 396 del Código Penal de 1973: pena de inhabilitación), Colombia (artículo 134 del Código Penal de 1980: 1 a 4 años de prisión), Portugal (artículos 425 y 376.1 de los Códigos de 1982 y 1995, respectivamente: prisión de hasta un año y multa), Chile (artículo 235 del Código Penal de 1874: suspensión del empleo y multa); Italia (artículo 314 del Codice penale italiano: *sei mesi a tre anni di reclusione*).

De otro lado, a diferencia de los Códigos español, portugués y chileno, el modelo peruano no tiene pauta alguna sobre el plazo de devolución o reintegración del bien al patrimonio público, ni precisión acerca del entorpecimiento o daño al servicio público. Por ejemplo, en el modelo italiano de peculado de uso se enfatiza la momentaneidad del uso de la cosa.

(1017) Ver "Legislación extranjera".

El tipo penal de peculado de uso ha restringido el objeto material de acción del delito a los medios físicos de traslado de personas y trabajo, separándose así del modelo portugués, que lo extiende a cosas muebles de valor apreciable, y diferenciándose marcadamente del modelo español, que lo generaliza a los caudales y efectos, y del colombiano, que alude a bienes del Estado.

Es oportuna la extensión normativa de responsabilidad penal a los contratistas y sus empleados, con la que se construye una norma de equiparación del título de autor, para estrictos fines penales, como igualmente la excepción de los vehículos motorizados por razón del cargo.

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciéndose alusión de tal modo al hecho de que el bien es desviado de su destino y empleado en usos distintos al oficial, pero finalmente reintegrado al acervo patrimonial de las entidades públicas. Sobre él, decía en el año 1890 Viada y Vilaseca, que el funcionario que tal hace comete, sino un hurto, una verdadera indelicadeza, aún más grave un abuso de confianza(1018).

Hay que reparar la falta de sindéresis que se aprecia en la penalidad con que se conmina al contratista y sus empleados que hacen uso de los bienes públicos. Igual pena para el sujeto vinculado que a quien carece de roles especiales para con la Administración Pública representa un exabrupto para corregir, sin perjuicio de que se evalúe la cuestión de fondo acerca de la necesidad de dicha «modalidad» de peculado de uso que, constituyendo un delito de simple actividad con grado de lesividad, se le atribuya en los mismos términos de injusto y pena al particular(1019).

El peculado de uso tiene en la legislación penal colombiana una larga historia de regulación típica. En efecto, estuvo contemplado en el Código Penal de 1890 (artículo 459: "Los funcionarios o empleados públicos (...) que hicieren uso de los caudales o efectos de la Hacienda nacional para objetos privados, y por semejante extravío hubieren dejado de cumplirse las atenciones de la misma Hacienda en el respectivo ramo, si reponen los caudales voluntariamente, antes de que la falta llegue a noticia de la autoridad superior, sufrirán además de la privación de empleo con inhabilitación (...), multa (...) de dos a cuatro años de prisión") y en los Códigos de 1936, 1980 y 2000.

(1018) Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, cit., p. 667.

(1019) Al respecto, una severa crítica en Castro Moreno y Otero González: «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los Códigos Penales español y peruano», cit., p. 596.

Las voces críticas contra la criminalización-penalización de esta modalidad de uso de bienes del Estado (o públicos en general) plantean la innecesariedad de su criminalización, donde el procedimiento disciplinario resultaría el más adecuado y proporcional al injusto. En esta orientación, GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU: "No tiene sentido armar un proceso penal para demostrar que un servidor público utilizó durante dos o tres horas para actividades particulares el vehículo oficial que tienen asignado"[1020].

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal, en tanto bien jurídico genérico, busca garantizar el normal desenvolvimiento de la Administración Pública con relación al destino institucional y al interés social del patrimonio público. Específicamente, el objeto de tutela está orientado a asegurar la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal. Adecuada disponibilidad que expresa una de las manifestaciones de la afectación al patrimonio público por acción u omisión del funcionario/servidor público e igualmente por acción del contratista y sus empleados. Tanto en el peculado por apropiación y utilización genérico como en el peculado de uso se afecta el patrimonio público, sensiblemente en el primer caso y moderadamente en el segundo, sin que pueda afirmarse que en el peculado de uso no existe afectación al patrimonio público en su dimensión funcional y dañosidad material[1021].

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA Y RELACIÓN FUNCIONAL

El funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio, a título de autoría o coautoría, en todos los ámbitos de la Administración Pública, lo que incluye incluso a las empresas del Estado[1022].

(1020) GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: Delitos contra la Administración Pública, cit., p. 249.

(1021) En la misma idea, ETXEBARRIA ZARRABEITIA: en cualquier caso, tanto en el peculado propio como en el peculado de uso, el sujeto activo obtiene una utilidad derivada de la incorporación a su patrimonio –aun temporal– de los fondos malversados, perjudicándose en principio el patrimonio público. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier: *Malversación de caudales públicos*, cit., p. 198.

(1022) Al respecto, véase la ejecutoria suprema del 17/01/2013, R. N. N° 297-2012-Ica, Sala Penal Permanente: "De lo expuesto, se tiene que al encausado, quien tenía la calidad de Presidente de la Junta General de Accionistas de la EPS EMAPICA S.A., por ostentar el cargo de Alcalde de la Municipal de Lea, por ser esta la accionista mayoritaria, se le asignó el vehículo para la realización de actividades funcionariales que incidan en la mejora de la calidad de vida de la comunidad iqueña, habiendo este dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el colegio hasta su domicilio, es decir usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio; no resultando creíble la versión de descargo del encausado que desconocía

Por extensión normativa son considerados autores (sujetos equiparados) para efectos penales el contratista de obras públicas y sus empleados, a condición de que los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo pertenezcan al Estado o la Administración Pública. Se ubica aquí una extensión más criticable, por cierto, que da cuenta de la lectura punitiva del concepto de funcionario público que se agrega a lo establecido por el artículo 386 del Código Penal.

El tipo se satisface con una relación funcional flexible de los sujetos públicos con los vehículos, máquinas e instrumentos del Estado, bastando en varios supuestos que se hallen destinados al servicio oficial en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores, esto es, no necesariamente por razón del cargo. Esta relación funcional flexible se aprecia en la medida que el tipo penal no ha hecho uso de los vinculadores funcionales "percepción", "administración" o "custodia". Pero tal indicación no descarta que en determinadas hipótesis sea necesaria la relación funcional intensa, sobre todo cuando los bienes específicos a los que alude la norma se hallan bajo la custodia directa del funcionario o servidor, quien ejerce sobre los mismos actos de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal, cuando "se hallan bajo su guarda", situación que se produce con el instrumental de trabajo que es confiado a todo funcionario o servidor público. Relaciones intensas se producen igualmente con las máquinas o vehículos que son entregados a determinados funcionarios o servidores, para destinarlos a usos oficiales y a otros para su custodia.

En la legislación penal portuguesa, dicha relación funcional flexible con los bienes objeto de protección se expresa con las frases "le fueran entregadas", "estuvieren en su posesión" o "le fueren accesibles en razón de sus funciones", que se encuentran como componentes del tipo penal 376 del Código Penal portugués. En cambio, la legislación penal colombiana hace empleo dual, es decir, tanto de una relación funcional intensa como de otra relativamente flexible, mediante las frases "cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de su cargo o con ocasión de sus funciones", que forma parte del artículo 398 del Código Penal colombiano.

La jurisprudencia se ha encargado de enfatizar la relación funcional: "El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican –en el actuar del funcionario

---

que su coencausado efectuaba el recojo de sus menores hijos 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 su coimputado, en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso".

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"[1023].

V. SUJETO PASIVO

El Estado y, en sentido más concreto, las diferentes entidades de la Administración Pública, que son las que resultan afectadas en la disponibilidad de su patrimonio.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El delito de peculado de uso, regulado en el artículo 388 del Código Penal no tendría por qué ser diferente del peculado por utilización del artículo 388 del Código Penal, pues ambos tienen igualdad esencial más allá de los forzamientos de la política criminal nacional al establecer dos modalidades diferentes en penalidad y por la comprensión o abarcamiento de bienes. Es más, no debería tener existencia normativa el peculado de utilización contemplado como segunda modalidad de peculado del artículo 387, tanto por su menor grado de lesividad al patrimonio como por la orientación legislativa comparada que regula el peculado de uso como una modalidad atenuada de peculado, de modo general, sin establecer diferencias por la calidad de determinados bienes muebles como hace la fórmula peruana y con una pena sumamente disminuida en relación al peculado por utilización.

A diferencia de lo que sucede en la legislación penal comparada que regula el peculado de uso como figura autónoma, en nuestro caso, al estar ya incorporado en el artículo 387 un peculado por utilización básico o genérico, el peculado de uso actúa como modalidad atenuada del peculado de utilización, circunscrita a determinado bienes públicos y conservando las mismas características que le identifican con el peculado por utilización, por su propia naturaleza, esto es, la momentaneidad y temporalidad del uso, y la devolución al acervo patrimonial público del bien; con la diferencia de que está reservado exclusivamente para bienes muebles, lo que le diferencia sustantivamente del tipo básico y genérico de utilización, que incluye también inmuebles, bienes fungibles y dinero.

(1023) Ejecutoria suprema del 18/09/2010, R. N. N° 1269-2009-Puno, Sala Penal Transitoria.

Tomemos como ejemplo el Código Penal portugués, del cual se han copiado ciertos componentes del diseño de peculado de uso para articularlos en el diseño nacional. Los artículos 375 y 376 regulan los delitos de peculado por apropiación y por uso, respectivamente. El primero castiga con dos niveles de pena al funcionario que se apropia ilegítimamente, en provecho propio o de otra persona, dinero o cualquier cosa mueble pública o particular: de 1 a 8 años de prisión, y si los valores u objetos apropiados son diminutos, con pena de prisión hasta tres años o multa. El artículo 376 criminaliza y castiga el peculado por uso con pena de prisión hasta de un año o multa de hasta 120 días, cuando el funcionario hace uso o permite que otra persona haga uso, para fines ajenos a los que están destinados, cosas inmuebles, vehículos u otras cosas muebles de valor apreciable públicos o particulares. Es importante enfatizar del tipo penal portugués (i) que no existen dos peculados de utilización-uso, sino solo uno y siempre castigado con pena mínima; (ii) que el peculado de uso es tratado en un artículo diferenciado del peculado por apropiación; y (iii) que el peculado de uso incluye los vehículos, pero igualmente cualquier bien mueble. Lo mismo sucede en las fórmulas española y colombiana, en tanto solo existe un peculado de uso castigado con pena sumamente atenuada.

Obviamente y en esto la doctrina nacional es unánime al cuestionar la exagerada penalidad del peculado por utilización que se sale de los límites de razonabilidad que imponen los criterios de proporcionalidad abstracta y concreta. Y si bien no se ha postulado, en la doctrina nacional, tratar la criminalización y punición de todo el marco posible de peculados por utilización-uso, en una línea de unificación con base a un único tipo penal atenuado, de modo que el rigor del peculado solo quede para su modalidad de apropiación, ello constituye un tema actualmente vigente para su reforma *de lege ferenda*.

El núcleo que capitaliza los comportamientos típicos son: *usar* o *permitir que otro use*. Son elementos materiales constitutivos del tipo penal: **a)** usar o permitir el uso; b) constituye objeto material de la acción: bienes específicos pertenecientes a la Administración Pública: vehículos, máquinas e instrumentos de trabajo; y **c)** fines ajenos al servicio. Componentes descriptivos y normativos insertados en una lógica de momentaneidad y temporalidad del uso ilegal, lo que lleva aparejada la devolución del bien al patrimonio de la entidad pública. La tipicidad subjetiva del delito se integra con el conocimiento y voluntad de comisión del delito y una finalidad de actuar para aprovecharse del bien sin voluntad de constituirse en propietario *de facto*.

1. Comportamientos típicos: usar o permitir que otro use

La frase usar o permitir que otro use está tomada en su acepción usual, es decir, literal, sin que implique formalidad alguna: el usar, el servirse de la utilidad o ventaja, sin derecho o sin debida autorización, que brinda el vehículo, la máquina u otro instrumento de trabajo destinados al servicio oficial. *Usar* es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros. Es discutible, aunque no inadmisible, considerar que el usar comprenda también el trabajo humano. Más allá de las disquisiciones de si sea o no el ser humano que trabaja o presta servicios un instrumento de trabajo –lo que resulta inaceptable desde una perspectiva humanista– o un valor realizable económicamente desde la óptica del capital, está el hecho de que el utilizar mano de obra pagada por el Estado para fines personales es una realidad objetiva y que necesita, además del control administrativo, un control penal de prevención general y especial. En tal sentido, el peculado de uso específico del artículo 388 brinda un altamente discutible canal de interpretación al respecto(1024), por los atendibles cuestionamientos y la necesidad de una explícita y expresa redacción legislativa, ya que no sería posible subsumir este supuesto en los alcances del peculado básico que trabaja con caudales o efectos.

Permitir que otro use, esto es, que tercera persona se aproveche de las ventajas de cualquiera de las tres clases de bienes muebles consignadas en la norma penal, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros. El término «otro» alude a cualquier persona, particular o funcionario-servidor público, persona natural o jurídica ajena a los fines oficiales.

La jurisprudencia nacional consideró delito de peculado de uso la conducta de los efectivos policiales que usaron el vehículo incautado por la División Antidrogas, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva del Control de Drogas, circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito(1025).

(1024) Francisco Ferreira mantiene la tesis que el utilizar el trabajo humano pagado por el Estado es uso de bienes del Estado (Cfr. Ferreira Delgado: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 34). El artículo 261 del Código Penal argentino (segundo párrafo) contempla específicamente el delito de usar en provecho propio o de tercero trabajos o servicios pagados por la Administración Pública.

(1025) Ejecutoria suprema del 22/01/2003, Exp. N° 3201-2001-Lima.

El uso ilegal de máquinas, vehículos o instrumentos de trabajo es extensible normativamente al contratista o sus empleados[1026], quien tiene vínculos contractuales con el Estado, generalmente un *extraneus*, pudiendo excepcionalmente tratarse de otros funcionarios o servidores públicos de una empresa del Estado que contrata con la entidad pública. En este contexto de peculado de uso que resulta imputable al contratista y sus empleados (personas que trabajan para él) la extensión a los empleados del contratista deberá circunscribirse a quienes se hallan en la obra en relación o vínculo de trabajo[1027]. No obstante, el tema es espinoso y solo resulta explicable por la ya declarada proclividad del legislador nacional a recrear el concepto penal de funcionario público incluso contra mínimos de racionalidad jurídica y de lesividad material desde la impronta de la infracción del deber.

Es característica propia de esta figura penal el hecho de que en la voluntad del sujeto activo no está la apropiación del bien como objetivo, sino el uso temporal y por lo mismo su retorno al ámbito del patrimonio público. El agente no actúa con voluntad de dominio o de propietario de hecho, reconociendo la pertenencia o propiedad del Estado. El delito es necesariamente doloso. La ley no ha previsto penalmente la distracción o uso ajeno a los fines oficiales de naturaleza culposa.

Puede definirse el peculado de uso, nos dicen Leal Henriquez y Simas Santos, como la utilización momentánea y precaria, *sin animus domini,* de cosas fungibles –una máquina de escribir, un vehículo automóvil, etc.– que posteriormente es repuesta intacta en su lugar[1028].

La jurisprudencia de la Corte Suprema igualmente en este apartado ha enfatizado la importancia del dolo tanto por formar parte de la naturaleza del delito como por cuanto permite diferenciarlo de simples anomalías administrativas: "Para la configuración del delito de peculado de uso se requiere que el funcionario o servidor público use o permita que otros usen para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallen bajo su guarda. Que si bien se puede afirmar –según su propia versión– que condujo el vehículo sin la papeleta de salida, tal omisión solo

(1026) Contratista: persona, generalmente una empresa privada, que ejecuta obras materiales para los órganos estatales en virtud de convenios o contratos.

(1027) Véase las interesantes formulaciones críticas que efectúa Hugo Álvarez: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., pp. 118 a 120.

(1028) Leal Henriquez, Manuel y Simas Santos, Manuel: *Código Penal anotado*, cit., p. 1624. En el tipo penal portugués de peculado de uso, se incorporan bienes inmuebles, muebles y el dinero. En el año 2015, mediante la Ley N° 30 del 22 de abril, se amplió el objeto de tutela del delito de peculado de apropiación o de uso a los bienes inmuebles.

puede constituir una inobservancia de falta administrativa pero no así una conducta dolosa, que configure delito de peculado de uso"[1029].

2. Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración Pública o bajo su guarda

Que sean de pertenencia del Estado (de la Administración Pública, en un sentido más amplio) o de bienes de particulares bajo relaciones de guarda, esto es, de vigilancia y conservación por parte de la Administración Pública es un requisito formal que deben cumplir los bienes señalados para integrar la plenitud típica del objeto material de la figura penal en estudio; pertenencia de la Administración Pública que se materializa a través de la posesión de los mismos por parte de los órganos funcionales de la Administración, lo que nos lleva de inmediato a enfatizar la vinculación funcional entre los funcionarios/servidores públicos y los vehículos, máquinas e instrumentos de trabajo.

Los bienes muebles detallados por la norma penal nacional excluyen del tipo los bienes fungibles y el dinero. Como es fácil observar, el objeto de protección está orientado a bienes de capital no fungibles y de importancia.

Los vehículos son medios físicos de transporte de personas o cosas, o para otros usos: así, mecánicos, a propulsión o eléctricos: automóviles, camionetas, camiones, volquetes, buses, aviones, helicópteros, fragatas, corbetas, barcazas, yates, moto náutica, botes y otros de uso oficial, tractores, carruajes, ganado de carga, etc.

Las máquinas, en cambio, son aparatos o artificios mecánicos, eléctricos o electrónicos que permiten aprovechar, concentrar y maximizar fuerza, rendimiento y tiempo. Así: motores, grúas, sierras eléctricas, computadoras, fotocopiadoras, imprentas, diversas máquinas agrícolas, hidráulicas, sanitarias (de anestesia, equipo de ultrasonido, electrocardiógrafos, motor de signos vitales, desfibrilador, respirador artificial, esterilizadores, tomógrafos), etc. Las máquinas objeto de protección penal serán aquellas de uso o custodia en las diferentes entidades administrativas.

El término *cualquier otro instrumento* es de amplitud genérica y residual, por lo mismo, significa todo lo que sirve de medio para hacer una cosa a conseguir un fin, que no sea un vehículo o máquina, en el ámbito de la función o el servicio público. Así: los teléfonos, tabletas, camillas,

(1029) Ejecutoria suprema del 20/04/2015, R. N. N° 2170-2013-Huancavelica, Sala Penal Permanente.

mesas quirúrgicas, *laptops*, disquetes para computadoras, faxes, televisores, radios, bisturís, tijeras de cirugía, estetoscopios, etc.

La jurisprudencia de la Corte Suprema igualmente en este punto ha hecho uso de principios limitadores de la injerencia penal –subsidiaridad, *ultima ratio*, injerencia administrativa– en vehículos e instrumentos de trabajo de escasa relevancia para afectar el bien jurídico protegido. Así, en el uso de motocicletas y línea telefónica(1030).

3. Fines ajenos al servicio

El concepto «servicio» es fundamental en el modelo peruano de peculado de uso. Con él se alude a un término funcional-normativo que designa una unidad específica de acción que despliega actividades concretas, con bienes públicos en un puntual y focalizado ámbito de trabajo, cubriendo el desarrollo de obras o servicios de interés estatal, como por igual –en una interpretación más amplia– que llega a cubrir actividades conjuntas de diversas entidades que hacen función o servicio público en sistema de bloque, generalmente de modo coyuntural y/o eventual. Así, en este segundo caso, en el trabajo conjunto entre fiscales y policías en materia antidrogas, sistemas de trabajo en servicio de bloque entre fiscales y procuradores en materia anticorrupción, operativos de la SUTRANC que engloban a funcionarios y servidores del Ministerio de Transportes y la Policía Nacional, que puede suponer el uso conjunto e intercambiable de bienes públicos. Hay que tomar en cuenta que el tipo penal no ha condicionado el elemento

(1030) Ejecutoria suprema del 05/03/2013, R. N. N° 1883-2012-Junín, Sala Penal Transitoria: "El principio de intervención mínima, integra dos postulados básicos del Derecho Penal preventivo: subsidiaridad o *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal, en atención al último postulado exige que solo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege; situación que sin duda no se presenta en el caso *sub-lite*, habida cuenta de la falta de entidad de la conducta que desplegó el imputado –servidor público que utilizó la motocicleta que le asignó la unidad estatal donde labora, trasladándose a un lugar distinto señalado por la orden de servicio, que dio como resultado la sustracción de la motocicleta por terceros, que sin embargo luego la repuso. En todo caso el Derecho Administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado". Ídem, ejecutoria suprema del 13/02/2014, R. N. N° 3004-2014-Cajamarca, Sala Penal Permanente: "El hecho que el procesado, trasladó la línea telefónica de la entidad municipal a su domicilio y que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal, imputación que es aceptada por el referido encausado, conducta que es 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 mismo no produce una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del Derecho Penal mediante la pena, precisamente por no trasgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal".

normativo "fin propio del servicio" al cargo o función pública detentada por el funcionario público.

Los fines ajenos al servicio a los que destina el funcionario o servidor los bienes señalados pueden ser diversos: uso privado personal, de entidades empresariales, familiares, amigos, de grupos políticos, personas jurídicas, etc., pero siempre con ajenidad al servicio. Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone beneficio o provecho para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Las formas del uso igualmente pueden ser numerosas, directas, indirectas, puede prestarlas, alquilarlas, empeñarlas, etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares.

No son usos ajenos a los oficiales la utilización que se hace de los bienes específicos en otras reparticiones públicas; sin embargo, no son usos debidos, lo que abonará una hipótesis de malversación de fondos, de no existir autorización para tales efectos y se cumplan los otros requisitos del artículo 389 del Código Penal peruano.

VII. PECULADO DE USO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El peculado criminaliza una práctica funcionarial anómala muy extendida en las distintas reparticiones públicas, consistente en la utilización, por funcionarios y servidores, de los bienes del patrimonio público para fines ajenos a los de la Administración Pública. Ajenidad que abarca los fines propios del sujeto público y de terceros, incompatibles con los cometidos públicos. Más allá de las particularidades del artículo 387 del Código Penal, que ha seleccionado tres rangos de bienes muebles a efectos de construir la redacción de esta modalidad atenuada de peculado por utilización, el peculado de uso carece del grado de ofensividad material poseído por el peculado mediante apropiación, lo que explica que los contados Códigos Penales que castigan dicha modalidad irregular de uso de bienes públicos siempre lo hagan con penas disminuidas y de manera general para toda utilización de bienes públicos sin hacer distinciones entre peculado de utilización y de uso, pero exigiendo para este último un nivel apreciable de afectación al bien jurídico, de modo que permita superar su relevancia meramente disciplinaria o administrativa. El caso de la jurisprudencia italiana es (especialmente) ilustrativa de esta orientación al considerar en la Sentencia de Casación N° 50944, del 04/12/2014, que la conducta del funcionario público o del encargado de un servicio público que utiliza el teléfono de la oficina para fines personales fuera de casos de urgencia o autorizaciones específicas y legítimas integra el delito de peculado de uso si produce daño apreciable al patrimonio de la Administración Pública o

a la funcionalidad de la oficina, en cambio será penalmente irrelevante si no presenta consecuencias económicas y funcionalmente significativas.

Menor nivel de injusto penal, en el cual los bienes del Estado y de las diversas reparticiones públicas afectadas no se pierden ni deterioran sustancialmente su funcionalidad, pero no por ello deja de ser un comportamiento abusivo y doloso del sujeto público. Sin embargo, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la pena debe requerir necesariamente de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico; en este caso, la afectación en la disponibilidad de los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo y una dañosidad material –generalmente– poco acentuada, que es una forma o expresión con la que se ataca el patrimonio público. Se trata, en suma, de no convertir ilícitos de bagatela o meramente disciplinarios en temáticas de contenido penal saturando las agencias judiciales para casos que bien pueden encontrar un mejor abordamiento jurídico sancionador en la vía administrativa disciplinaria: usos eventuales de la fotocopiadora de la entidad, del teléfono, del vehículo, etc.). Es importante destacar que en la jurisprudencia italiana se pide un informe de funcionalidad de la cosa sustraída como forma de medir el grado de lesividad material del comportamiento, que debe comprometer el "destino institucional de la cosa sustraída con un perjuicio, aunque modesto, pero apreciable a la funcionalidad de la Administración Pública"[1031].

Con base en dicho principio rector del Derecho Penal peruano, el juez, al momento de evaluar el comportamiento del sujeto público y la concurrencia de los demás componentes del tipo penal, deberá merituar la trascendencia del uso en tanto afectación al bien jurídico protegido tutelado, para excluir la injerencia punitiva en hechos insignificantes o de bagatela –conforme ha tenido ya la jurisprudencia suprema de emitir pautas interpretativas al respecto–; como por igual y para cada caso concreto, el tiempo de demora en la restitución del bien, su grado de depreciación y desgaste. Es posible igualmente, como plantea ANTOLISEI, que exista peculado todas las veces que ese uso impida u obstaculice gravemente alcanzar los objetivos propuestos por la Administración Pública[1032].

En sectores de la doctrina y jurisprudencia comparada, en especial en Colombia, se ha considerado que "lo principal no es el detrimento patrimonial sino el menoscabo al correcto funcionamiento de la Administración Pública, es decir, la utilización ilegal del bien sin menoscabo material o funcional basta para la configuración del ilícito. Como quiera que es

(1031) Véase p. 811 sumillas de jurisprudencia italiana sobre peculado de uso.

(1032) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 608.

suficiente el choque con el normal funcionamiento de la Administración Pública"[1033]. Otro sector de la doctrina colombiana, en este caso MOLINA ARRUBLA, siguiendo la línea de interpretación de BERNAL PINZÓN, tiene el criterio que el peculado de uso es un delito de resultado material, "pues para su consumación se requiere la producción de un resultado externo independiente de la conducta. Dicho de otra manera, se trata de un delito de daño o de lesión y no de mero peligro, ya que el momento consumativo coincide con la efectiva lesión al interés jurídicamente tutelado"[1034].

A continuación, veamos algunos de los criterios de la **jurisprudencia penal italiana**, establecidos en variadas sentencias de casación sobre peculado de uso: (i) el peculado de uso constituye una figura autónoma de delito y no una mera circunstancia atenuante del peculado previsto en el primer párrafo del mismo artículo, Sez 6 sent. 46244 dell 27/11/2012; (ii) el peculado de uso se caracteriza por la preordenación de la apropiación a un uso temporal, por tanto, no necesariamente instantáneo, de la cosa y por la devolución inmediata posterior al uso temporal, con la consecuencia de que, en presencia de estos requisitos la repetición de la conducta integra una pluralidad de hechos, conforme al artículo 314, segundo párrafo, pero no el cambio en la calificación jurídica del hecho en peculado ordinario, primer párrafo del artículo 314, Sez 6, sent. 39770, dell 25/09/2014; (iii) configura delito de peculado de uso la conducta del custodio, no propietario del bien sometido a secuestro, que lo utiliza abusivamente para el tráfico rodado, Sez 6, sent. 43474, dell 08/11/2012; (iv) el peculado de uso es configurable únicamente si recae sobre una cosa en particular y no sobre cosas de cantidad como el dinero, esto se debe a que no es posible, respecto al dinero, la devolución de la misma cosa después del presunto uso momentáneo según criterios de su natural usabilidad, Sez 6, sent. 12218 del 29/11/1991; (v) para la configuración de la hipótesis penal del peculado de uso es necesario que la duración de la apropiación no exceda el tiempo de uso de la cosa sustraída de su destino institucional de manera que no comprometa gravemente la funcionalidad de la Administración Pública. Además, es fundamental la relación de funcionalidad de la cosa sustraída con respecto a la naturaleza del uso momentáneo (en aplicación de este principio, la Corte consideró acertada la calificación del juez de primera instancia que había considerado que el delito de peculado, más que el delito de peculado de uso, estaba integrado en la conducta del imputado, quien

(1033) LOMBANA VILLALBA, Jaime: "Peculado", en CASTRO CUENCA, Carlos: *Manual de Derecho Penal. Parte especial* Tomo II, Bogotá, Editorial del Rosario-Temis, 2011, p. 251.

(1034) MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario: *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera edición, Bogotá, 2000, p. 115; BERNAL PINZÓN, Jesús: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1965, p. 34.

había desmontado piezas de la computadora de la oficina para instalarla en su computadora privada para desarrollar trabajos a domicilio, Sez 6, sent. 9205 dell 01/03/2004; (vi) no es configurable el delito de peculado de uso en el uso episódico y ocasional de un vehículo de servicio, si la conducta abusiva no ha causado un daño patrimonial apreciable en relación al uso de combustible y energía, Sez 6, sent. 7177 dell 24/02/2011; (vii) en tema de peculado de uso, el límite del uso legítimo de los vehículos del Estado (con chofer) de parte de cualquier funcionario para realizar itinerarios, incluido el acompañamiento casa-oficina, consiste en la prohibición absoluta del uso por motivos personales de carácter privado, valoración encomendada al juez de primera instancia, Sez 6, sent. 1113, del 06/02/1997; (viii) la conducta del funcionario público o del encargado de un servicio público que utiliza el teléfono de la oficina para fines personales fuera de casos de urgencia o autorizaciones específicas y legítimas integra el delito de peculado de uso si produce daño apreciable al patrimonio de la Administración Pública, o de terceros, o un daño concreto a la funcionalidad de la oficina; mientras que debe ser considerado penalmente irrelevante si no presenta consecuencias económicas y funcionalmente significativas, Sez 6, sent. 50944, del 04/12/2014.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El funcionario, servidor público, contratista y los empleados de este deben usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son de la Administración Pública y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal. Es suficiente el dolo eventual para que los actos y omisiones adquieran la relevancia penal del peculado de uso. El tipo penal excluye la relevancia penal de comportamientos culposos de peculado de uso.

La existencia de error de tipo invencible hace atípica la figura. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema: "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 consciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal"[1035].

(1035) Ejecutoria suprema del 18/09/2013, R. N. N° 1541-2012-Lima, Sala Penal Permanente; ídem ejecutoria suprema del 20/04/2010, R. N. N° 4595-2008-La Libertad, Sala Penal Transitoria: se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es, que se actúe con consciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial.

Igualmente, un caso de error de prohibición, véase en la ejecutoria suprema del 21/03/2003, Exp. N° 1522-2002-Ayacucho, Sala Penal[1036].

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La naturaleza del comportamiento típico es activa en el usar, y omisiva en el dejar o permitir que otro use. El delito es de simple actividad, es decir, el uso del bien consuma el delito, siempre que se produzca la devolución del bien al acervo patrimonial de la entidad pública. Sin embargo, este uso afecta ya el patrimonio público en su disponibilidad funcional –tiempo de uso– como en su materialidad: depreciación y desgaste. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha tenido oportunidad de precisar que: "En buena cuenta, lo que pretende el tipo penal es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las máquinas, 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[1037].

Lo que se está castigando realmente, nos dicen MOLINA ARRUBLA y Carlos PÉREZ, es la interferencia hecha a la potestad del Estado de disponer de tales medios o instrumentales de trabajo, en función de finalidades privadas[1038]. El uso, para determinar la consumación en este delito, estará supeditado a la naturaleza y finalidad de destino de cada bien y a sus expresiones concretas de utilización, ya se trate de máquinas, vehículos o instrumental de trabajo. La evaluación de la voluntad de uso y no de apropiación

(1036) Los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público no se han acreditado de modo alguno, puesto que el encausado, al efectuar las llamadas de larga distancia de carácter personal, en su condición de director del hospital, lo hizo pensando que era uno de sus derechos y que le estaba permitido, al no tener ninguna comunicación que le permitiera lo contrario, por lo que actuó en error de prohibición, ya que consideró que estaba procediendo por la condición de jefe y desconocía que al efectuar las llamadas telefónicas a larga distancia constituía delito de peculado de uso.

(1037) Ejecutoria suprema del 20/04/2010, R. N. N° 4595-2008-La Libertad, Sala Penal Transitoria.

(1038) MOLINA ARRUBLA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 93. Véase la ejecutoria suprema del 20/04/2015, R. N. N° 2149-2013-Amazonas, con la que se confirmó la condena por delito de peculado de uso del procesado, jefe de Abastecimiento de la UGEL-Condorcanqui, quien tenía bajo su custodia treinta televisores y 30 DVD, que iban a ser entregados a los beneficiarios de un programa nacional de alfabetización. Representantes del Ministerio Público intervinieron el domicilio del funcionario y encontraron un DVD, el cual había utilizado en fines ajenos a los oficiales; no siendo atendida su argumentación de que se hallaba comprobando la operatividad del referido bien, prevaleciendo la afirmación fiscal que ello se debe efectuar dentro del ámbito de la propia Administración.

usualmente trae consigo serias complicaciones, al tratarse de un asunto de análisis de las predisposiciones internas del agente; sin embargo, el componente devolución, restitución o retorno en condiciones de razonabilidad de uso permite alejar la idea de la apropiación. En el supuesto de que el uso del bien no se complete y en esas circunstancias sea descubierto el agente, ello complica la interpretación del peculado de uso, donde solo las inferencias y las circunstancias concretas permitirán articular dicho peculado atenuado o descartarlo para afirmar peculado por apropiación (por ejemplo, que el tractor se encuentre en lugar lejano al de la jurisdicción de la entidad o el vehículo haya sido dado en alquiler a tercera persona por tiempo indeterminado). La imposibilidad de que se produzca la devolución del bien, luego del uso temporal, por razones de fuerza mayor o caso fortuito también, esto es, por factores que no son del dominio del sujeto público, deberán ser evaluadas para excluir la hipótesis del peculado por apropiación.

No existe en el peculado de uso específico por parte del sujeto activo voluntad de apropiación, por lo mismo, no existe un ánimo expropiatorio del bien, sino la voluntad de retornarlo a la entidad pública luego de su uso. Si bien por la propia naturaleza del uso este requiere una apropiación o sustracción temporal mínima, la misma no configura el concepto apropiación en calidad de propietario *de facto* que desconoce la pertenencia pública del bien, sino una apropiación funcional orientada al uso y posterior devolución. No es necesario acreditar que el agente del delito haya actuado con ánimo de lucro, al no ser ello componente del tipo penal, ni tampoco demostrar que efectiva y contablemente obtuvo beneficio económico o de otra naturaleza, bastando la utilización para fines no oficiales, sin perjuicio de que efectivamente el sujeto se aprovecha del bien, de sus calidades funcionales o de destino, pudiendo incluso obtener beneficio económico con el uso, que resulta absorbido por el tipo penal y reclamable por la entidad pública. De otro lado, no abona la tesis de ser el hecho un peculado de uso, con la penalidad del artículo 387 (2 a 4 años de pena privativa de libertad) la utilización continua, reiterada, la negativa a la devolución, sino más bien una hipótesis de peculado básico de apropiación, en el cual el *rem sibi habendi* siempre ha estado presente o, en la práctica, ha desplazado al *animus utendi.*

En materia de **temporalidad del uso**, la norma penal peruana no ha colocado referente alguno sobre el plazo de retorno-devolución del vehículo, máquina o instrumento de trabajo, lo que permite entender que cada caso tendrá que ser analizado concretamente. El Código Penal español de 1995, antes de la reforma de 2015 fijó en un plazo de 10 días, a la incoación del proceso, la devolución o reintegro del bien al patrimonio público con la finalidad de no aplicar los efectos punitivos del tipo básico. Al respecto, es

bastante ilustrativa la solución de la legislación chilena al tema del reintegro del bien público en el delito de aplicación a usos propios (del funcionario): nos dicen RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDON WIDOW que el reintegro del bien antes del requerimiento administrativo excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas(1039).

En la jurisprudencia española anota CATALÁN SENDER que existen discrepancias sobre los efectos del reintegro, "pues una corriente jurisprudencial entiende que aunque se devuelva en el plazo (10 días) lo distraído, si de la prueba se deduce que el ánimo de apropiarse la cosa o caudal fue definitivo y no temporal, entra en aplicación el artículo 432.1"(1040), artículo que se refería, antes de la reforma de 2015, a la sustracción de caudales o efectos públicos.

La idea de la devolución se maneja bajo la hipótesis de que sea el mismo bien en calidad, operatividad y cantidad, que se apartó de la Administración para ser usado ilegalmente, lo que trae consigo el problema de interpretación del retorno de cosas no fungibles (bienes muebles que no se destruyen o consumen con el uso) en especie igual o similar, con especificaciones iguales o parecidas. Si el bien que se devuelve es distinto al que se utilizó, pero igual en calidad y especificaciones, parece no haber mayores problemas para afirmar el peculado atenuado, máxime si puede ser más nuevo. El problema puede radicar en la especie parecida que se devuelve, pues no es ya el mismo bien, sino otro, igualmente cuando el bien restituido se halla inoperativo o semidestruido. Sin embargo, una posición rígida en la interpretación, con exclusión de la última hipótesis, haría difícil la aplicación del tipo de peculado de uso abonando la tesis de la pérdida del bien. En este punto es bastante ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo español del 13/04/1981, cuando indica que: "*Se trata de estimular*

(1039) RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública*, cit., p. 390. Precisan dichos autores que: *"Según el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se presume de manera simplemente legal que ha cometido sustracción de los valores que tiene a su cargo el funcionario que, requerido por dicho organismo, no puede presentar debidamente documentado el estado de cuenta de esos valores.* Contrario sensu *el reintegro del bien antes del requerimiento excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas. Queda todavía el problema del reintegro realizado durante el sumario administrativo subsecuente y antes de comenzar la persecución criminal. Al respecto la jurisprudencia mayoritaria estima excluido el delito si el reintegro se realiza aun durante el sumario administrativo, siempre que se haga antes de iniciarse la persecución criminal; en esos casos, no se configuraría delito alguno y solo serían aplicables medidas disciplinarias".*

(1040) CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 281.

y primar a todo trance la restitución de lo malversado –suprema aspiración de la Hacienda– suponiendo que el infractor no se proponía apoderarse definitivamente de los caudales".

Cuando el uso de la máquina o el instrumento de trabajo se corresponde a la conducta ejecutiva del tercero que se aprovecha del bien, quien consuma el delito es el funcionario o servidor público, radicando dicho momento en el acto de permitir la utilización indebida del bien. No se puede razonar en el sentido de que sea el *extraneus* (quien concreta el uso) el sujeto activo del delito, esto es, quien consuma el delito. Sería ello una interpretación antojadiza e incorrecta.

La jurisprudencia penal italiana, en la Sentencia de Casación N° 9205 del 01/03/2004 ha ofrecido un importante criterio para interpretar la temporalidad del uso: "Para la configuración de la hipótesis penal del peculado de uso es necesario que la duración de la apropiación no exceda el tiempo de uso de la cosa sustraída de su destino institucional de manera que no comprometa gravemente la funcionalidad de la Administración Pública".

En la modalidad de uso indebido que toma al contratista y a sus empleados como autores de delito de peculado de uso, vía extensión equiparadora de calidad funcional (pues otra forma de interpretar su inclusión en el tipo de dichos particulares parece no posible en el marco de imputación del peculado), el delito se consuma al producirse la utilización de los bienes nominados en la norma penal, sin que exista necesariamente conducta omisiva o activa que imputar al funcionario o servidor vinculado, salvo que se considere que el funcionario ha permitido el uso, lo cual, sin embargo, ya estaría contemplado en la redacción de la fórmula básica del peculado de uso del artículo 388 del Código Penal, no siendo razonable su especificación en una norma desagregada. Se fundamenta la tesis expuesta en la especial vulnerabilidad, ante la propensión a incurrir en comportamientos anómalos, que puede implicar la cercanía de los contratistas y sus empleados, en cuanto a utilizaciones ilegales de los bienes públicos; de tratarse de bienes del contratista, la figura es atípica.

En determinados casos será necesario dimensionar y cuantificar el daño causado con el uso ilegal del bien mueble, lo que requerirá actuación pericial a efectos de objetivizar la reparación civil, sin que ello tenga implicancias en la naturaleza del injusto.

Este delito, que es una variedad específica de peculado de uso, admite formas de tentativa y el desistimiento.

X. PARTICIPACIÓN

Cabe participación a nivel de instigación de particulares o sujetos públicos para que el sujeto activo cometa el delito de peculado de uso, también las hipótesis de complicidad por parte de los mismos sujetos.

El *«otro»* al que hace alusión el tipo, en la modalidad omisiva «permite que otro use» no resulta imputable a título de peculado, siendo muy discutible que se le pueda atribuir delito de hurto de uso, dado que, como bien sostiene en este punto ABANTO VÁSQUEZ, la conducta a imputar objetivamente es la de utilización, no la de sustracción que en tanto comportamiento típico previo es inherente al hurto de uso del artículo 187 del Código Penal. No obstante, es posible en determinados casos considerar que el *«permite que otro use»* comprende también la sustracción, dado que para la utilización del bien específico pueden darse las dos formas viabilizadoras de tal suceso, esto es, en primer lugar, el inmediato uso en tanto relación directa no causal con la sustracción (lo cual supondrá una posesión previa del bien por parte del tercero) o, en segundo lugar, tener que remover o alejar el bien de la guarda del funcionario o servidor público, lo cual supone ya una sustracción luego de la cual obtendrá sentido el usar (por parte del otro) para fines ajenos al servicio, solo que la sustracción no es para el apoderamiento del bien, sino la vía instrumental para su indebida utilización. Tal ajenidad del servicio deja abierta tal interpretación.

XI. ÁMBITO DE LA EXCEPCIÓN DE TIPICIDAD: SERVICIO PERSONAL POR RAZÓN DEL CARGO

Los alcances de tipicidad del peculado de uso específico tienen una expresa limitación cuando los vehículos motorizados, no cualquier vehículo ni las máquinas u otros instrumentos de trabajo, se hallan destinados al servicio personal del funcionario o servidor público, siempre y cuando exista una vinculación funcional por razón del cargo. Obviamente, no podrá acudirse a la norma general del peculado por utilización, pues la permisión es específica al contenido del tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal.

Los vehículos motorizados, que en relación al funcionario, se hallan excluidos alude así a los que están asignados al uso personal por razón del cargo, no así los vehículos adscritos al funcionario para fines oficiales, que generalmente llevan el distintivo o logo de la entidad pública, tampoco cubre a los vehículos para realización de actos de función o servicio público (patrulleros, tanquetas, ambulancias, camionetas rurales para traslado de jueces y fiscales, buses del INPE para traslado de internos, etc.).

Si bien puede llamar la atención la incorporación en el tipo penal de una regulación que pudo tener cobijo de manera satisfactoria en una estipulación administrativa, la misma cumple una función comunicativa expresa dirigida al magistrado a fin de restringir en casos determinados la aplicación del peculado específico de uso. Tal excepción obedece a criterios de razonabilidad, seguridad y sentido común en función de la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio, para determinados sujetos públicos, en relación con un marco puntual de permisiones que la Administración Pública instituye en beneficio de determinados sujetos públicos y que resulta ampliable, eventualmente, a su núcleo familiar o allegados. Incluso por vía de interpretación extensiva podría cubrir también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes por indicación(1041). Es más, abarca igualmente casos del denominado "transporte benévolo", esto es, para que en ocasiones excepcionales traslade el funcionario en dicho vehículo, de pertenencia pública y destinado a su uso personal, a personas que se encuentran en estado de necesidad.

Resulta necesario y debatible analizar la restitución de tipicidad, es decir, excluir la excepción, en situaciones de uso o disfrute para uso personal de vehículos motorizados (el concepto "vehículo motorizado" es de amplio espectro: motocicletas, autos, *crossovers*, camionetas, SUV, todo terreno y otros; sin embargo, no comprende las bicicletas, triciclos o animales). Excluir la excepción de tipicidad, esto es, dejar abiertos los alcances de tipicidad del delito de peculado de uso, supone comportamientos del funcionario favorecido que desbordan los cometidos del uso personal por razón del cargo del vehículo automotor, por ejemplo, para destinarlos en exclusividad o predominancia a los usos familiares; prestarlos a un amigo, pariente o allegado, novia o amiga; alquilarlos; darlos en prenda o en depósito; lo que ya es inaceptable es querer subsumir en dicha exclusión de tipicidad el uso personal o de terceros para comportamientos ilegales de apoyo político a candidaturas(1042) o delictivos. En todos estos casos no rige la excepción o exclusión de tipicidad.

(1041) Abanto Vásquez con cierta duda considera que esta exención resulta difícil de justificar, ya que "parece constituir un claro caso de violación al principio de igualdad", principio que incorrectamente Abanto generaliza para un ámbito por naturaleza y función desigual, véase *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 376.

(1042) Así, en tal sentido, la ejecutoria del 23/08/2002, Exp. N° 2565-2001-Cuzco, en la cual se advierte el peculado de uso cometido por funcionarios municipales que utilizaron vehículos para favorecer una candidatura presidencial (en Salazar Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 399). Igualmente, el caso de los efectivos policiales que hacen uso de vehículo incautado por la División Antidrogas, el mismo que debió ser internado en la Oficina

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado en numerosas ejecutorias la aplicación de esta exclusión de tipicidad, Así: "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"[1043].

El Tribunal Constitucional del Perú ha tenido igualmente oportunidad de fijar jurisprudencia ilustrativa sobre el uso personal de vehículo por razón del cargo, en la sentencia que se pronunció en el caso del alcalde de la ciudad de Chiclayo. Así: "Fundamento **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

Ejecutiva de Control Drogas (Ídem SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 401).

(1043) Ejecutoria suprema del 13/02/2014, R. N. N° 3004-2014-Cajamarca, Sala Penal Permanente.

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 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 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"[1044].

Decisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha permitido, con rigor, darle contenido a la frase "servicio personal por razón del cargo", asociado al uso de vehículos públicos asignados al funcionario público, separando lo ético de lo penalmente relevante, lo moralmente reprobable del ilícito penal. De conformidad a esa línea de interpretación constitucional, se ha superado una desordenada interpretación, jalonada casi siempre por activadores mediáticos y/o políticos, y calificar técnicamente como actos desprovistos de tipicidad al uso de vehículos en eventuales destinos familiares y siempre en usos personales del funcionario público. Sin embargo, esta decisión del Tribunal Constitucional ha recibido diferentes percepciones a favor y en contra en el medio doctrinario y judicial[1045].

La ejecutoria suprema del 18/09/2013, a modo de ejemplo y fijando límites, consideró que "no puede considerarse que cualquier uso que se

(1044) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 04298-2012-PA/TC Lambayeque, del 17 de abril de 2013.

(1045) Véase al respecto criterios bastantes críticos y restrictivos sobre los alcances de significación permisible del último párrafo del artículo 388 en el artículo de Balcázar Quiroz, José: "El delito de peculado de uso: comentarios a la sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres González", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 36, junio, 2012, Lima, Gaceta Jurídica, p. 136 y ss. Véase, igualmente, Salinas Siccha, Ramiro: "El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad", en *Gaceta Penal*, Tomo 57, marzo, 2014, Lima, Gaceta Jurídica, p. 151; quien si bien pondera supuestos de atipicidad y de tipicidad mediante el uso de vehículos motorizados entregados al funcionario por razón del cargo para usos personales, llega a sostener que la decisión en mayoría del Tribunal Constitucional, en el caso del exalcalde de Chiclayo, se explica por razones políticas.

haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica, debido a 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; concluyéndose que el accionar imputado al encausado puede ser aceptado o tolerado socialmente, debido a que no utilizó el vehículo asignado para fines personales de entretenimiento, políticos, delincuenciales u otros de naturaleza análoga (traslado de la esposa del funcionario al hospital y a su hija al colegio), sino para actividades personales y necesarias con los integrantes de su familia nuclear, que le eran importantes para desempeñar con normalidad el alto cargo público encomendado"(1046).

La **jurisprudencia penal (casatoria) de la Corte Suprema de Colombia** ha tenido igualmente la oportunidad de abordar el uso de vehículos y del teléfono en usos personales del funcionario público. Así: "A algunos funcionarios públicos de cierta jerarquía, por ejemplo, se les asigna vehículos para uso personal y no solo para el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo, por lo que resulta hiperbólico estimar que si lo utiliza en forma diversa de la usual ruta de la casa a la oficina incurre en peculado de uso, así se trata del transporte benévolo. Igual ocurre con el uso del teléfono cuando se trate de llamadas relacionadas con la vida cotidiana del funcionario, como serían las que hiciese a su familia, así sean de larga distancia, siempre que estén dentro de un uso razonable, o como lo dice la ley, no indebido. Cuando el Estado exige a un funcionario que dedique sin ningún límite de tiempo la totalidad de su esfuerzo personal a su servicio, es necesario que simultáneamente le posibilite el desarrollo normal de su vida cotidiana"(1047). Asimismo, en la sentencia de la Sala de Casación Penal del 24 de junio de 1986: "No constituye peculado por uso cuando se extiende el uso del vehículo entregado a un funcionario por representación, previa orden del mismo y para fines lícitos, para determinadas personas, entre ellas obviamente, su esposa e hijos o de un visitante distinguido"(1048).

(1046) Ejecutoria suprema del 18/09/2013, R. N. N° 1441-2012-Lima, Sala Penal Permanente.

(1047) Sentencia de la Sala de Casación Penal del 16 de noviembre de 1982, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, citada por Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, cit., p. 250.

(1048) Véase en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, 1986, 1er semestre, Editora Jurídica de Colombia, pp. 297 y 298, ídem, cit., p. 250.

XII. CONCURSO DE DELITOS

Existe concurso de delitos con el delito de malversación de dinero o bienes, y con el delito de peculado doloso de apropiación.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por error de tipo invencible sobre el carácter público de los bienes.

2. Causas de justificación - exculpación

- *El consentimiento.* La autorización o consentimiento del funcionario jerárquico[1049] para el uso de los bienes indicados en el tipo puede justificar la antijuridicidad del delito, no obstante que mayoritariamente se considera a nivel doctrinario que la Administración Pública es un bien jurídico indisponible[1050]. Rige aquí lo dicho sobre el principio de lesividad.

- *Estado de necesidad.* Los motivos de necesidad pública o la urgencia de salvaguarda de bienes jurídicos valiosos (vida, salud, etc.) actúan como causas de justificación del ilícito penal. Así, en situaciones de catástrofes, inundaciones, calamidades diversas en las cuales el uso de bienes y recursos públicos en fines de salvamento de personas, propiedades individuales o colectivas, o de otros bienes jurídicos, está justificado.

Inculpabilidad

-Error de prohibición. "El encausado al efectuar las llamadas de larga distancia de carácter personal, en su condición de director del hospital, lo hizo pensando que era uno de sus derechos y que le estaba permitido, al no tener ninguna comunicación que le permitiera lo contrario, por lo que actuó en error de prohibición, ya

(1049) Esta es la orientación jurisprudencial contenida en la ejecutoria suprema de 26 de marzo de 1998, Exp. N° 4279-96-Arequipa: director del Centro de Desarrollo Rural de Chuquibamba que utilizaba dos camionetas, destinadas al servicio oficial, para visitar sus predios los días sábados y domingos.

(1050) Una ejecutoria en la que se analiza el uso indebido dado por un alto ejecutivo de la Asamblea Nacional de Rectores a un vehículo oficial destinado a la Presidencia de la Institución y se evalúa el elemento autorización, véase en la ejecutoria suprema del 30/05/2003, Exp. N° 1285-2002-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 406.

que consideró que estaba procediendo por la condición de jefe y desconocía que al efectuar las llamadas telefónicas a larga distancia constituía delito de peculado de uso"[1051].

A continuación, se anotan algunas sumillas de la **jurisprudencia italiana** sobre peculado de uso regulado en el artículo 314, 2° párrafo del artículo 314: "*Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con el solo propósito de hacer uso momentáneo de la cosa, y esta, después del uso momentáneo, ha sido devuelta de inmediato*".

a) El peculado de uso constituye una figura autónoma de delito y no una mera circunstancia atenuante del peculado *(Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46244).*

b) Constituye peculado ordinario y no peculado de uso la utilización continuada y sistemática de un bien mueble de la Administración Pública con fines personales y más allá de cualquier control *(Cas s. pen., sez. VI, 20 dicembre 2016, n. 56974).*

c) En materia de peculado, la conducta del funcionario o empleado público que utiliza el teléfono de la oficina para fines personales fuera de casos urgentes o autorizaciones legítimas y específicas, integra el delito de peculado de uso si produce daños apreciables a los activos de la Administración Pública o a la funcionalidad de la oficina; mientras que debe considerarse criminalmente irrelevante si no tiene consecuencias económicas y funcionalmente significativas *(Cass. pen., sez. Sezioni Unite, 2 maggio, 2013, n. 19054).*

d) El delito de peculado de uso, en el uso episódico y ocasional de un automóvil de servicio, no puede configurarse cuando la conducta abusiva no ha afectado la funcionalidad de la Administración Pública y no ha causado un daño material apreciable (hecho relacionado con un episodio consistente en trasladar el automóvil desde los suburbios al centro de la ciudad para realizar una visita privada, luego de un viaje que, en cualquier caso era necesario antes de devolver el vehículo a la Administración) *(Cas s. pen., sez. VI, 9 febbraio 2012, n. 5006).*

e) A los efectos de configuración del delito de peculado de uso, del artículo 314 segundo párrafo del Código Penal, por uso

(1051) Ejecutoria suprema del 21/03/2003, Exp. N° 1522-2002-Ayacucho, Sala Penal.

momentáneo de la cosa debe entenderse un uso no meramente instantáneo sino temporal, aunque sea de naturaleza episódica y ocasional y comprometerse en cualquier caso el destino institucional de la cosa que causa perjuicio, aunque modesto, pero apreciable a la funcionalidad de la Administración Pública *(Cas s. pen., sez. VI, 9 marzo 2005, n. 9216).*

f) Para la configuración de la hipótesis delictuosa del peculado de uso, es necesario que la duración de la apropiación no supere el tiempo de utilización de la cosa sustraída de modo que implique una sustracción de la misma de su destino institucional que no comprometa seriamente la funcionalidad de la Administración Pública. Es esencial el informe de funcionalidad de la cosa sustraída respecto a la naturaleza del uso momentáneo (en aplicación de este principio, la Corte ha considerado correcta la calificación del juez de mérito que había considerado configurado el delito de peculado de uso, en la conducta del imputado que había desarmado piezas de la computadora de su oficina para instalarlas en la suya propia para llevar a cabo su trabajo en casa, procediendo a reensamblarla cuando se descubrió la manipulación) *(Cas s. pen., sez. VI, 1 marzo 2004, n. 9205).*

XIV. PENALIDAD

Pena conjunta de privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años de pena privativa de libertad, inhabilitación (artículo 36 incisos 1, 2 y 8) y 180 a 365 días-multa.

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 134: *El servidor público que indebidamente usa o permite que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.*

La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga».

2. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 398: *El servidor público que indebidamente usa o permite que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término*».

Nota. La Ley N° 890 de 2004 ha aumentado la pena (en letras) de dieciséis (16) meses a setenta y dos (72) meses.

3. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 261 [segundo párrafo]: *Será reprimido con la misma pena*[1052] *el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública*».

4. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 396: *El funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público, y con la suspensión, si no resultare.*

No verificándose el reintegro dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, se le impondrán las penas señaladas en el artículo 394».

5. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 433*: La autoridad o funcionario público que destinarse a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por el tiempo de seis meses a tres años.*

(1052) El primer párrafo del artículo 261 conmina con una pena de 2 a 10 años e inhabilitación absoluta perpetua.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior».

Nota. Este artículo 433 fue derogado por Ley Orgánica 1-2015.

6. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 425: ***1.*** *El funcionario que hiciere uso o permitiera que otro haga uso, para fines ajenos a aquellos a que están destinados, de vehículos u otras cosas muebles de valor apreciable, públicos o privados que le fueren entregados, estuvieren en su posesión, o le fueren accesibles en razón de sus funciones, será penado con prisión de un año o multa de diez a treinta días.* ***2.*** *Si el funcionario diere al dinero público un destino para uso público distinto de aquel al cual está legalmente afectado, será penado con prisión de hasta un año o multa de diez a treinta días».*

7. Portugal (1995)

«Código Penal de Portugal (1995), artículo 376*: 1. El funcionario que hiciere uso o permitiera que otro haga uso, para fines ajenos a aquellos a que están destinados, de vehículos u otras cosas muebles de valor apreciable, públicos o privados que le fueren entregados, estuvieren en su posesión, o le fueren accesibles en razón de sus funciones, será penado con prisión de hasta un año o multa hasta 120 días. 2. Si el funcionario, sin razón pública especial ni que lo justifique diere al dinero público un destino para uso público distinto de aquel al cual está legalmente afectado, será penado con prisión de hasta un año o pena de multa de hasta 120 días».*

8. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 314 (2º párrafo): *Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con el solo propósito de hacer uso momentáneo de la cosa, la cual es inmediatamente restituida después del uso».*

4

MALVERSACIÓN DE DINERO O BIENES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. Componente normativo: la administración de dinero o bienes (relación funcional). 2. Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: actos de malversación. 3. La afectación al servicio o la función encomendada. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Circunstancias agravantes. **XI.** Penalidad. **XII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación de la antijuricidad o ilicitud del hecho. 3. Causas de exculpación. **XIII.** Casos frecuentes. **XIV.** Legislación extranjera: 1. España (1973). 2. España (1995). 3. Argentina (1922). 4. Italia (1930). 5. Colombia (1930). 6. Colombia (2000). 7. Chile (1874). 8. México. Código Penal Distrito Federal.

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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional» (texto modificado por el artículo 2 de la Ley N° 31178, publicada el 28/04/2021. Anteriormente modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016; por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; por el artículo único de la Ley N° 27151, publicada el 07/07/1999; y, por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13/06/1993).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El Código de 1924 en su artículo 348 indicaba lo siguiente: *«El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas»*(1053).

Los legisladores peruanos del Código de 1991 se apartaron del modelo español que sirvió para la fórmula de 1924, tomando como paradigma legal el artículo 260 del Código Penal argentino y en parte el artículo 397 del Código Penal español de 1973(1054).

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Esta figura penal bastante discutible, de cuya práctica es frecuente en el ámbito de la Administración Pública, implica igualmente un abuso de poder. El tipo legal está compuesto de un tipo básico y de una circunstancia agravante en función del destino especial del dinero o bienes. Hay que observar que el tipo no emplea los términos *«caudales»* o *«efectos», que sí lo siguen haciendo los Códigos argentino y chileno en sus respectivas fórmulas de malversación,* y tampoco es explícito acerca de la naturaleza de la aplicación diferente, como que sí lo era el Código de 1924.

Se trata, como indica Fontán Balestra, de un delito que implica peligro para la funcionalidad de la Administración Pública(1055). Sobre la pertinencia de esta figura penal existen posiciones doctrinarias que abogan por

(1053) El Código de 1863, por su parte, señalaba en su artículo 194: "El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público".

(1054) Ver "Legislación extranjera".

(1055) Fontán Balestra: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 232.

su descriminalización y postulan su reubicación en la estricta área administrativa[1056]. En el contexto del Derecho comparado, algunas legislaciones penales exigen el dolo directo para perfeccionar típicamente la figura (artículo 434 del Código español de 1995), otras requieren del daño o entorpecimiento del servicio como condición necesaria para la tipicidad del hecho, o de la arbitrariedad (caso del artículo 236 del Código Penal de Chile), otras no regulan penalmente esta variedad de irregularidad administrativa. El Código Penal de Colombia del 2000, precisando con mayor detalle el tipo penal de malversación, exige perjuicio en la inversión social de los salarios o de las prestaciones sociales de los servidores, además de incorporar una variante en la conducta típica consistente en comprometer, mediante el comportamiento de malversación, sumas superiores a las fijadas en el presupuesto.

El modelo peruano de malversación de fondos en su redacción original decía: "*El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años*". El diseño normativo ha sido objeto de importantes modificaciones con la dación de la Ley N° 27151, del 7 de julio de 1999, que la ha dotado de mayores niveles de razonabilidad, concordándolo con los criterios de lesividad material que exige el Título Preliminar del Código Penal. En efecto, la definitividad de la aplicación diferente y la afectación del servicio o de la función encomendada en la estructura del tipo, no ya como una circunstancia objetiva de agravación, han contribuido hacia tales propósitos. Pese a ello, subsiste la crítica que apunta a su descriminalización por considerarla más propiamente objeto de la ilicitud administrativa[1057].

En efecto, en un amplio sector de la legislación comparada europea y también sudamericana (los Códigos Penales de Paraguay, Ecuador y Brasil no regulan dicho delito), la malversación de fondos es tratada jurídicamente como un ilícito administrativo más que penal, dado su escaso nivel de lesividad del bien jurídico protegido y a que lo infringido en tal supuesto son deberes administrativos, lo cual explica que los Códigos Penales europeos, en aplicación de los principios de mínima intervención

(1056) En cierta manera es lo que ha hecho el Código Penal español de 1995 (artículo 434), que exige ánimo de lucro para que el hecho adquiera relevancia típica penal (véase *infra*, p. 673). MOLINA ARRUBLA y GÓMEZ MÉNDEZ, en Colombia, y RODRÍGUEZ DEVESA y otros en España, focalizan dicha tendencia.

(1057) Así véase LAMA MARTÍNEZ, Héctor: *Estado de necesidad en el delito de malversación de fondos*, Lima, Universidad Nacional de Piura, 2003, p. 35 y ss.

y fragmentariedad, no lo contemplen en su catálogo de comportamientos con relevancia penal (tendencia últimamente registrada por los Códigos Penales español y portugués de 1995 y francés de 1993).

En la línea de la derogación del delito de malversación por desvío de fondos públicos, en España antes del Código de 1995, era mayoritaria e intensa la posición doctrinaria que abogaba por la descriminalización de esta figura penal. En 1983, en una perspectiva matizada, RODRÍGUEZ DEVESA, dando cuenta de la elevada cifra negra y de la necesidad de conceder el privilegio del reintegro en esta clase de delito, sostenía: "Es esta una forma corriente de malversación, que debería ser reconsiderada porque viene impuesta en muchas ocasiones por las conveniencias mismas de la gestión del servicio público a causa de la lentitud administrativa. Acaso estuviese indicado incriminar solo aquellos supuestos en los que se produzca daño o entorpecimiento para el servicio público"[1058].

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Bien jurídico genérico es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública. El objeto específico de la tutela penal 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 y/o empleo del dinero y bienes públicos[1059]. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el empleo de los fondos y recursos públicos[1060].

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Es sujeto activo el funcionario o servidor público que administra dinero o bienes y que, por lo mismo, posee facultades para disponer de ellos para los fines de destino oficial. Si el sujeto activo solo tiene facultades de custodia o de percepción y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial, el sujeto activo no cometerá delito de malversación, sino abuso de autoridad (artículo 376). Si dispone de dichos fondos para sí mismo o para tercero, cometerá peculado (387 o 388, según el caso). Los custodios o

(1058) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal español.* Parte especial, novena edición, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, p. 1133.

(1059) Véase, al respecto, ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Medellín, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1985, p. 53.

(1060) Véase ejecutoria suprema de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3923-96-Áncash. Ídem, véase la ejecutoria suprema del 23/01/2003, Exp. N° 3630-2011-Ucayali. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

vigilantes (de bienes) que son pagados por el Estado no pueden ser autores de malversación de fondos. Los dependientes del funcionario que cumplen sus órdenes tampoco son autores de malversación de fondos[1061]. Se requiere, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes en función de la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales. El sujeto público no puede adquirir autoría por bienes que no se hallan bajo su administración directa o de disposición jurídica. La relación funcional que exige el tipo de malversación es, así, más específica y concreta que en el caso del peculado[1062].

V. SUJETO PASIVO

El Estado en sus diferentes reparticiones públicas a nivel central, regional o local, organismos autónomos o descentralizados, incluidas las empresas del Estado, donde se comete el delito.

La malversación de fondos es un caso típico de comportamiento delictivo desde dentro y hacia dentro de la Administración Pública. A diferencia del peculado de apropiación, utilización-uso, donde el comportamiento se proyecta de adentro hacia fuera, en la malversación la afectación al bien jurídico se mantiene al interior de la entidad pública o en el escenario administrativo.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El núcleo típico rector es *«dar una aplicación definitiva diferente al dinero o a los bienes, afectando el servicio o la función encomendada»*. Conducta que puede, en términos generales, ser catalogada como una forma de arbitrariedad en la que incurre el funcionario o servidor público

(1061) Ferreira Delgado: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 45: "Por tanto, parece obvio que solamente podrá ser autor en esta forma de pecular quien como empleado oficial tiene el manejo jurídico, esto es, el poder ordenador o dispositivo de dicho caudal, con exclusividad a sus funciones, y no solo quien ostenta la facultad de tenerlo para cumplir con él las órdenes que le puede dar el ordenador de tales bienes".

(1062) Véase la ejecutoria suprema del 22-01-2015, R. N. N.º 2117-2013, LAMBAYEQUE, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. El caso del contador de la Municipalidad, entre cuyos servicios profesionales estaban el 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 dinero público, no teniendo poder de decisión.

vinculado, dado que no debe haber una razón legal o autoritativa que explique formalmente dicha conducta, la misma que involucra actos de función o servicio irregulares y la generación de resultados lesivos a la Administración concretada en la entidad pública afectada.

La noción "bienes", empleada por el legislador en el tipo penal, da cuenta de todos los objetos con valor patrimonial y que integran el patrimonio público, siendo de escaso interés la consideración de dicha noción normativa desde la perspectiva de las teorías del riesgo o la pertenencia[1063] sostenida por CARRARA y retomada por parte de la doctrina argentina[1064], ya que por patrimonio público se entiende todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad o bajo posesión de la Administración Pública, así pertenezcan o sean de propiedad de particulares.

Tres son los componentes del tipo penal:

1. Componente normativo: la administración de dinero o bienes (relación funcional)

Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) solo puede ser el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función del cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente. En este marco de interpretación se puede apreciar que, si bien la vinculación funcional es más estricta que en el peculado y en la colusión desleal; sin embargo, las fuentes de origen de dicha vinculación se amplían para dar cabida a un rango más amplio de comportamientos ilícitos, ya no solo derivados por razón del cargo.

La jurisprudencia penal de la Corte Suprema se ha encargado de enfatizar la necesaria vinculación funcional entre el funcionario/servidor público y los bienes públicos: "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

(1063) Al respecto, una exposición detallada véase en CARRERA, Daniel P. *Peculado de bienes y servicios públicos*, Córdoba, 2005, Editorial Mediterránea, pp. 108 a 126.

(1064) Véase CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 314 y 315; ídem *Derecho Penal Parte especial* 2, cit., p. 311. Para la tesis del riesgo no son bienes públicos los dineros o caudales de las empresas del Estado, ya que están involucrados en actividades comerciales de riesgo. Para la tesis de la pertenencia, bienes públicos lo son tanto los que se hallan a disposición de la Administración Pública como los de cualquier ente del Estado. SOLER y CREUS son quienes titularizan ambas posiciones en la doctrina italiana.

agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública"[1065].

El sujeto activo debe poseer en administración el dinero y/o los bienes (muebles e inmuebles) públicos de procedencia estatal o particular. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal haya empleado la frase *«destino oficial diferente»*. La ley penal no requiere de percepción o custodia, tan solo de administración, y ello supone que el sujeto activo, además de poseer los fondos, tiene facultades legales de disposición de los mismos, de conformidad con los planes trazados por la entidad pública. Y es esta facultad la que posibilita imputarle penalmente responsabilidad penal, si es que dicha disposición de fondos públicos viola o transgrede el destino oficial asignado; siendo ello una expresión de abuso de poder o de autoridad.

La función de "administración" es una función de gobierno, por la cual se conduce, dispone y emplea los bienes públicos (dinero, muebles e inmuebles) en los fines predeterminados, legal o reglamentariamente, para atender intereses generales, institucionales u otros establecidos en ley o en el marco de las funciones públicas.

Se entiende de modo genérico que el administrador que malversa es técnicamente un mal administrador, no obstante pueda tratarse de un funcionario sensible y humanitario, cualidades que, sin embargo, no le excusan de los actos de malversación si estos son definitivos y causan daño al servicio, es decir, rige aquí al adagio que "la nobleza del motivo no elimina el uso indebido"[1066]. Esta dicotomía explica en parte por qué otras legislaciones dejan al ámbito administrativo la exclusividad de sustanciar dicha problemática.

La mención al dinero hace alusión a su concepto material en tanto monedas y billetes corrientes usados en operaciones y negocios comerciales; igualmente, al dinero electrónico, cuya trasmisión no requiere tenencia física. La figura de malversación de fondos no ha hecho uso de los términos «caudales y efectos» que registra el delito de peculado y que aún conservan las fórmulas de malversación argentina y chilena.

(1065) Véase la ejecutoria suprema del 22/01/2015, R. N. N° 2117-2013-Lambayeque, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(1066) Frase frecuentemente empleada en la doctrina colombiana, véase PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho Penal*, Tomo III, Bogotá, Temis, cit., p. 195.

2. Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: actos de malversación[1067]

La "aplicación diferente", es decir, el traslado, transferencia o la utilización, distinta a la previamente establecida, tiene que circunscribirse a cualquier ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos, que tiene la característica de no ser aquel donde debió destinarse el dinero o caudal, ese es su escenario límite de relevancia. Hablamos aquí de un destino genérico, que es el que usualmente acontece en los centros de decisión de los fondos públicos y bienes. En cambio, la aplicación diferente será específica cuando el cambio de destino, su aplicación concreta, acontece en el ámbito específico de alguna entidad pública, que ve así desnaturalizado su plan institucional de obras, servicios o inversiones, generalmente anuales.

Si el funcionario destina el dinero o bienes, sin importar en qué partida tiene su origen, a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación, sino peculado[1068]. Por su propia definición, la frase "aplicación diferente" tiene como punto de partida, y *a contrario sensu*, una aplicación debida, esperada, del dinero o bienes, conforme a lo establecido, que el sujeto público vinculado está obligado a respetar; de la misma manera, significa que el dinero o los bienes que se desvían dolosa e irregularmente a otra área de destino tienen formalmente asignada una partida de origen y otra de destino, cualquier ausencia en este punto hace atípica la figura. Al respecto, en la doctrina argentina se señala que si el "destino de los caudales o efectos no ha sido legal, reglamentaria o administrativamente determinado, no puede existir malversación, ya que no puede haber cambio de destino"[1069]. No existiendo destino específico, la preferencia queda librada a la apreciación del funcionario público[1070].

Ni el lucro ni el beneficio personal de terceros son componentes del tipo[1071]. La concurrencia, en el supuesto fáctico, de tales elementos alteraría la tipicidad de la figura de malversación de fondos generando confluencia con delitos tales como el de peculado u otros de corrupción de

(1067) Ejecutoria suprema de 26 de marzo de 1986 (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 144): "Constituye delito de malversación dar distinto fin a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas menesterosas, esto es, haberlo entregado a comerciantes del lugar" (calificación legal por cierto desacertada). Véase también la ejecutoria de fecha 18 de noviembre de 1997, Exp. N° 2846-96-Ucayali, en el que se halló responsabilidad penal por la utilización indebida de los recursos del canon petrolero, los mismos que fueron destinados para gastos de servicios personales, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes.

(1068) Ya el Código Penal de 1924, en su artículo 348, hacía dicha precisión con la frase "les diere una aplicación distinta".

(1069) Por todos Creus Monti, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 317.

(1070) Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Décimo sexta edición, cit., p. 850.

(1071) Soler: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 178.

funcionarios. Tampoco el fraude o el error fundamentan supuestos de malversación. Asimismo, no hay malversación culposa penalmente relevante. La **jurisprudencia penal argentina**, en una importante sentencia de casación, al respecto precisa que: "La acción de malversación de caudales públicos consiste en dar una aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el funcionario, es decir, cambiar el destino que tienen fijado los bienes, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero, sin sacarlos de la Administración, pues si esto ocurriese estaríamos frente al delito de peculado" (Cas. Pen., Sala IV, 26/08/2002).

Redundando, constituye premisa de partida necesaria para imputar objetivamente malversación de fondos que exista legalmente la partida presupuestal, esto es, que se halle expresa y normativamente contemplada en la ley de la materia o en norma complementaria. Dinero o bienes que no tengan asignados una partida presupuestal de origen o derivada hacen difícil objetivamente configurar malversación, pues el dinero o los bienes en tal caso tendrán un régimen flexible y discrecional de aplicaciones en destinos públicos o de interés general.

Dar *aplicación diferente,* en tanto comportamiento típico del sujeto público vinculado, es así, dolosamente, cambiar de dirección o destino, invertir mal los fondos públicos que le han sido asignados y que administra, introduciéndolos en otro cometido de función o servicio para el cual no estuvieron previstos o contemplados primigeniamente, sin que exista autorización o respeto de las formalidades para dicho cambio. El ámbito de la aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa como aquellas que se realizan hacia fuera de la entidad, con la condición de que sigan dentro de la esfera pública. Un ejemplo del primero es cuando se toma dinero del Programa del Vaso de Leche para pagar planillas de los trabajadores de una determinada municipalidad; y, en el segundo caso, cuando se destinan fondos de una empresa estatal para refaccionar locales de un ministerio, o cuando se desplazan dineros del canon petrolero correspondientes al departamento de Tumbes para ayudar a paliar los efectos de un desastre en el Cusco. Existe, sin embargo, un ámbito de redefinición o reprogramación del destino de los fondos públicos, conforme a lo establecido en las normas legales sobre la materia, que conceden, en casos excepcionales, facultades a los funcionarios de decisión a efectos de que reasignen o se autorice oportunamente el cambio de destino de determinadas partidas. Las autorizaciones ulteriores o regularizaciones durante el procedimiento de ejecución del nuevo destino constituye un tema siempre debatible (sobre las modificaciones al presupuesto institucional o plan de obras y servicios de la entidad), que, sin embargo, ha de ser interpretado en la lógica de la

consumación del delito de malversación, esto es, de los componentes de tipicidad del tipo penal, para afirmar o excluir relevancia penal.

La aplicación diferente puede ser, en lenguaje de Luis Carlos PÉREZ, por *supresión,* cuando la partida es eliminada totalmente y aplicada a otros fines oficiales; o por *restricción*, si el traslado de los fondos es tan solo en parte(1072). Igualmente habrá aplicación diferente cuando se efectúan asignaciones que superan los montos establecidos y que afectan la intangibilidad de otras partidas (aplicación diferente que por sí sola, desvinculada de los otros componentes del tipo, todavía seguirá constituyendo una irregularidad administrativa).

Son casos que la jurisprudencia de la Corte Suprema presenta, los siguientes: haber destinado los recursos del sobrecanon petrolero a gastos, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes (ejecutoria suprema del 18/11/1997, Exp. N° 2846-96-Ucayali); haber gestionado y obtenido el burgomaestre un préstamo del Banco de la Nación destinado a la ejecución de obras, que fue utilizado por este para adelanto de remuneraciones (ejecutoria suprema del 16/08/1996, Exp. N° 1364-96-Lima); haber retirado los procesados del Banco de la Nación 50,000 nuevos soles, fondos obtenidos por concepto de cepo vehicular, depositados en la cuenta de Defensa Civil, y con ello haber cancelado la planilla de trabajadores y jubilados del Concejo distrital (ejecutoria suprema del 18/04/2002, Exp. N° 2426-99-Lima); dar fin distinto a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas más menesterosas, al haberlos entregado a comerciantes del lugar (ejecutoria suprema del 26/03/1986, Exp. N° 469-85-Huánuco), entre otros(1073).

El empleo de los remanentes o excedentes que resulten luego de su aplicación en la partida de destino, y que son utilizadas en otras áreas públicas, no constituyen hecho penalmente típico por delito de malversación de fondos(1074).

La **definitividad de la aplicación diferente** del dinero o bienes públicos, que marca ya uno de los hitos objetivos de la consumación del delito, hace alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. El criterio técnico de definitividad cumple así el rol de un filtro de tipicidad del comportamiento malversador, incorporado en el tipo penal para limitar la injerencia punitiva.

(1072) PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1990, T. III, p. 200.

(1073) Para mayor precisión véase "Sumillas jurisprudenciales".

(1074) Véase, ejecutoria suprema del 07/04/2009, R. N. N° 1719-2007-Puno.

Están fuera de esta adjetivación típico-temporal, por lo mismo, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución luego de superada la causa o factor que la motivó. Ha querido de esta manera el legislador poner de manifiesto la vigencia de un marcado principio de lesividad de la conducta malversada para que esta asuma relevancia penal, así como colocar un filtro de razonabilidad a las imputaciones por este delito, cuando entren en juego intereses públicos superiores que tornan imperioso infringir la normativa presupuestal. Por lo demás, esta definitividad no debe ser vista como un permiso legal para producir arbitrariamente desviamientos o distracción de fondos de sus partidas oficiales.

La definitividad, si bien no tiene un parámetro cuantitativo que haya sido delimitado en la doctrina o en la jurisprudencia nacional, puede ser fijada tomando en cuenta los cierres del ejercicio presupuestal anual, siendo por lo mismo la norma administrativa la que nos dará pautas para interpretar esta inclusión complementaria del tipo penal de malversación, efectuada tras la reforma producida con la Ley N° 27151[1075].

En la línea de pensamiento anterior, no se halla fuera de la previsión normativa el hecho de que el criterio de definitividad pueda ser invocado arbitrariamente por el funcionario o servidor para facilitarle efectuar indiscriminadamente asignaciones no previstas de fondos, ya que un ejercicio presupuestal puede ser un espacio temporal lo suficientemente amplio para ello, por lo que la evaluación del juez deberá apuntar a tener en cuenta la necesidad y urgencia del destino distinto e interpretar sistemáticamente los componentes del tipo penal, a fin de concordarlos con el elemento subjetivo.

Las leyes de presupuesto aprobadas anualmente establecen las asignaciones de dinero y bienes a los destinos, rubros o ámbitos de necesidad pública; los reglamentos, decretos, directivas de aplicación, las ordenanzas municipales y resoluciones las viabilizan a nivel nacional y local. Los funcionarios y servidores públicos están vinculados por tales distribuciones y normativas.

Las formas o modalidades prácticas de los actos de malversación que aplican de modo distinto las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente, pueden ser numerosas y variadas, dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que realiza gastos no autorizados, alcalde que emplea

(1075) Así, tómese como referente lo establecido en la Ley N° 27879, cuyo artículo 36 señala: "El período de regularización presupuestaria correspondiente al Gobierno local y las entidades reguladas de acuerdo a los artículos 30 y 31 de la presente ley, se establece entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2004" (Ley de presupuesto para el año 2004).

el dinero destinado a la compra de maquinaria para pago de planillas, etc.). Pueden presentarse situaciones de permanencia o de delito continuado. MOLINA ARRUBLA sintetiza en 4 conductas específicas la figura de malversación: **a)** dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; **b)** comprometer sumas superiores a las fijadas; **c)** invertir en forma no prevista; y **d)** utilizar los fondos en forma no prevista(1076).

La jurisprudencia penal suprema ha precisado que al no concurrir el componente definitividad en la aplicación de los recursos, ni que se haya afectado el desarrollo del proyecto y culminación de la obra, el delito imputado no tiene base de acreditación suficiente(1077). Igualmente, que el solo desorden administrativo en el empleo de los fondos públicos no es argumento suficiente para configurar definitividad en el delito de malversación de fondos(1078).

Sin embargo, dadas las exigencias del tipo, la aplicación diferente por sí sola, al igual que el criterio de definitividad, no son aún suficientes para consumar el delito, hace falta que esas maniobras de irregularidad al interior de la entidad pública afecten la función o el servicio público.

La figura del despilfarro –cuestión de ocurrencia en contextos de un funcionariado no profesionalizado y poco responsable, que en casos focalizados prioriza la ostentación y boato– merece un detenimiento, esto es, el supuesto de efectuar desembolsos enfáticamente mayores a los establecidos, sin apoderamientos patrimoniales propios o para terceros ni marcos de concertación ilegal, resulta una hipótesis de alto injusto administrativo cuya criminalización resulta bastante discutible desde la mirada legal de la malversación de fondos y, en general, del peculado. En la perspectiva de la malversación porque no hay aplicación diferente, sino excesiva. Desde la óptica del peculado, al no haber apropiación ni uso fuera de los fines oficiales. Dicho supuesto fáctico, más allá del abuso de poder que representa, requiere de una expresa regulación penal, al suponer un ataque directo al patrimonio público.

(1076) MOLINA ARRUBLA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 131.

(1077) R. N. N° 2136-2014-Cajamarca, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(1078) Véase el R. N. N° 2136-2014-Cajamarca, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Pagos efectuados, 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 maquinarias 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.

En el delito de malversación de fondos no existe, en una perspectiva global, lesión material al patrimonio público, pues este cumple de todas maneras sus finalidades de interés general, aunque en forma irregular, alterándose –sin duda– el debido cumplimiento de los planes institucionales con el desvío de fondos.

3. La afectación al servicio o la función encomendada

La afectación al servicio o la función encomendada se entiende en sede de la partida de donde se desvió el dinero o bienes, y cuyos destinos funcionales resultan afectados. Obviamente que una interpretación gramatical y simplista del concepto *afectación* puede llevar a excesos en la evaluación de dicho componente del tipo, siendo, por lo tanto, necesario incluir criterios de lesividad real que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública, con lo cual se estará colocando un nivel de filtro a la represión de la malversación de fondos, aunada a la definitividad de la aplicación diferente, que confirman la tesis que se ha racionalizado la punición del delito, apostando la política criminal por un Derecho Penal mínimo.

Asimismo, esta afectación del servicio o función deberá entenderse en el sentido dado por la anterior redacción contenida en el tipo penal, vale decir, **de servicio entorpecido o, en caso extremo, dañado**, lo cual deberá ser valorado judicialmente no en su instantaneidad, es decir, en el momento que el dinero se desvía y afecta la aplicabilidad del servicio implícito en la partida afectada, sino con base en la definitividad de la malversación y conforme los datos técnicos de acreditación (mediante los respectivos informes) que los entes de control administrativo hagan llegar a la fiscalía y, por tanto, a las instancias judiciales. Resulta, así, la afectación del servicio un elemento objetivizador de la imputación de malversación, que demuestre la lesión causada al servicio público, lo que no implicará necesariamente la paralización o imposibilidad –derivada de la sustracción de caudales– de que cumpla con sus fines. La asignación distinta y definitiva del dinero o bienes tiene que ser de tal magnitud que comprometa seriamente la viabilidad de la función, servicio u obra, es decir, la función administrativa en el rubro destinado[1079], no necesaria-

(1079) Se reproduce aquí la lectura dada a la anterior formulación normativa, que queda como pauta de interpretación. Servicio dañado es aquel frustrado en su propósito, el que ya no puede cumplir el fin preestablecido. Servicio entorpecido es el que sufre dilaciones o dificultades para su implementación.

mente se trata aquí de una afectación en términos "de montos de dinero o calidad de la obra"[1080].

Muñoz Cuesta nos dice: "El daño o entorpecimiento al servicio público se concreta, no en un simple retraso de la actividad habitual de la Administración, sino en un quebranto apreciable y verificable del servicio público, hasta el punto de que este se preste con dificultad o no pueda ni tan siquiera llegar a prestarse totalmente o en la forma que debía de hacerse. Existirá daño cuando el servicio público sufra en su prestigio o en su organización y entorpecimiento cuando se retrasa o dificulta el servicio o incluso no se presta"[1081].

La **jurisprudencia nacional** ha desarrollado los siguientes criterios acerca de la afectación a la función o al servicio:

(i) "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; 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 *ultima ratio"* (ejecutoria suprema del 12/09/1997, R. N. N° 4690-2005-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema).

(ii) "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, y 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

(1080) Véase en dicho sentido Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 386.

(1081) Muñoz Cuesta, Javier: "Interpretación de la especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento del servicio público en el delito de malversación", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 289.

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. 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 cómo dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico" (Casación N° 544-2018, del 04/07/2019, Lima Norte, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia).

(iii) "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" (ejecutoria suprema del 04/03/2010, R. N. N° 91-2009-Apurímac, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema).

El Tribunal Supremo español en jurisprudencia reiterada, mientras estuvo en vigencia el tipo de malversación del artículo 433, sostuvo lo siguiente: la situación de daño o entorpecimiento ha de interpretarse restrictivamente, añadiendo que en el concepto de entorpecimiento se deben incluir no solo su funcionamiento dentro de ciertas pautas de suficiencia, sino su desarrollo ajustado a la ley y los reglamentos, evaluándose el daño o

entorpecimiento con baremos ajenos a los económicos, pues de otra forma se valoraría indebidamente en un doble aspecto la trascendencia económica de la malversación[1082].

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo es doloso, la ley penal nacional no castiga las formas culposas de malversación, lo cual significa que el sujeto activo tenga conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes, y, por lo mismo, que existía un destino debido de aplicación de los fondos que él quebranta o burla. Se trata en no pocas ocasiones de la presencia de lo que los romanos llamaban *«dolus bonum»* (dolo bueno), pero que la norma penal peruana igual castiga. Sobre la clase de dolo requerido para perfeccionar el componente subjetivo del delito es puntual señalar que en el Derecho comparado, específicamente en el artículo 434 del Código español actual (1995), resulta relevante la malversación si el agente actuó con dolo directo[1083]. Esta orientación de flexibilidad en la política penal española deja abierta la posibilidad a los funcionarios de desviar los fondos públicos y emplearlos en destinos oficiales distintos a los asignados primigeniamente, de ser justificado por las circunstancias.

Es posible que el funcionario que malversa actúe con error de tipo invencible o vencible.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se trata de un delito de resultado de singular configuración. Por un lado, se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo del dinero o los bienes en destinos distintos a los previstos; pero, por otro, siempre que se afecte el servicio o la función encomendada. Esta naturaleza bastante particular que presenta el tipo penal peruano de malversación condiciona la definitividad de la malversación a la existencia de una lesión al servicio o la función como resultado de la malversación definitiva, convirtiéndolo en un delito con referentes objetivos que deberán ser acreditados técnico-pericialmente. No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes mientras estos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente, con las consecuencias establecidas

(1082) Por todas la STS N° 1171/1998, del 10 de febrero.
(1083) Véase "Legislación extranjera".

en el tipo penal. El tipo penal posee así una relación de causalidad entre la acción típica y el resultado de la afectación del servicio.

Como ya se dijo, es presupuesto del delito que los bienes o dinero hayan tenido un destino establecido previamente en la ley, reglamento o autorización competente, pues de no ser así, el acto de disposición oficial distinto que realiza el sujeto público será atípico de malversación de fondos, ingresando al ámbito de su decisión discrecional.

Para los efectos de la consumación del delito, la norma no fija parámetros de plazos o términos, entendiéndose que los mismos los determina la normativa administrativa.

En una primera aproximación el delito admite ***tentativa***, con mayor razón y en la medida que los actos administrativos irregulares de destinación diferente y el criterio de definitividad no son suficientes para consumar delito. Sin embargo, al tener la malversación naturaleza interna administrativa, es difícil, en la práctica, diferenciar actos ejecutivos de interés penal de actos de pura irregularidad administrativa. En esta tesitura, es bastante elemental sostener que si no se llega al resultado lesivo, estaríamos ante un tipo imperfectamente realizado(1084), dado que ello no contribuye a esclarecer ni el contenido de los actos de tentativa ni el tema de las modalidades de la misma; problemática que no se presentaba con la fórmula original, que solo aludía a *dar una aplicación diferente,* pero que comienza ya a problematizarse con la fórmula reformada del año 1999, que precisaba que la *aplicación diferente sea definitiva,* en la cual la consumación del delito no requería resultado de lesión alguna, siendo de naturaleza formal y sujeta a criterios de temporalidad, respectivamente. Ahora con el modelo actual, la consumación no solo está sujeta a criterios de definitividad, sino de afectación a la función y servicio, con lo cual la consumación está en un estado de suspensión y latencia condicionada a ambos vectores normativos.

La situación se presenta del siguiente modo: (i) si no ha existido definitividad en la aplicación distinta del dinero o bienes, el hecho será atípico, por lo mismo, el solo desvío de fondos carecería de interés penal, admitiendo una probable lectura de ilicitud administrativa; (ii) si hay desvío definitivo, pero no hay afectación al servicio o función, el hecho seguiría siendo atípico. En ambos casos la atipicidad deviene de la inconcurrencia de los componentes del tipo penal, siendo, por lo tanto, inaplicable la tesis

(1084) Criterio que, por ejemplo, sostiene RÉATEGUI SÁNCHEZ, James: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, cit., p. 557. Ídem ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 388, quien incluso señala que habrá actos preparatorios con el mero acto de desvío de la aplicación pública, sin que ella se haya ejecutado todavía.

de la tentativa; (iii) solo en el caso de que el desvío definitivo produzca, en relación causal, afectación o menoscabo a la función o servicio tendremos consumación del delito. La definitividad, por lo mismo, debe estar formando parte del comportamiento típico en sede del dolo del agente y solo en ese contexto de interpretación el desvío adquiriría interés penal para un supuesto de tentativa. El problema es que la definitividad no es propiamente comportamiento típico, sino un criterio temporal que se halla interrelacionado con la afectación al servicio o función a la cual condiciona en su naturaleza penal. En este escenario, la tesis de Díaz Oderigo de considerar la posibilidad de tentativa excluida de la punibilidad quizás constituya una salida que, sin abordar el problema, da una propuesta válida(1085). Considerar consumado el delito no con la afectación ni la definitividad, sino con la aplicación diferente, sería en puridad una tesis correcta si el tipo no hubiese sido modificado con las dos reformas a las cuales se ha hecho alusión, pero ello tenía el inconveniente de generalizar un espectro muy amplio de represión que, por lo demás, probablemente haría colapsar el sistema de justicia dada la magnitud y alta incidencia de estas malversaciones de dinero y bienes, en varias ocasiones necesarias y a veces positivas para el prestigio de la Administración Pública.

No obstante, cuando el funcionario ha decidido desviar fondos a un destino distinto al previsto y dispone en dicha orientación mediante decisiones administrativas (resoluciones, órdenes) tendrá su voluntad que abarcar tanto la definitividad como la afectación del servicio o la función en su dolo de actuar (–pues si su voluntad solo comprende el desvío diferente, lo que comúnmente ocurre, se tratará de un dolo de ilicitud administrativa y no de delito de malversación–) para dar por configuradas hipótesis de tentativa.

El delito de malversación de fondos, al igual que el de peculado, no requieren pasar por la vía de las cuestiones previas al no estar ello establecido en ley y al tratarse de delitos de persecución pública, conforme lo señala la ejecutoria suprema del 12/06/1998, Exp. N° 1364-97-Lambayeque(1086). No obstante, el tema podría exigirlo vía la correspondiente acotación normativa.

IX. PARTICIPACIÓN

Otros funcionarios o servidores públicos pueden participar como cómplices del autor de malversación o a nivel de instigación. Lo mismo pasa

(1085) Citado por Creus, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 318.
(1086) Véase en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N° 1, Trujillo, 1999, p. 389.

con los particulares que mediante sus aportes colaboran o auxilian con los actos del funcionario o servidor público malversador. En el ámbito de las estructuras de poder jerarquizado al interior de la Administración Pública, el funcionario responsable del área o de la repartición administrativa responde como autor de las desviaciones diferentes y definitivas de fondos ordenadas por él, si la normativa administrativa interna específica le ha dotado de facultades y competencias de administrador. Los funcionarios subordinados en la escala jerárquica (piénsese en la relación ministro de Economía, viceministro, jefe del Tesoro Público y del Banco de la Nación; o si se quiere en las relaciones de poder en los gobiernos locales) a través de la cual la decisión malversadora se concreta pueden ser imputados en calidad de cómplices si contribuyeron dolosamente a la realización del acto malversador del jefe funcionario, salvo que hayan actuado de conformidad a las disposiciones reglamentarias para mostrar su oposición técnica, sobre las cuales la voluntad del funcionario jefe se haya impuesto.

X. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La Ley N° 31178 (28/04/2021) ha definido una nueva escala de tres circunstancias agravantes para el delito de malversación de fondos (cuando el agente actúe como integrante de organización criminal, en bienes destinados a programas sociales y aprovechando situaciones de calamidad o emergencia sanitaria), iguales a las contempladas para los delitos de peculado doloso y colusión, lo que permite remitir a dichos espacios de análisis para explorar sus contenidos y alcances. La reforma producida en 1999 mediante la Ley N° 27151 varió la existencia de las dos agravantes introducidas por la Ley N° 26198, del 13 de junio de 1993, refundiendo la primera de ellas (daño o entorpecimiento del servicio) en el marco de la estructura normativa del tipo penal básico de malversación, quedando vigente la agravante por el destino del dinero malversado. Esta circunstancia, en atención a las vulnerabilidades sociales, agrega un plus de mayor ilicitud al hecho, que se constituye en la razón para el aumento del injusto y que explica el incremento ostensible de la penalidad; sin embargo, creemos que dicha pena es excesiva y desproporcionada, pues si bien se lesiona la regularidad, fluidez y eficacia de las finalidades sociales de los fines asistenciales y programas sociales, llega a igualar la penalidad establecida para el delito de peculado doloso, en un contexto de anomalías que no afectan el patrimonio público.

Dicha agravante se configura tomando como base el desvío a otros destinos públicos del dinero y bienes establecidos para programas con fines asistenciales, de apoyo, inclusión social o de desarrollo, siempre que el monto de los caudales malversados superen las 10 UIT. El sujeto activo

deberá conocer la naturaleza de destino de dichos bienes y dinero colocados bajo su administración para que le pueda ser imputado el delito de malversación agravada.

La posibilidad de disponer de parte de dichos bienes y dinero en otros destinos también de programas sociales o de finalidades de asistencia no perfecciona el delito, si se trata de saldos o remanentes que son dispuestos para otros programas que igualmente son administrados en la sede de la entidad, siendo atípica dicha figura al no existir afectación al servicio, incluso si el desvío se produce hacia fuera de la entidad.

XI. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de 1 año hasta 4 años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36, y multa que oscila entre 180 a 365 días-multa para la modalidad básica de malversación de fondos.

Pena privativa de libertad de 4 a 8 años para la modalidad agravada, inhabilitación perpetua y 365 a 730 días-multa. Penalidad abiertamente desproporcionada y carente de racionalidad.

XII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

El error de tipo invencible y vencible sobre la naturaleza de los fondos hace atípica la figura penal. Igualmente, las autorizaciones formalizadas de los desplazamientos de dinero otorgadas por funcionario competente, dentro de los criterios de legalidad y los principios de actuación de la Administración Pública, le quitan tipicidad al hecho[1087].

(1087) Al respecto, la ejecutoria suprema del 28/05/1998, Exp. N° 6116-97-Áncash: "Si la venta de bienes, de una institución estatal, son autorizadas por órgano competente con la finalidad de lograr la renovación o reinversión de capitalización del bien; consecuentemente en tales circunstancias, mal puede imponerse una sentencia condenatoria" (en CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner; VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2002, p. 262). Igualmente, la ejecutoria suprema del 08/02/1998, Exp. N° 1111-97-Amazonas: "Si bien se ha comprobado con la pericia contable que el encausado ha utilizado fondos provenientes de las partidas de promoción municipal para el pago de remuneraciones de los trabajadores, también lo es que dichos pagos fueron efectuados amparados en disposiciones legales vigentes; en tal sentido se encuentra arreglada a ley la absolución" (en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 413).

2. Causas de justificación de la antijuricidad o ilicitud del hecho

Generalmente se presentan aquí situaciones de estado de necesidad justificante que obligan al funcionario o servidor a disponer hacia fin distinto el dinero o bienes y que tornarán inexistente el delito, al justificarse la antijuridicidad[1088]. Igualmente, el servidor público podrá invocar situaciones de obediencia jerárquica.

3. Causas de exculpación

El error invencible de prohibición permite, asimismo, atacar la afirmación del delito, situación que suele presentarse con frecuencia ante el fárrago de disposiciones no siempre claras o precisas del gasto público y de los cometidos de las partidas presupuestales.

XIII. CASOS FRECUENTES

- Ordenar pagos disponiendo del dinero presupuestado para otros renglones o áreas de destino: derivar fondos de las cuentas del canon para pago de personal, del Programa del Vaso de Leche para adquirir instrumentos de trabajo, dinero del Fondo de Compensación Municipal utilizado en montos superiores a los asignados para pagar dietas y viáticos[1089], utilizar dinero de préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para el pago de remuneraciones[1090].
- Traslado de fondos de una cuenta a otra diferente por destino.
- Disponer fondos de una empresa estatal para refaccionar Palacio de Gobierno o el avión presidencial.

(1088) Así, la ejecutoria suprema de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 2147-96-Lambayeque: "Haber dado destino distinto a los ingresos por concepto de peaje, para efectuar los pagos por salarios a los trabajadores en circunstancias de haber sido embargadas las cuentas del Municipio y de estado de necesidad y falencia económica, determina declarar no haber nulidad en la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral". En la ejecutoria suprema de 6 de noviembre de 1997, Exp. N° 5697-96-Huánuco, la Corte Suprema consideró no haber responsabilidad penal por los cargos de malversación de fondos atribuidos a los funcionarios del núcleo ejecutor de obras –Foncodes– de la ciudad de Huancabamba, al haber destinado a fin distinto el dinero asignado, por cuanto dicho monto imputado fue utilizado en obras que beneficiaron a la comunidad, no causando agravio al Estado, ni habiendo constituido incremento económico al peculio de los acusados.

(1089) Ejecutoria suprema del 05/04/2004, R. N. N° 310-2003-Apurímac.

(1090) Ejecutoria suprema del 04/12/2002, R. N. N° 430-2002 Áncash.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 397: *El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 100,000 pesetas, y en la de suspensión, si no resultare».*

2. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 434: *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración o entidad estatal, autónoma o local u organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o carga pública por tiempo de tres a seis años».*

Nota. La Ley Orgánica 1-2015, que efectúo profundas reformas en el Código Penal español de 1995, ha derogado la modalidad de malversación de fondos por aplicación pública diferente, dejando vigente la malversación por sustracción, la misma ha sido remitida a los delitos 253 (administración desleal) y 252 (apropiación indebida) del Código Penal para integrar su conducta típica.

3. Argentina (1922)

«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».*

4. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 315 [texto original]: *El oficial público o el encargado de un servicio público que se apropia o en cualquier forma distrae en provecho propio o de un tercero dinero o cualquier*

cosa mueble no perteneciente a la Administración Pública y en cuya posesión esté por razón de su oficio o servicio, será castigado con la reclusión de tres a ocho años y con la multa no inferior a mil liras».

«Código Penal de Italia (1930), artículo 316-bis [texto de 1992, Ley N° 181 del 7 de febrero de 1992): *Cualquier extraño a la Administración Pública que habiendo obtenido del Estado o de otro ente público o de la comunidad europea contribuciones, subvenciones o financiamientos destinados a favorecer iniciativas dirigidas a la realización de obras o al desarrollo de actividades de público interés, no lo destina a las finalidades previstas, será castigado con reclusión de seis meses a cuatro años».*

5. Colombia (1930)

«Código Penal de Colombia (1930), artículo 136: *El servidor público que dé a los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años».*

6. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 399: *El servidor público que dé a los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término».*

Nota. Las penas por reforma 890 del año 2004 se expresan en meses, habiéndose incrementado la pena de prisión de dieciséis meses a cincuenta y cuatro meses, la pena de multa de trece punto treinta a setenta y cinco.

7. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 236*: El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma pena en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento».*

8. México. Código Penal Distrito Federal

«Artículo 267: *Comete el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades:*

II. El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal. Al que comete el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades se le impondrá de tres meses a dos años de prisión y de quinientos a mil días multa».

5

DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. «Teniendo fondos expeditos». 2. «Demorar (...) un pago ordinario o decretado por la autoridad competente». 3. «Injustificadamente». **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Fases negativas del delito. **XI.** Penalidad. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Guatemala (1973). 5. Costa Rica (1971).

Artículo 390: *«El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

No existen antecedentes en la legislación penal anterior en el Perú.

La fuente legal extranjera está constituida por el artículo 264 del Código Penal argentino, el que ha sido copiado íntegramente por el legislador peruano (exceptuando, obviamente, las penas, las que han sido aumentadas): *«Será reprimido con inhabilitación de uno a seis meses, el funcionario público que teniendo fondos expeditos demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente».*

II. LA FIGURA PENAL

Estamos ante una específica figura penal omisiva de abuso de autoridad que no goza de unanimidad en el contexto del Derecho comparado, dado que importantes cuerpos jurídicos penales no lo contemplan, y los que lo hacen la castigan con penas mínimas y menores (multas).

Si bien los tratadistas argentinos que interpretan estas figuras coinciden en que se trata de una variedad de malversación, a la que le otorgan un carácter genérico[1091] y subsidiario[1092], considero que ello no concuerda necesariamente con la noción de malversación implícita en nuestra legislación penal, sino más bien con una figura autónoma de abuso de autoridad de naturaleza omisiva.

En la interpretación de los elementos del tipo penal seguiremos por razones obvias las pautas teórico-exegéticas de los tratadistas argentinos.

En la doctrina española que trabajó con este tipo penal (artículo 398: "*El funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha. Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración*"), derogado ya del Código de 1995, usualmente se lo consideraba la contraparte de la malversación. Así QUERALT, señala: estas infracciones de retención son la cara opuesta del delito de malversación, no desaparece dinero o efectos de las cuentas públicas, sino el que debiera salir del erario no sale[1093].

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es la regularidad y correcta imagen de la Administración Pública. Objeto específico es el tutelar penalmente la viabilidad del destino de parte del patrimonio estatal. Carlos CREUS sostiene que es el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado el bien jurídico protegido, ya que, si bien no se cambia el destino de los bienes, se impide que los fondos cumplan el que tienen asignado administrativamente[1094]. VILLADA, en la doctrina argentina, es del criterio de que con esta figura se trata de asegurar una fluidez absoluta en la circulación de los bienes públicos, así como de impedir una forma específica de incumplimiento de los deberes de funcionarios o empleados con relación a bienes o fondos públicos. Que no sea precisamente el funcionario o empleado el que obstaculice la disponibilidad de aquellos bienes que se han puesto bajo

(1091) En el Código Penal argentino, el peculado y sus modalidades son formas de malversación.

(1092) Así, SOLER, para quien la aplicación de esta figura está subordinada al hecho de que no sea aplicable ninguna de las figuras comunes de la malversación y peculado (*Derecho Penal argentino*, V, cit., p. 187).

(1093) QUERALT, Joan J.: *Derecho Penal español*, Volumen II, Barcelona, Bosch, 1987, p. 469.

(1094) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 305.

su depósito, administración o custodia, justamente para garantizar que ello no ocurra[1095]. Por su parte, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, si bien aceptan que tanto la demora como el rehusamiento entraban la regular marcha de la Administración Pública, consideran que se trata de ilícitos administrativos que deberían ser erradicados de la legislación penal chilena, llegando a conceptualizar que en realidad esta figura constituye más bien, un adelantamiento de las barreras de protección y que en cuanto a la razón del castigo parece residir en la sospecha o presunción de que las conductas aquí tipificadas constituyen actos preparatorios de otros delitos[1096].

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Autor solo puede ser el funcionario o servidor bajo cuya competencia se halla la de efectuar pagos ordinarios (funcionario pagador), a nombre de la entidad pública o aquellos pagos decretados por la autoridad competente. La autoría también comprende a aquel funcionario que tiene competencia para ordenar los pagos.

Es un tipo penal que exige relación funcional en el sujeto activo con el dinero o fondos públicos destinados a los pagos ordinarios u ordenados por la autoridad, es decir, deben estar en la razón de su cargo o en las competencias de la función el ejercicio de dichas atribuciones. Se trata de una relación funcional no intensa que posibilita considerar como autor al funcionario encargado eventualmente de los pagos por decisión de otro funcionario competente de ordenar o disponer los pagos[1097]. No puede tratarse de un particular ni de un depositario judicial.

El ámbito de competencia por autoría de la jerarquía superior excluye la del subordinado, y la de este no necesariamente compromete a la del superior jerárquico. De estar en concierto para la demora sin causa justificada, ambos serán coautores del delito.

V. SUJETO PASIVO

La Administración Pública. La persona afectada directamente con la demora es el sujeto agraviado directamente, es decir, la víctima.

(1095) VILLADA, Jorge Luis: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 448.

(1096) RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 396.

(1097) Véase CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, p. 326. Ídem *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 362.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Verbo rector: *demora.*

Dos son los componentes materiales del tipo penal, además de un elemento objetivo de carácter normativo:

1. «Teniendo fondos expeditos»

El término *«fondos»* alude a dinero. Estar los *fondos expeditos* implica que dichos caudales (dinero) se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice CREUS, en tiempo debido(1098). Si existen fondos en la caja fiscal, pero están destinados a otros pagos u otros destinos, obviamente que no existirá tipicidad delictiva de demora de pagos. Si es que hay carencia de fondos, faltará un elemento del tipo, no pudiéndose configurar, por lo mismo, delito. La tenencia de los fondos en poder o bajo la responsabilidad del funcionario o servidor supone la existencia previa de asignaciones de dinero. Los fondos expeditos son, así, las sumas de dinero en poder del funcionario que están destinados a viabilizar los pagos. La norma penal ha focalizado este momento sin que interesen los procedimientos administrativos reglamentarios del camino de los fondos públicos hasta su puesta en poder del funcionario encargado de los pagos. Sin embargo, de no tener el funcionario dichos fondos consigo y se encuentre en la necesidad de pagar, la figura será atípica, igualmente si los fondos son insuficientes.

2. «Demorar (...) un pago ordinario o decretado por la autoridad competente»

«Pagos ordinarios» son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con sus presupuestos u otra fijación previa (sueldos, salarios) y los tiempos de pago. No lo son los pagos extraordinarios o especiales, que se salen de las exigencias del tipo penal. Pagos decretados por autoridad administrativa competente son los dispuestos por resolución especial del funcionario en específicas relaciones jurídicas (pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto en juicio, pagos al contribuyente a quien se devuelve tributos pagados en demasía o mal acotados, etc.)(1099). Abarca ello también a los pagos ordenados por autoridad judicial.

(1098) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 306.

(1099) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 306; FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 292.

Demorar es tanto retrasar o dilatar arbitrariamente el cumplimiento del pago, sin que exista causa que lo justifique. Supone suspender en el tiempo una acción debida (el efectuar los pagos) como también efectuar el pago en momento posterior al debido. Demorar los pagos ordinarios o decretados por autoridad competente cubre igualmente no dar la orden de pago como el no efectuar el pago ordenado[1100], cuando, como dice NUÑEZ, no obstante poder (porque se poseen los fondos) se debe pagar (porque es el tiempo oportuno)[1101]. Demorar es retardar, posponer en función del tiempo debido u oportuno en que debieron producirse los pagos.

El pago en tiempo oportuno, que es aquí en el fondo el objeto concreto de protección de la norma penal, se halla fijado por los tiempos que fija la ley, el reglamento, en específicas y coyunturales ocasiones la situación *ad hoc* propicia (contextos excepcionales de turbulencia o conmoción social) o en casos igualmente particulares según lo establecido por la costumbre administrativa. En el supuesto de los pagos dispuestos por autoridad competente, el tiempo oportuno está dado por el determinado en la resolución mandatoria.

Lo que se castiga aquí, a decir de VIADA Y VILASECA, "es la detención momentánea e indebida de fondos –por constituir esto una presunción o sospecha que el funcionario o servidor trata de hacer un uso indebido de ellos–. Claro está, por lo tanto, que si la cosa no se entregase o el pago no se hiciese, por haber sido sustraídos o distraídos, no serán las disposiciones de este artículo que deberían aplicarse, sino las de los dos anteriores en su caso respectivo"[1102], presunción que no es necesariamente valedera para el tipo penal peruano 39 del Código Penal. La demora juega así un papel central para articular la tipicidad objetiva-subjetiva del delito, constituyendo una conducta dolosa de competencia del sujeto funcionario o servidor público, quien de este modo infringe sus deberes reglados. La acción típica, dice BUOMPADRE, no es no realizar un pago que debería hacerse, sino no pagar en tiempo oportuno[1103].

(1100) SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 187.

(1101) Cita de NÚÑEZ efectuada por DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 305.

(1102) VIADA Y VILASECA: *Código Penal reformado de 1870*, cit., T. II, p. 676. VIADA está refiriendo al artículo 409 del Código Penal español de 1870 y cuando alude a los dos artículos anteriores la referencia es a los delitos de malversación por aplicación pública diferente (artículo 408) y peculado de uso (artículo 407).

(1103) BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal, Parte especial* 3, cit., p. 285.

3. «Injustificadamente»

El empleo de este elemento normativo que acompaña a la demora significa en sentido amplio que, existiendo fondos expeditos, no deba existir ninguna razón de hecho o legal (de las indicadas en el artículo 20 del Código Penal: fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad competente, obediencia debida, disposición legal) que justifique la demora, pues, de existir la conducta o actitud del funcionario o servidor, no constituirá delito.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

La existencia del dolo es lo que va a permitir diferenciar este supuesto de hecho de una falta o irregularidad administrativa. El sujeto activo, conociendo lo indebido e injustificado de su comportamiento, sabiendo que tiene el dinero suficiente para los pagos y que no hay causa que impida hacerlo, demora arbitrariamente (o no dispone) los pagos. El tipo requiere de dolo directo. No es posible forma culposa, ni el tipo así lo ha previsto.

El error de tipo invencible le quita tipicidad al hecho relevante.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante un delito de infracción de deber específico realizable solo omisivamente, esto es, con omisión simple o de desobediencia, que se consuma al producirse el retraso o demora injustificada. El pago debe producirse, necesariamente, para configurar este delito, luego de la arbitraria dilación. Si el pago no se produce, existiendo de por medio los requerimientos de ley, el delito que se perfecciona será el de rehusamiento (artículo 391). Estamos así frente a un caso de abuso de autoridad nominado o específico. El perjuicio no es elemento del tipo, no obstante que la demora ocasione contratiempos a los destinatarios y que se pueda admitir un cierto perjuicio a la imagen de la Administración Pública.

El delito es permanente y solo cesará la permanencia al momento del pago.

La tentativa no es admisible.

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe complicidad de otros funcionarios y servidores, e instigación de los mismos sobre los obligados al pago.

La participación de particulares ajenos al servicio solo es admisible a nivel de instigación.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

El caso fortuito y la fuerza mayor indican la inexistencia de tipicidad del hecho.

Son admisibles el error de tipo invencible, que elimina la tipicidad del hecho; y el error de prohibición, que cancela la culpabilidad, además de la obediencia jerárquica.

No cabe legítima defensa.

Causa justificada es la inexistencia de fondos por razón no imputable al funcionario o servidor, o la tardanza en la asignación de los recursos por parte del Tesoro Público. No obstante, es discutible que en realidad estemos ante una causa de justificación, dado que la norma penal contiene el componente «fondos expeditos»; al no haber fondos, se trata más bien de una ausencia de tipo. Lo injustificado hace alusión en sentido negativo propiamente a varias de las permisiones establecidas en el artículo 20 del Código Penal.

XI. PENALIDAD

Penalidad conjunta: privativa de libertad de 2 días a 2 años e inhabilitación (artículo 426).

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de peculado. Si la demora obedece a apropiaciones de dinero realizadas por el funcionario o servidor (artículo 397).
- Con el delito de malversación. Si el funcionario ha dispuesto dichos fondos a otros gastos públicos (artículo 389).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 264: *Será reprimido con inhabilitación especial por 1 a 6 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».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 398: *«El funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha.*

Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusarse hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. La multa se graduará en este caso por el valor de la cosa y no podrá bajar de 100,000 pesetas».

3. España (1995)

El Código español vigente ha derogado la demora injustificada de pago como figura penal.

4. Guatemala (1973)

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 448: *El funcionario o empleado público que teniendo fondos expeditos demorare injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.*

Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que legalmente requerido, rehusare hacer entrega de dinero o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración».

5. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 355: *Será reprimido con treinta a noventa días-multa, el funcionario público que teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las prioridades por la ley o sentencias judiciales o administrativas.*

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».

6

REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. La existencia del depósito, custodia o administración. 2. Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos (objeto del delito). 3. Requerimiento. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Jurisprudencia. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Participación. **XI.** Causas de justificación. **XII.** Penalidad. **XIII.** Concurso de delitos. **XIV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Chile (1874).

Artículo 391: *«El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

No se registran en la legislación penal nacional anterior.

La fuente legal extranjera, en este caso, es también el artículo 264 del Código Penal argentino (segundo párrafo), que a la letra dice: *«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».* Y ambas fórmulas tomaron su fuente del segundo párrafo del artículo 409 del Código Penal español de 1870, que dice: *"Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido con orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración".*

II. LA FIGURA PENAL

Como se indicaba en la figura de retención injustificada de pagos, estamos frente a una figura penal omisiva que junto a la anterior configuran modelos autónomos de comportamiento ilícito que muy poco tienen que ver con el peculado o la malversación. El delito de rehusamiento, con relación a la demora injustificada, representa un nivel omisivo de mayor contenido de ilicitud penal, no obstante la misma punición que le otorga la ley peruana. El tipo penal tiene como núcleo rector la frase *«rehúsa entregar»*, ampliando los objetos materiales que resultan protegidos por la norma, además del dinero, a cosas y efectos.

Suscita debate considerar esta modalidad delictiva una modalidad de peculado, dado que posee mayores acercamientos con una forma de desobediencia a la autoridad. Así, como indica correctamente Alberto DONNA, citando a SOLER[1104], se trata con mayor precisión de una forma específica de desobediencia del funcionario o servidor público que entorpece el normal ejercicio de la Administración Pública. El criterio de desobediencia, incluso de resistencia, como característico de este delito ha sido enfatizado por la doctrina argentina[1105]. Igual apreciación tenía en su tiempo CUELLO CALÓN, quien sostenía que lo que se castigaba era meramente la desobediencia a la orden de la autoridad[1106].

En parte de la doctrina penal chilena se advierte una clara contrariedad a la necesidad de este tipo penal, al igual que con el de demora injustificada, que regula el artículo 237 del Código Penal de Chile. POLITOF, MATUS y RAMÍREZ, exponiendo la tesis de la superfluidad de estas figuras delictivas, consideran que las mismas resultan difíciles de ser justificadas a nivel constitucional y que, de efectivamente existir una apropiación, son suficientes los tipos penales de malversación (peculado) para abarcar todos los casos posibles de la misma, cuya aplicación desplaza necesariamente al artículo 237[1107]. La relevancia administrativa es considerada de suficiente entidad para comprender y sustanciar estas modalidades omisivas de peligro[1108], criterio que afirma la descriminalización penal de esta figura delictiva, que la podemos encontrar ya en los trabajos de GROIZARD

(1104) SOLER, SEBASTIÁN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 308.

(1105) Véase, por todos, FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal Parte especial*, cit., 856.

(1106) Véase CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial* I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1936, p. 380.

(1107) POLITOF, Sergio; MATUS, Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, cit., p. 521.

(1108) Véase TERRAGNI, Marco Antonio: *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 261.

y Gómez de la Serna, contemporáneo de Salvador Viada y Vilaseca, ambos prestigiados comentaristas del Código Penal español de 1870[1109].

En la doctrina española se consideraba que tanto este delito como el de demora de pagos se sustentaban en la sospecha de que el sujeto activo trata de hacer una aplicación indebida de los bienes, ya apropiarlos-sustraerlos o malversarlos[1110].

El delito tuvo ya reconocimiento en el *Tratado de Derecho Penal* de Paul Ritter von Feuerbach, que históricamente constituye el preludio del Código Penal de Baviera de 1813, elaborado por el insigne iuspenalista alemán. Nos dice Feuerbach, hablando del crimen de desfalco entre tres de sus hipótesis de hecho, que también se concreta "por la mera retención de lo que se debía utilizar para ciertos fines y que el funcionario no entregue para ello o cuando no entregare en tiempo determinado lo que tenía en custodia, sin que en esos casos se exija legalmente ninguna intención especial"[1111].

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal, es decir, el bien jurídico, sigue siendo aquí la regularidad y buena imagen de la Administración Pública. Bien jurídico específico es asegurar el normal desarrollo de la actividad administrativa en la circulación de bienes, evitando así las distracciones arbitrarias del patrimonio público y preservando los comportamientos funcionales de los sujetos públicos vinculados.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

El funcionario o servidor público en situación de relación funcional con los bienes y efectos (en depósito, custodia o administración). No se trata de un funcionario equiparado, al estilo del artículo 392 del Código Penal, sino de uno incorporado a la Administración Pública o que desarrolla funciones al interior de ella, quien tiene un marco de atribuciones regladas.

(1109) Véase Groizard y Gómez De La Serna, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, Burgos, 1872, p. 320.

(1110) Véase Salvador Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, cit., p. 676. Ídem, Rodríguez Devesa, José María: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 1134.

(1111) Von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1998, &478, p. 305.

V. SUJETO PASIVO

El Estado. Agraviados son las personas afectadas con el comportamiento del sujeto público. Este delito nos contextualiza con la noción amplia de patrimonio público, esto es, en uno de sus componentes con los caudales que, no siendo de propiedad del Estado o de la entidad pública, estos administran bajo cualquier concepto lícito: depósito, intervención, incautación, etc.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Núcleo rector: *rehúsa entregar*[1112].

Los elementos materiales que constituyen el tipo penal son los siguientes:

1. La existencia del depósito, custodia o administración[1113]

El sujeto activo debe poseer el dinero, cosas o efectos bajo cualquiera de las tres modalidades establecidas en el tipo penal. Estamos, por tanto, frente a un delito en el que existe una restricción del círculo de autores, dada la evidente presencia de relación funcional entre estos y el dinero, cosas o efectos.

El *depósito* es un acto jurídico por el cual se entrega bienes, dinero o efectos a una persona natural o jurídica para su tenencia y cuidado de forma temporal, con la obligación de entrega o devolución. En el marco del presente delito, es la entidad pública, persona jurídica de Derecho Público, la que ha entrado en posesión de los bienes, siendo de aplicación las normas del Código Civil que regulan la institución del depósito[1114].

(1112) Al respecto, véase de Villada, Jorge Luis: *Delitos contra la función pública concordado con Códigos latinoamericanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 448 a 451 una evaluación de las diferencias de tipicidad y penalidad de los delitos de negativa y rehusamiento en los Códigos Penales de Argentina, Honduras, Chile y República Dominicana.

(1113) Véase lo desarrollado al respecto en capítulos anteriores, p. 704 y ss.

(1114) Véase el análisis que hace Luis Salas Arenas sobre la aplicación de la norma penal en el contexto del concurso aparente de normas, para el caso del depositario que dispone los bienes que le fueron entregados en calidad de depósito judicial, bajo los títulos delictivos de apropiación, desobediencia a la autoridad, peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes, en "Peculado por retención o peculado por apropiación de los bienes judicialmente depositados", en Castillo Alva, José Luis (director), *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, Grijley, 2008, pp. 825 a 856. Salas Arenas asume criterio considerando que se trata de un caso de apropiación ilícita.

La *custodia* es la tenencia, vigilancia y cuidado del dinero, cosas o efectos que vincula a su preservación.

La *administración* es el gobierno y conducción de los bienes puestos en administración del funcionario o servidor. La administración que vincula al sujeto público con los bienes obliga a la asunción de responsabilidades administrativas, civiles y penales.

2. Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos (objeto del delito)

Rehusar es negarse, no querer efectuar –pudiendo hacerlo– la entrega a la que se halla obligado por ley o en cumplimiento de sus obligaciones. La norma penal no prevé aquí expresamente que el sujeto activo pueda alegar una causa de justificación para legitimar su comportamiento. Se trata de una orden de autoridad competente que el funcionario o servidor tiene que cumplir con la puesta a disposición de los bienes, dinero o efectos de la autoridad competente.

El acto de rehusamiento puede ser explícito o implícito, es decir, mediante negativa expresa, declarada o con evasivas (rehusamiento explícito) o –sostiene Creus– cuando el bien sea colocado o se haga permanecer, por cualquier acto, fuera del alcance de a quien deba ser entregado según el requerimiento de autoridad competente (rehusamiento implícito)[1115].

El *dinero* es el medio físico de cambio y representatividad económica, expresable en monedas, billetes[1116].

Las *cosas* designa un concepto de extrema amplitud, con el que se puede abarcar todo ente que ocupe un espacio físico con valor o sin valor patrimonial. Como acota Portocarrero, el concepto «cosa» tiene que ser delimitado jurídicamente, para definir con él a los bienes tanto muebles como inmuebles, por oposición a las personas, que no son cosas[1117].

Los *efectos,* como ya hemos señalado, son los documentos con valor patrimonial, títulos, símbolos y distintivos oficiales, etc.

Es acertada la ejecutoria suprema del 13/01/2005, cuando considera que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad no

(1115) Ver Creus: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 307.

(1116) Al respecto, sobre los "fondos reservados", destinados a fines de inteligencia, véase el comentario que efectúa Gustavo Eduardo Aboso, en tanto su uso discrecional e indebido para otros fines, en *Código Penal de la República argentina*, cit., p. 264; ídem véase la sentencia de casación del 07/07/1981, de la Corte Suprema, caso Martínez de Perón, La Ley 1981-D, 340, *La Ley Online*.

(1117) Portocarrero Hidalgo: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 189.

hay en el agente un *animus rem sibi habendi*, esto es, de actuar o proceder como propietario, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad[1118]; precisión que justamente diferencia este delito del peculado por apropiación-utilización o de la malversación, y también de las modalidades extensivas o impropias. Donde sí hay materia de debate, sin que ello signifique objetar la solución jurisprudencial dada por la Corte Suprema, es en el punto que considera al rehusamiento del depositario judicial un asunto de autoría propia del funcionario o servidor equiparado, con base en la invocación del artículo 425 del Código Penal. La crítica va aquí a la existencia misma del inciso cuarto del artículo 425, no al proceso de interpretación efectuada en la ejecutoria suprema que es pertinente. La existencia del delito de desobediencia a la autoridad, tratándose de particulares equiparados, brinda una solución susceptible de análisis.

Es igualmente correcta la afirmación de SOLER cuando precisa que la negativa a entregar inherente al delito de rehusamiento, en tanto una desobediencia privilegiada, en ningún caso puede representar una retención indebida[1119].

3. Requerimiento

El tipo penal de rehusamiento exige, a diferencia del delito de demora de pagos (artículo 399 del Código Penal), para configurar la tipicidad material del delito, la presencia de un requerimiento, es decir, de una orden conminatoria al cumplimiento de la obligación mandada, bajo las formalidades de ley (notificación, plazos, lugar, apercibimiento).

Existe una diferencia importante en la regulación penal del requerimiento con lo dispuesto en el tipo penal argentino. En el artículo 264 del Código Penal argentino, la norma penal alude de manera llana al requerimiento efectuado por autoridad competente, es decir, sin sujetarla a formalidades específicas; en el tipo penal peruano de este delito, en cambio, el requerimiento tiene que efectuarlo la autoridad competente con las formalidades de ley, es decir, quien por el cargo, función o jerarquía tenga y en la forma y modo establecidos legalmente atribuciones para ello. De no tener competencia quien realiza dicho requerimiento, faltará un elemento del tipo penal y, por lo mismo, no habrá delito; igualmente habrá atipicidad si no se cumple con las formalidades del caso. Como bien indica HUGO ÁLVAREZ, no cualquier funcionario o autoridad tiene las facultades

(1118) Ejecutoria suprema del 13/01/2005, Exp. N° 2212-04-Lambayeque, jurisprudencia vinculante, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 28 de febrero de 2005.

(1119) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino* V, cit., p. 188.

para requerir la entrega, sino aquel que por imperio de la ley tiene dicha atribución[1120].

Se deberá requerir para la entrega del dinero, bien o efectos al funcionario o servidor público específicamente obligado, es decir, este, en tanto destinatario, como bien indica LAJE ANYA, debe tomar conocimiento oficial[1121], no oficioso o informal; requerimiento que debe ser preciso en cuanto a su objeto: la entrega, otra finalidad hace atípico el delito: por ejemplo, se informe el estado del bien o se requiera su exhibición o traslado.

Suele ocurrir que el sujeto activo funcionario o servidor público se encuentre ante dos requerimientos de autoridad competente que le exigen uno entregar y otro no hacerlo, supuesto en el cual el autor puede actuar en error de prohibición al considerar que no se encuentra obligado a entregar el dinero, bien o efecto, o en un estado de inexigibilidad de actuar[1122].

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo es doloso. La presencia de reforzantes en el tipo (requerimiento) hace que el dolo del autor sea dolo directo. No se requiere que el dolo del agente tienda al provecho o beneficio. Subjetivamente, tanto en la demora injustificada como en el rehusamiento, como precisa SOLER, se requiere el conocimiento positivo de la obligación y la voluntad de no cumplirla, siendo indiferentes los motivos psicológicos de dicho incumplimiento[1123].

La posibilidad de que exista error de tipo invencible se dificulta por la presencia del requerimiento que se le hace llegar al sujeto activo a efectos de que cumpla con el mandato de la norma, ya que la existencia de dicho requerimiento hace suponer que el agente toma conocimiento de la existencia de la orden de autoridad y de la posición en la que se encuentra con relación a los elementos del tipo penal.

VIII. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el delito señalando lo siguiente:

(1120) HUGO ÁLVAREZ, Jorge: *El delito de peculado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 364.

(1121) LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Volumen III, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 131.

(1122) Al respecto, ABOSO, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., p. 1403.

(1123) SOLER: Derecho Penal argentino, cit., T. V, p. 188.

(i) "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 su administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Por tanto, 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" (ejecutoria suprema vinculante del 13/01/2005, R. N. N° 2212-2004-LAMBAYEQUE, Segunda Sala Penal Transitoria).

(ii) "El rehusamiento a la entrega de bienes depositados o puestos en custodia perjudica el patrimonio del ciudadano, y el bien jurídico protegido es el mandato de la autoridad, la probidad de la Administración Pública -de justicia (sic) órgano de auxilio judicial que le permite a la administración de justicia asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos y el correcto funcionamiento de la Administración Pública. (...) El delito de rehusamiento a la entrega de bienes depositados o embargados por autoridad competente es de comisión instantánea, se perpetra cuando el agente en forma renuente incumple con el mandato judicial de la entrega del bien dado en custodia (...) En el delito 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 peculado (...); no opera la duplicación del plazo prescriptorio, porque no es un delito perpetrado contra el patrimonio del Estado" (ejecutoria suprema del 06/05/2008, R. N. N° 1960-2007-AREQUIPA, Sala Penal Permanente).

(iii) La jurisprudencia penal argentina ha precisado que: "El delito de rehusamiento de entregar caudales o efectos puestos bajo su custodia o administración por parte del funcionario público (artículo 264,2), exige, para su configuración, el requerimiento de autoridad competente, que no debe ser ambiguo impreciso o genérico, sino todo lo contrario"[1124].

(1124) CCrim. y Correc. San Francisco, del 15/02/1984, en ALMEYRA, Miguel Ángel: *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, cit., p. 803.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al igual que con el delito anterior, se trata de un delito de omisión simple (desobediencia) que no requiere de perjuicio material para el patrimonio público, tampoco de provecho o lucro. Si no existe requerimiento que ordene la entrega, no hay delito de rehusamiento.

Se trata de un delito de infracción de deberes de custodia y administración. La consumación es formal, basta la negativa formal o material, pero siempre y cuando sea posible la entrega y el sujeto activo se niegue a ello, pues si ya le es imposible entregar, por ejemplo, al haber dispuesto del dinero, la cosa o el efecto, estaremos frente a una figura de peculado doloso o, en otro supuesto, si le es imposible entregar por causas naturales o de fuerza mayor que escapan a sus ámbitos de responsabilidad, nos hallaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para definir el delito. La tentativa no resulta admisible jurídicamente.

Siendo varias las cosas (bienes o efectos) a entregar, la entrega parcial que no se halle debidamente justificada o administrativamente sustentada configurará igualmente un hecho ilícito; lo que resulta extensible a la entrega de dinero, en cantidades menores a las depositadas.

El delito es permanente. Cesa cuando finiquita el rehusamiento y el sujeto activo hace entrega de lo ordenado. Sin embargo, se debe analizar igualmente la tesis de delito instantáneo con efectos permanentes, esto es, mientras se proyecten en el tiempo los efectos del rehusamiento. La reiteración del requerimiento que no logra la entrega confirma la permanencia del delito.

Al respeto, la Corte Suprema en la ejecutoria suprema de fecha 08/05/2008, R. N. N° 1554-2007-Arequipa, ídem en la del 06/05/2008, R. N. N° 1960-2008-Arequipa, ambas de la Sala Penal Permanente, sustenta la tesis del delito instantáneo. La primera de dichas resoluciones supremas indica: "El verbo rector empleado en el citado precepto (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 el 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; desde este punto de vista el delito se estructura como un delito 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".

X. PARTICIPACIÓN

Cabe complicidad de otros funcionarios y servidores, así como la instigación.

Los particulares que aporten actos de colaboración para la realización del delito responden a título de complicidad.

XI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El comportamiento del sujeto activo es a todas luces arbitrario. Resulta difícil encontrar en el *substratum* de sus actos causales de atipicidad o de justificación, a no ser la obediencia jerárquica.

XII. PENALIDAD

Pena conjunta: privación de libertad de 2 días a 2 años e inhabilitación (artículos 426 y 36).

XIII. CONCURSO DE DELITOS

Cabe la posibilidad de que el sujeto activo se halle imposibilitado de cumplir con el mandato ordenado por autoridad competente por haber ya dispuesto materialmente del dinero, cosas o efectos, situación en la que habría incurrido en una hipótesis de peculado doloso. En el supuesto en el cual después de haber dispuesto el dinero o bienes los entregue a la autoridad competente que lo requiere, siendo ello un dato verificable probatoriamente, igual se habrá dado el delito de peculado, aunque ello tenga importancia a fin de atenuar la pena a nivel de individualización judicial. Es aceptable que en el caso de que el funcionario o servidor que tiene la calidad de administrador disponga, para fines públicos distintos, los bienes que administra y deba entregar se pueda dar aquí una hipótesis de malversación de fondos, mas no en los supuestos de la custodia, de los dineros o bienes depositados.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

Código Penal de Argentina (1922), artículo 264 (segundo párrafo): [Está ya incluido en legislación extranjera del delito de demora injustificada de pagos].

2. España (1973)

Código Penal de España (1973), artículo 398 (segundo párrafo): [Está ya incluido en legislación extranjera del delito de demora injustificada de pagos].

Nota- El Código Penal de 1995 ha derogado este delito.

3. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 237: *El empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.*

Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

7

PECULADO POR EXTENSIÓN (PECULADO IMPROPIO)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** Sujeto activo. **III.** Sujeto pasivo. **IV.** Análisis global y comentarios: 1. Los autores y el objeto de la acción. 2. Comentarios. **V.** Bien jurídico protegido. **VI.** La equiparación legal. **VII.** Jurisprudencia. **VIII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Colombia (1980). 5. Chile (1874). 6. Bolivia (1972).

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 según la modificación efectuada por la sétima disposición final de la Ley N° 28165, publicada el 10/01//2004. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13/06/1993).

I. ANTECEDENTES LEGALES

En la legislación penal peruana: el artículo 347 del Código Penal de 1924, de influencia española, tenía el siguiente texto: *«Quedan sujetos a la disposición del artículo anterior* [se refiere al peculado] *los que administraren o custodiaren bienes municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».*

El artículo 392 del Código Penal actual tiene como base al referido artículo 347 del Código de 1924 y el artículo 263 del Código Penal argentino[1125], y más lejana históricamente a los Códigos Penales españoles de 1850-1870. Un posterior dispositivo de reforma del Código Penal, la Ley Nº 26198 (13 de junio de 1993), agregaría el párrafo concerniente a los sujetos que administran o custodian fondos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

La fuente legislativa histórica de este modelo de extensión de tipicidad normativa y descriptiva, tanto para el diseño peruano como argentino (pues de ella tomó el proyecto de Carlos Tejedor de Código Penal de 1867, al igual que el proyecto de Rodolfo Moreno, que se constituiría en el Código Penal de 1921 vigente), está representada por la legislación penal española, que en sucesivos Códigos que se inician en 1822-1848-1850-1870-1928-1944 hasta el de 1973, normativizó dicho dispositivo de equiparación. Así, tomando solo dos de ellos: el Código de 1822, en su artículo 467, indicaba: *"Cualquier persona particular que tenga a su cargo caudales o efectos de los expresados por comisión del Gobierno o de alguna autoridad, o por cualquier otro título, queda sujeta las penas prescritas por los cuatro artículos precedentes en los casos respectivos. También quedan los depositarios de caudales embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden de juez o de otra autoridad legítima"*[1126]. Sin embargo, son el Código de 1850 (artículo 322) y el de 1870 los que fijarán el esquema legislativo que se constituirá en el paradigma histórico de imitación. En efecto, el artículo 410 del Código Penal de 1870, a la letra señala: *"Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares"*. Diseño que se repetirá en los subsiguientes Códigos hasta llegar al Código Penal de 1995, donde se modificará la redacción del tipo legal para señalar en el artículo 435 lo siguiente: "*Las disposiciones de este capítulo son extensivas:1. A los que se hallen encargados por cualquier*

(1125) Ver "Legislación extranjera".

(1126) La referencia a los cuatro artículos precedentes que efectúa el artículo 467 del Código Penal español de 1822 es a los delitos de: (i) extravío a sabiendas de caudales o efectos pertenecientes al Estado, provincia pueblo, pero que son reemplazados; (ii) extravío, usurpación o malversación de fondos, cuyo importe no exceda el de las fianzas que tenga dadas; (iii) extravío, usurpación o malversación que exceda de los quinientos (...), mil (...), cinco mil (...) cincuenta mil duros; (iv) extravío culposo. *Código Penal español, decretado por las Cortes, sancionado por el Rey*, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3. A los administradores y depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. 4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se consideran afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley".

II. SUJETO ACTIVO[1127]

La norma penal describe tres escenarios de autoría: (i) en primer término, los que administran o custodian dinero de las entidades de beneficencia o similares. En segundo lugar (ii) los ejecutores coactivos y administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente. Finalmente, (iii) toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Históricamente, la autoría de los administradores de caudales o efectos fue radicada en cualquier persona particular (Código Penal español de 1822), al que se halle encargado (Código Penal de 1850), los encargados por cualquier concepto (Código Penal de 1870), esto es, quienes no eran funcionarios públicos. Lo mismo sucede con los depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública. Resultan, histórica y académicamente, ilustrativas las frases de PACHECO cuando, comentando el artículo 322 del Código Penal de 1850, referido al delito de malversación extensiva, fuente lejana de nuestro modelo, sostenía: "*He aquí lo que anunciamos en el comentario al artículo 318. Allí se trataba, como vimos, de caudales públicos; aquí se trata, no solo de los que podríamos llamar cuasi públicos, los provinciales, municipales y de establecimientos de beneficencia o instrucción, sino aun de los particulares en el más riguroso sentido, siempre que sean depositados por la autoridad. (...) ¿Qué se hará si convencionalmente, y aparte toda intervención autoritativa y jurídica, se hubiesen depositado fondos de particulares, y en ellos se verificare sustracción, distracción, mala aplicación, etc? La respuesta es muy sencilla. En tal caso podrá haber o no haber responsabilidad*

(1127) La lectura de este capítulo debe concordarse con lo señalado en relación al análisis del artículo 425 del Código Penal, esto es, con el concepto penal de funcionario público recogido en dicho artículo, véase *supra* p. 153 y ss.

criminal; pero no la habrá, no la debiera haber nunca por este capítulo. Aquí tratamos de culpas públicas, y esas serían solo culpas privadas'[1128].

El insigne penalista español, cuando comenta el aludido artículo 318 del Código Penal español de 1850, enfatiza que dicho tipo penal cubre exclusivamente la protección de caudales públicos y toma como autores a las autoridades o empleados de cualquier especie que de modo constante o eventualmente se encargan de la administración o custodia, mas no para caudales que no cumplen el requisito de ser públicos, para los cuales existe el artículo 322 del referido Código Penal español[1129]. Si bien se aprecia la ausencia de un concepto amplio de patrimonio público, cuando se utiliza la frase "*cuasi públicos*", se distingue ya entre el espacio de tipicidad propia de los funcionarios que malversan caudales públicos de aquellos reservados para particulares, que en vía extensiva son asimilados para efectos penales a los delitos cometidos por los sujeto públicos, en un escenario de dinero o bienes de particulares y cuasi públicos.

Las precisiones, de Joaquín PACHECO son pertinentes y plenamente oportunas, en esta línea de interpretación histórica, para ser utilizadas –en vía de interpretación– en el análisis del peculado extensivo nacional. *Primero.* Se analiza en el tipo extensivo de peculado-malversación del artículo 392 del Código Penal peruano responsabilidades públicas y no particulares, de modo que en realidad poco interés tiene el tema de si los autores de este tipo equiparado son particulares o, excepcionalmente, sujetos públicos, pues para la norma penal se trata normativamente de los primeros, al haber ella equiparado a todos los autores que se hallen bajo vinculadores jurídicos de administración o custodia en cualquiera de los tres escenarios detallados. *Segundo.* El dinero –en una posible interpretación de sentido– de la beneficencia pública, no obstante que el tipo no lo precisa, en atención a sus fines, son parte integrante del patrimonio público con base en la interpretación de sentido amplio de su significante y denotación comprensiva. Detallando, aún más, los administradores o depositarios de dinero, en su fuente histórica considerados sujetos particulares, deben su vinculación a la designación de autoridad competente, lo que descarta su condición pública de origen y, excepcionalmente, permite entender que incluso estos últimos –por decisión de la citada autoridad– puedan tratarse de sujetos públicos. *Tercero.* Son sujetos intrínsecamente particulares todas las personas o los representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes de fin social o asistencial.

(1128) PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo II, cit., p. 515.
(1129) PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo II, cit., p. 510.

Es decir, que sean sujetos activos "particulares" vinculados con dinero o bienes de particulares o entidades privadas que, sin embargo, se hallan dentro de los alcances de la noción amplia de patrimonio público, tanto por vinculación jurídica como por destino social de dichos dineros o bienes, ha permitido a la política criminal construir, en el caso del Perú mediante el artículo 392, *ad simile* de lo que ocurre con el artículo 386 y en parte el 388 del Código Penal, una noción equiparada de funcionario/servidor público, sin perjuicio de que excepcionalmente dicho sujeto posea dichas características públicas en algunos casos de los ejecutores coactivos, administradores o depositarios. En suma, todos son para la norma penal 392 sujetos públicos equiparados, sin que exista una razón normativa de peso o implicancias derivadas de la injerencia penal para establecer diferencias a los fines de la injerencia punitiva(1130).

Sujetos activos que cumplen los roles equiparados descritos en los tipos de peculado siempre en vinculación funcional o en representación de personas jurídicas. La redacción del artículo 392 posibilita entender que son susceptibles de ingresar en el contexto de la autoría también los denominados funcionarios de hecho, ya que la norma (con las expresiones «los que administran o custodian» y «así como todas las personas (...) que administran o custodian») está abriendo extensivamente el tipo en tal orientación.

Se aprecia así que el sujeto activo no es el especialmente vinculado por razón del cargo con el objeto material del delito, es decir, se trata de aquel sujeto que mayoritariamente no posee un marco de deberes reglados en el ROF o MOF institucional de las entidades públicas, de tal forma que le obligue a asumir roles especiales de la envergadura requerida para los sujetos activos del peculado y malversación de fondos, y a rendir cuentas ante los órganos de control administrativo; más aún, en la gran mayoría de casos se tratará de un sujeto desvinculado de la Administración Pública, que solo entra en contacto con ella por el singular vínculo que le ata con el concepto amplio de patrimonio que para el Derecho Penal es poseedor de interés social, o por la disposición de autoridad competente.

III. SUJETO PASIVO

El titular es el Estado. Agraviados pueden ser las entidades nominadas y los particulares afectados, los mismos que pueden concurrir en el proceso a efectos de la reparación civil.

(1130) La ejecutoria suprema de 26 de septiembre de 1997, Exp. N° 1404-96-Ayacucho, considera al inspector de obras de proyectos de irrigación financiados por Foncodes, sujeto activo del delito de peculado impropio. Véase Sumillas de Jurisprudencia.

IV. ANÁLISIS GLOBAL Y COMENTARIOS

El artículo 392 del Código Penal peruano tipifica lo que en la doctrina se conoce como malversación y peculado impropio, constituyendo un caso típico de norma penal extensiva y complementaria que, considerando a un número determinado de sujetos particulares –que no son administrativamente funcionarios o servidores públicos (vale decir, no poseen nombramiento ni elección como tales) y comprendiendo a patrimonios particulares–, remite para completar su tipicidad dolosa y culposa, en el caso específico del cuarto y final párrafo del artículo 387 del Código Penal, a la descripción de los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso y culposo (artículo 387), peculado de uso (artículo 388) y malversación de fondos (artículo 389). Se trata así de una norma que amplía la tipicidad a un mayor círculo de sujetos que se equiparan, a título de autoría, a los sujetos públicos. Esta línea de interpretación no excluye –como ya se ha dicho– la posibilidad de que funcionarios o servidores públicos se hallen posesionados excepcionalmente de los roles que la norma de peculado impropio establece y que determinados patrimonios públicos sean excepcionalmente objeto de tutela mediante este tipo penal cuando quienes lo detentan sean particulares.

No se trata de que el tipo complementario haya creado nuevas conductas, pues eso no ocurre en la redacción legislativa del artículo 392, que tan solo se limita a ampliar el círculo de autores de los mencionados delitos y que resultan equiparados normativamente a la calidad de funcionarios y servidores públicos para los fines preventivos-retributivos del Derecho Penal. El tipo penal precisa la relación de estos sujetos con el objeto material del delito: bienes de particulares bajo administración o custodia pública, o bienes que poseen interés social, que son valorados desde perspectiva penal y considerados político-criminalmente de importancia en su protección penal e injerencia punitiva, y sobre los cuales se orientará la acción ilícita penal.

Las conductas típicas propiamente equiparables son las siguientes: apropiación, utilización, uso y permitir la sustracción por tercero; igualmente, malversación de fondos. Queda claro que, estrictamente, los comportamientos típicos son los contenidos en los artículos 387, 388 y 389 (con ciertas reservas), tomando en consideración los roles que estos autores equiparados asumen. Queda también claro que las penalidades son igualmente las contempladas en dichos artículos. La tesis que indica que no se trata de una ampliación del concepto de funcionario, por el hecho de que ello ya está previsto en el artículo 425, sino que se trata de la atribución a determinadas personas de la posibilidad de cometer las conductas de los

artículos 387 a 389[1131], pasa por alto que no todos los supuestos de autoría recreada por el tipo 392 del Código Penal tienen identidad de reconocimiento en el artículo 425 (ejemplo: «todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren [...]»), así como, y justamente –en el segundo argumento– de eso se trata, de la atribución a determinadas personas, es decir, de la homologación estrictamente penal, es ello lo que le da sentido a la norma de equiparación, con lo que pierden sustento las objeciones planteadas.

La norma penal 392, sin embargo, también prevé la posibilidad de que dichos sujetos que se apropian, (realizan actos de disposición) utilizan, usan o malversan dinero o bienes –de particulares–, normativamente configurados "patrimonio público" en sentido amplio, sean funcionarios y servidores públicos, y que los patrimonios involucrados tengan equiparadamente calidad pública al utilizarse en ella la frase "aunque pertenezcan a particulares", con lo cual se produce un marco de sincretismo nada coherente a los fines de la interpretación y racionalidad del mensaje comunicativo de la norma penal.

En realidad, nos encontramos con una técnica legislativa nada feliz ni recomendable al momento de redactar tipos penales extensivos, que por lo demás no goza del consenso legislativo comparado, ya que muchos e importantes Códigos Penales no lo contemplan (Portugal, Alemania, Italia, México, Colombia en su Código del 2000 ha erradicado de su catálogo punitivo dicha tipología)[1132]. En algunos casos, las alusiones extensivas son taxativamente direccionadas a quienes se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a establecimientos públicos de instrucción, con lo que la equiparación opera en función de la autoría y no así en razón del patrimonio particular[1133]. Existen igualmente diseños que equiparan tanto la noción pública de funcionario como la calidad pública de los bienes a sujetos particulares y bienes

(1131) Véase ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª edición, p. 398, quien considera imprecisa mi tesis de ampliación del concepto de funcionario público o, por lo menos, de que ello constituye una imprecisión.

(1132) Conservan la técnica del delito equiparado para estos delitos los Códigos Penales de España y Argentina. A propósito de un trabajo dedicado especialmente a analizar las figuras penales de malversación peruana y española, los profesores CASTRO MORENO y OTERO GONZÁLEZ son de la idea concluyente que la existencia de la malversación o peculado impropio resulta ciertamente perturbadora, y que en lo que al tipo de quebrantamiento de depósito o embargo se refiere, es ciertamente distorsionador dentro del sistema penal que regula este delito, a la vez que plantea serios problemas de distinción con otras figuras delictivas. Razones suficientes para proponer *de lege ferenda* su supresión de los Códigos Penales español y peruano («Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los Códigos Penales español y peruano», cit., p. 591).

(1133) Véase "Legislación extranjera", los Códigos Penales de Chile, Argentina, España y Bolivia.

particulares. En otros casos se mezclan bienes públicos con privados como objeto de tutela penal mediante esta figura extensiva.

La dificultad evidente para precisar el bien jurídico específico, así como para aplicar, con coherencia, los principios y reglas para superar el concurso aparente de normas constituye una consecuencia derivada de tan singular tipo penal que busca cerrar la cadena de conminación-represión, en el contexto del peculado y la malversación.

La inexistencia de dolo o el error de tipo invencible descartan la tipicidad en cualquiera de los supuestos legales remitidos dolosos[1134]. En este punto, la **jurisprudencia del Tribunal Supremo español** ha sido suficientemente enfática cuando con relación a los sujetos activos de la malversación (para el tipo penal peruano "peculado") impropia, específicamente el depositario, realza el consentimiento informado, en el sentido de *"destacar la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción precedente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes"* (STS N° 654/1999, del 27 de abril)*; sin que pudiera entenderse, a raíz de su profesión o por otros motivos, que el acusado tuviera conocimiento del alcance de los referidos preceptos* (STS N° 779/2005, del 18 de mayo). Incluso, la jurisprudencia española se ha pronunciado en los casos de error de prohibición por desconocimiento del carácter antijurídico del comportamiento. Al respecto, Sánchez Melgar, citando la sentencia del Tribunal Supremo (STS) N° 121/2007: *"La realidad del error de prohibición que supone la ausencia de responsabilidad en el sujeto concernido porque ignora el carácter antijurídico de su actuar; supone un error sobre la antijuridicidad de su acción, evidentemente, el conocimiento de la ilicitud de su actuar no exige un cabal y completo conocimiento de todas y cada una de las consecuencias en que podría incurrir, bastando con que, como consecuencia de formar parte de la ciudadanía, siendo partícipe de la comunidad de cultura en la que ha surgido la norma jurídica concreta como expresión de la voluntad colectiva formada en sede parlamentaria,*

(1134) Al respecto, véase la ejecutoria suprema del 29/10/2002, R. N. N° 4734-2001-Pasco.

participe de la misma convicción social de que dicha norma debe ser obedecida, y por tanto, asumiendo la sanción en caso de incumplimiento'[1135].

1. Los autores y el objeto de la acción

a) Los administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares[1136]

La frase *«entidades de beneficencia»* hace alusión a organizaciones particulares no estatales que prestan servicios de asistencia a la colectividad. Se entiende como *«entidades similares»* a las instituciones que tienen finalidades afines a las de beneficencia (fundaciones de caridad, sociedades de auxilio mutuo, Cruz Roja, etc.).

Los sujetos a quienes la norma penal extiende la penalidad son particulares que gozan de los atributos de autonomía y responsabilidades civiles y administrativas del Sector Privado. El interés político penal de la extensión punitiva a estos sujetos no públicos radica en la necesidad de cubrir un amplio espectro de actividades que involucran asignaciones y administración de fondos que redundan en servicio a la sociedad.

La interpretación que hace radicar el interés de la norma por las entidades de beneficencia pública, en tanto objeto exclusivo o preferente resulta, a mi entender, errada, dado que ello ya está cubierto por los tipos de peculado y malversación. Así también lo entienden CREUS y DONNA al analizar el artículo 263 del Código Penal argentino, para quienes el interés penal de dicho artículo extensivo está dirigido a bienes que pertenecen a establecimientos, de beneficencia de carácter privado, ya que de ser públicos no haría falta esta equiparación[1137].

Otras legislaciones penales aluden expresamente a las beneficencias públicas (caso del artículo 238 del Código Penal chileno) con lo que delimitan estrictamente el objeto de injerencia, de acuerdo a la normativa legal extrapenal. En otros casos, como en el Código Penal español (artículo 435.1), la norma está dirigida en forma general a «los que se hallen encargados

(1135) SÁNCHEZ MELGAR, Julián: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia IV*, cit., p. 3399.

(1136) Véase ejecutoria del 3 de julio de 1998, Exp. N° 6071-97-Ayacucho, que declara no haber nulidad en la sentencia que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral por delito de peculado impropio, contra los procesados, en agravio del Estado y la Subregión de Salud de Ayacucho.

(1137) CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 354; ídem *Derecho Penal. Parte especial* 2, cit., p. 321. DONNA, Edgardo Alberto*: Derecho Penal Parte especial* Tomo III, cit., p. 295; ídem, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2008, p. 340.

por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de la Administración Pública»; lo que implica que la equiparación es estrictamente de autoría, siendo los bienes patrimonio público, lo que descarta la posibilidad de incorporar a las entidades de beneficencia particular. Otorgaba, en cambio, una pauta mayor de interpretación en situación extrema de intervención penal, no recomendable *de lege ferenda,* por cierto, el numeral 2 del artículo 138 del Código Penal colombiano derogado, cuando señalaba a las «asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamental».

b) Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente[1138]

Dichas personas[1139] son fundamentalmente particulares designados o nombrados con las formalidades del caso, ya que se trata de mandatos u órdenes de autoridad competente[1140], no de actos contractuales. El contrato no forma parte integrante del tipo, dado que es preciso al referirse a bienes embargados o depositados por autoridad competente. La legalidad del embargo en tanto acto jurídico precedente es un aspecto que tendrá que tomarse en cuenta a efectos del análisis del tipo penal en estudio. Deberá existir, como resulta obvio, una vinculación formal con el dinero o bienes, a través tanto de la orden de autoridad competente que designa administradores o depositarios como de la aceptación del mandato y la puesta en conocimiento a estos de los alcances y responsabilidades penales y civiles que podrían surgir de no cumplir con dichos deberes adquiridos. Por lo demás, deberá ser previo al tipo la declaración legal del embargo o depósito. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en este punto indica en forma reiterada que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que en caso contrario el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo en el tipo en cuestión, cuyo elemento

(1138) Con relación al ejecutor coactivo, incorporado en el tipo penal por la Ley N° 28165, véase p. 245 y ss.
Revísese la ejecutoria suprema del 28 de enero de 2000 (Primera Sala Transitoria), Exp. N° 1364-99-Arequipa, donde se absolvió al depositario judicial de la imputación por peculado extensivo al no existir notificación idónea, es decir, con los debidos requerimientos judiciales.

(1139) Véase en sumillas jurisprudenciales varios casos en los que el depositario es sujeto activo de delito de peculado extensivo.

(1140) Sobre el ámbito de extensión del concepto "autoridad", la ejecutoria suprema de 24 de mayo de 1993 lo restringe al de la autoridad judicial. Véase Sumillas de Jurisprudencia.

subjetivo no puede ser supuesta o presumida[1141]. Información suficiente que incluso abarca la explicación detallada, en lenguaje accesible, de las eventuales responsabilidades penales en las que podría incurrir, que de no efectuarse podría sustentar fundadamente errores de tipo o de prohibición. Solo así la equiparación del particular a la noción extensiva de funcionario adquiere sentido y razonabilidad.

Estos sujetos activos de delito pueden ser personas naturales o jurídicas a través de sus representantes, no se requiere necesariamente que sean personas o instituciones calificadas. En cuanto a los administradores, los tratadistas argentinos consideran que por tratarse de sujetos que actúan según las reglas del Derecho Privado, su designación no reviste de formalidad alguna[1142], lo cual, sin embargo, no debe tomarse en sentido rígido, pues su designación como tales, al ser un acto de imperio de las autoridades competentes, presupone ya la existencia de un mínimo de formalidad que legitimará tal designación[1143]. Más aún y según es ya lineamiento orientador firme en la jurisprudencia española, depositarios y custodios deben ser instruidos por la autoridad competente de sus deberes y obligaciones para con los bienes que pasan a su guarda y custodia, lo cual supone de las prohibiciones y responsabilidades en las que podrían incurrir en el caso que dispongan de dichos bienes; de lo que puede colegirse la necesidad de rodear las designaciones, de dichos agentes, de ciertos formalismos, que de no existir en tanto desconocimiento de obligaciones pueden abonar la presencia de error de prohibición[1144].

La posibilidad de que los depositarios o administradores de los caudales embargados o depositados resulten o sean funcionarios o servidores públicos se halla sujeta a la condición señalada en líneas anteriores[1145], máxime si la autoridad administrativa o judicial competente puede conceder dichas facultades de administración o depósito, de los referidos bienes, a quienes siendo funcionarios poseen en el marco de sus atribuciones regladas dichos deberes.

Ha generado dificultades en la interpretación jurídico-penal el hecho de que la mención al depositario se halle también registrada en los artículos

(1141) STS N° 95/2007, del 15 de febrero; ídem, STS N° 1027/2007, del 10 de diciembre.

(1142) Véase, por ejemplo, Creus: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 305.

(1143) Véase Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª edición, p. 350.

(1144) Al respecto véase López Barja de Quiroga: *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1997, T. III, p. 4113.

(1145) Véase *supra*, p. 860 ("Sujeto activo").

190 y 392 del Código Penal, que regula el delito de apropiación ilícita y peculado extensivo o impropio, respectivamente, al mismo tiempo que en el artículo 425 del referido cuerpo punitivo, donde se describe quiénes son para efectos penales funcionarios o servidores públicos, bajo las siguientes descripciones: ARTÍCULO 190: *(...) Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial (...)*/ARTÍCULO 392: *(...) administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares (...)*./ARTÍCULO 425: *Son funcionarios o servidores públicos: (...) 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*

Al respecto, numerosas ejecutorias supremas han contribuido a dicha confusión al darle, erróneamente, al depositario judicial que entra en relación con bienes de particulares la calidad de sujeto activo del delito de peculado extensivo(1146). Sin embargo, la ejecutoria suprema del 21/02/2012 de la Sala Penal Permanente posibilita una mejor interpretación de los alcances del delito de apropiación que toma como autor al depositario judicial en su relación con el artículo 392 del Código Penal(1147).

Obviamente esta manera poco mesurada y nada técnica de abordar el tema de los "depositarios" necesariamente complica el análisis tipológico de relevancia penal aún más cuando la normativa legal alude al "depositario judicial" (artículo 190) y al depositario, en relación a dineros o bienes ordenados, por "autoridad competente" (artículo 392); problema

(1146) Véase VII. Jurisprudencia.

(1147) "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 de 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 (caudal o efecto), como ejercicio de una ilícita 'propiedad' sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. Por otro lado, el delito de apropiación ilícita en su forma agravada, regulado en el inciso 2 del artículo 190 del Código Penal, refiere 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 nombrados tanto 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 haga advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa" (ejecutoria suprema del 21/02/2012, R. N. N° 3396-2010-Arequipa, Sala Penal Permanente.

que no se presenta en el diseño argentino, cuyo artículo 263 (de malversación impropia) alude igualmente a depositarios en conexión a la orden dada por autoridad competente, pero no tiene ninguna mención al depositario "judicial", en tanto sujeto activo del delito de apropiación ilícita o indebida, tipo legal formalmente inexistente en el Código Penal argentino y que se halla implícitamente contenido en el tenor literal comprensivo del delito de hurto por apoderamiento (artículo 162). Caso similar sucede con el diseño penal de la malversación impropia del artículo del 399 –que aludía al depositario por "autoridad pública"– del Código Penal español de 1973 (antes de la reforma, Ley 1-2015 del Código Penal de 1995) en su relación con el delito de apropiación ilícita (artículo 535); tipo penal este último que dejaba librado a los contratos de depósito la configuración del sujeto activo "depositario" en dicho delito, sin efectuar alusiones al depositario judicial y que permitía entender al depositario como autor del delito de malversación impropia cuando su título provenía de la autoridad pública, guardando ello coherencia con la frase "aunque pertenezcan a particulares".

Tomando en cuenta lo dicho en el párrafo precedente y a los efectos de dotarle de razonabilidad al aparente tratamiento múltiple de los depositarios en tanto sujeto de delito, hay que precisar que para el caso del artículo 190, es del todo claro que se trata de un sujeto activo particular que comete el delito de apropiación ilícita (se apropia, utiliza en diversidad de actos de disposición o uso) en relación a dinero o bienes (incautados o embargados) de particulares, siendo el origen de la relación –con el bien del cual se apropia– producto de una decisión del juez que le designa depositario, sujeto a las determinaciones normativas del Código Procesal Civil. Esta reducción de la vinculación a la establecida entre el sujeto activo y el juez no se aprecia en la figura del peculado extensivo, en la cual si bien igualmente el depositario es un sujeto particular, este debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes, no a la designación judicial, pues la norma 392 ha utilizado la frase «por orden de autoridad competente», lo que ya está ofreciendo pautas de diferenciación formal al intérprete, además de la consideración de los fines de interés social o públicos de dicho patrimonio. De plantearse al debate la posibilidad de un aparente concurso de normas, bajo el supuesto de que el sujeto activo del artículo 392 sea un depositario judicial, no cabe concluir que existe realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso de dicho depositario su intervención como autor del delito patrimonial común se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado

extensivo, en el cual tiene que existir, obligadamente, una vinculación del dinero o bienes embargados, en tanto estos integrantes de la noción amplia de "patrimonio público", con los fines de la Administración Pública, aunque dichos dineros o bienes pertenezcan a particulares.

En cuanto a lo regulado descriptivamente por el artículo 425 del Código Penal, ello no hace más que reproducir nominalmente la misma estipulación consignada en el artículo 392, claro que en un contexto de mayor generalidad, esto es, susceptible de ser invocado por otros tipos penales, lo cual ni hace daño ni resta datos a la argumentación jurídico-penal de tratarse de sujetos particulares equiparados para fines penales; igualmente, si es que se tiene claro que lo normado en el artículo 190 respecto al depositario se halla circunscrito al origen judicial del depositario, lo que constituye su núcleo de diferencia formal además de las otras características sustantivas formuladas. Al respecto, para mayores precisiones conceptuales remito al lector a lo ya dicho en líneas precedentes[1148].

c) Todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social[1149]

El tipo penal agrega aquí una norma complementaria de cierto contenido subsidiario que incluye a un amplio elenco de sujetos particulares calificados o no[1150] y a los representantes de las personas jurídicas de Derecho Privado que administran o custodian fondos y/o bienes que poseen un destino especial de servicio público caracterizado por el fin asistencial o por el coadyuvamiento a los programas de apoyo social, sin cuya caracterización específica (dada por el destino de los bienes) no existirá la posibilidad de imputar delito a dichos sujetos. Por ejemplo, las instituciones privadas que de manera independiente obtienen fondos para fines sociales o que lo hacen en conexión con el Estado. Ingresan aquí determinadas ONG. La ejecutoria suprema del 27/11/2001 de la Sala Penal Permanente consideró a la donación, efectuada por el Banco Mundial para fines de asistencia social, objeto de protección de la norma penal mediante el delito de peculado extensivo, en un supuesto fáctico en el cual, en el marco de la asistencia de dicho ente internacional para el programa "Concurso Feria

(1148) Igualmente revísese el estudio comparado que efectúan a la normatividad en análisis Castro Moreno, Abraham y Otero González, María Pilar: «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los Códigos Penales español y peruano», en *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Trujillo, Normas Legales, 2004, p. 591.

(1149) Sobre lo que se entiende por fines asistenciales o programas de apoyo social véase *supra*, p. 755.

(1150) El término "calificado" es empleado en el sentido de sujetos profesionalizados o que usualmente desarrollan labores de depositarios o administradores.

del Desarrollo 2002: Creadores de Cultura", efectuó una donación para la constitución y puesta en funcionamiento de un bosque eólico, donde al imputado como presidente de la comunidad campesina le correspondía la administración, parte de cuyo dinero fue invertido en dichos fines y otra fue apropiada por el citado dirigente(1151).

Esta modalidad de peculado extensivo se ha aplicado, en su inmensa mayoría, a los particulares integrantes de las organizaciones o entidades creadas para dar cobertura y aplicación a los programas sociales; así, los que integran los núcleos ejecutores de Foncodes(1152), del PRONAA, Infes, los integrantes y dirigentes de los comités del Vaso de Leche, y otras que cada Gobierno genera, etc. Esta circunstancia está así claramente demarcada y caracterizada por el destino social o de asistencia en el que se va a destinar el dinero o bienes(1153).

La expresión *«todas las personas»* alude a aquellas que administran o custodian sin diferenciación de jerarquía, calidades especiales o título de origen. *«Representantes legales»* es una locución de uso jurídico utilizada para designar a aquellas personas naturales que formalmente han sido designadas estatutariamente o por actos formalizados de voluntad jerárquica para actuar a nombre de las personas jurídicas. Rige en este caso para ellos lo estipulado en el artículo 27 del Código Penal.

La Corte Suprema ha considerado que el artículo 392 del Código Penal permite extender los alcances del delito de peculado a 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, como son los recursos destinados al Foncodes; sin embargo, en dicho supuesto es necesario establecer si el sujeto activo tenía un poder de vigilancia y control sobre los bienes objeto de apropiación o utilización indebida(1154).

(1151) Véase la ejecutoria suprema del 27/11/2010, R. N. N° 3348-2009-La Libertad, Sala Penal Permanente.

(1152) Véase ejecutoria suprema del 20 de mayo de 1998 (Sala Penal C), Exp. N° 4937-97-Huánuco, en la cual la Corte Suprema confirmó la absolución del inspector de obras del núcleo ejecutor Foncodes-Huánuco al haberse determinado que el retraso en la ejecución de las obras se debió por aspectos climáticos y la demora en la entrega del dinero (Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 450).

(1153) Considero excesiva la crítica de Abanto, los límites están puestos en el primer supuesto del artículo 392 al referirse a actividades de beneficencia, que no pueden ser confundidos ni identificados con programas de apoyo social y fines asistenciales, de por sí de mayor envergadura.

(1154) Ejecutoria suprema del 17/05/2012, R. N. N° 37-2011-Huánuco, Sala Penal Transitoria.

2. Comentarios

¿La extensión normativa que hace el artículo 392 alcanza también a las modalidades atenuadas de peculado, la exclusión legal y agravantes contenidas en los tipos penales remitidos? Las determinaciones normativas del artículo en referencia no hacen ninguna excepción a la regla de remisión, de lo que se colige que esta, en perspectiva de aplicación razonable, alcanza a los componentes objetivos-subjetivos y circunstancias de los tipos penales 387 y 388. Así, a dichos sujetos activos les es aplicable también la penalidad atenuada del delito de peculado culposo (artículo 387, tercer párrafo); así como –en un escenario de dificultades de interpretación– las agravantes del daño o entorpecimiento del servicio y por el destino de los fondos, contemplados en el artículo 389 (segundo párrafo); o las agravantes del peculado doloso y culposo (artículo 387, segundo y tercer párrafos), en cambio resulta forzado considerar en vía de equiparación aplicar la exclusión de tipicidad del artículo 388 del Código Penal. No obstante, es bueno tomar en cuenta, conforme precisa la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que estamos ante un tipo penal extensivo, por lo que la interpretación de dicho tipo penal debe respetar criterios restrictivos, esto es, no perder de vista dicha perspectiva de análisis[1155].

Se han levantado fundadas voces de crítica a las extensiones normativas de este tipo, centradas en el argumento de que es injusto aplicar las penas de los sujetos públicos a particulares que no tienen para con el Estado deberes especiales de garantes[1156], además de los peligros que supone una aplicación extensiva generalizada.

V. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal, al hallarse comprometidos, en la mayoría de las hipótesis delictivas, patrimonios particulares, es preservar y garantizar el patrimonio no estatal destinado a fines de utilidad social, que llega a adquirir eventual o circunstancialmente interés público, coincidentes, equiparables o supletorios a los fines de la Administración Pública, evitando posibles impunidades de aquellos sujetos vinculados a los fines de la Administración Pública por especiales roles no estatales. Igualmente la norma busca proteger el correcto funcionamiento en sentido amplio

(1155) Véase STS N° 1514/2003, del 17 de noviembre, fundamento tercero. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

(1156) Afirma Francisco Muñoz Conde que solo metafóricamente pueden considerarse tales personas funcionarios o servidores públicos (*Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 876).

en los fines de la Administración Pública cubriendo la protección, incluso, de la finalidad social de patrimonios particulares. Se cierra de esta manera el ámbito de intervención de la esfera penal con relación al patrimonio público y privado social.

Considero errónea la tesis de ABANTO VÁSQUEZ[1157], quien ve en la lealtad a la administración de bienes particulares el bien jurídico objeto de tutela en el delito de peculado extensivo, pues tales bienes, en consideración a su naturaleza, no tienen el interés que adquiere su destino o aplicación social, razón esta que es la que fundamenta la intervención penal en este ámbito de extensiones de la norma. Asimismo, igual de desatinada es la opinión que hace ver que para un supuesto específico de peculado extensivo el bien jurídico se halla en la obediencia a los mandatos de la autoridad; en este segundo punto, como bien indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, estaríamos en tal caso ante un delito de desobediencia a la autoridad[1158], lo cual desnaturalizaría conceptualmente el tipo penal de peculado. Por cierto, que en la hipótesis de peculado extensivo referido a los depositarios, el requerimiento a la entrega del bien admite invocabilidad, pero a nivel de conducta típica.

El bien jurídico en este peculiar e híbrido tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar el destino de determinados patrimonios particulares asociados a finalidades públicas. Circunstancia esta última de gran trascendencia que explica la injerencia penal.

VI. LA EQUIPARACIÓN LEGAL

El Derecho Penal se ha servido aquí de una doble ficción legal: la equiparación de sujetos particulares a la calidad de funcionarios o servidores públicos y la de los bienes de instituciones de procedencia privada o de particulares colocados en el mismo nivel de protección que los bienes públicos. Al respecto es bastante ilustrativa la Sentencia de Casación N° 318, del 25 de febrero de 2000, del Tribunal Supremo español (Segunda Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo Pedro), cuando señala que "*los bienes en el delito de malversación impropia adquieren la condición de bienes públicos por la naturaleza de destino a que están afectados en virtud de una disposición judicial, sin que sea necesaria la incorporación efectiva de su valor pecuniario a los fondos públicos siendo suficiente que*

(1157) Véase ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª edición, p. 348.

(1158) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Código Penal*, cit., T. III, p. 4112.

ese destino sea el previsto legalmente" (STS N° 318/2000, del 25 de febrero de 2000). Por ello, se habla de la existencia de *peculado o de malversación impropios* o *por extensión*. Que la equiparación ya esté contenida, para el caso de los depositarios o administradores, en el inciso cuarto del artículo 425 no le quita dicha condición, es más, enfatiza la base particular de dichos sujetos.

Y se trata de una ficción legal, pues formalmente los sujetos consignados en la descripción del artículo 392 del Código Penal, no tienen calidad pública[1159]. La necesidad de darle a la intervención penal una justificación que exceda los límites dogmáticos y de construcción doctrinaria ha permitido que político-criminalmente el Derecho Penal haga uso de valoraciones normativas de esta naturaleza.

VII. JURISPRUDENCIA

Resulta de interés la revisión de las líneas jurisprudenciales, además de las nacionales, de la judicatura española y argentina para tener una más lograda internalización conceptual-académica de los alcances y contenidos del artículo 392 del Código Penal peruano como fácilmente vamos a advertir. Así que ingresemos a ese escenario de riqueza conceptual. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la República ha precisado lo siguiente:

> "El delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal, constituye un caso típico de norma 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 o de uso y malversación de fondos a los cuales complementa. Que está probado que el procesado fue designado, mediante acta, por autoridad competente como depositario de los productos forestales (madera incautada por personal de Inrena,) habiendo incumplido con sus deberes al transportar los productos maderables de la especie cashimbo y tornillo sin contar con la documentación respectiva y al haberse apoderado de los mismos" (Ejecutoria suprema del 26/01/2010, R. N. N° 3286-2008-Ucayali, Sala Penal Permanente).
>
> "El artículo 392 del Código Penal considera como sujeto activo del delito de peculado al particular que administra dinero perteneciente

(1159) Así, Gómez Pavón y Molina Arrubla en Colombia. Véase de este último, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 165.

al Estado destinado a fines asistenciales o de apoyo social. En el caso de autos, el dinero entregado por el Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social –Foncodes– con motivo del convenio suscrito con el núcleo ejecutor del proyecto de capacitación en planificación y alta panadería, estaba destinado a un programa de apoyo social, donde los representantes del núcleo ejecutor eran los que tenían la administración de tales fondos, conforme se describe en el convenio y el proyecto; que, siendo así, dichos representantes del citado núcleo ejecutor tendrían la calidad de sujetos activos de delito de Peculado por extensión, conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código Penal" (ejecutoria suprema del 26/01/2001, R. N. N° 3017-2000-Lima).

"Si bien materialmente está acreditado que el procesado no rindió la liquidación financiera de la obra, con su propia declaración (...), dicha conducta no encaja plenamente en la figura típica del peculado agravado por extensión. El encausado como residente de la citada obra habría incurrido en incumplimiento contractual, lo cual debe resolverse en la vía extrapenal, y conforme con los términos del convenio" (ejecutoria suprema del 06/11/2013, R. N. N° 870-2013-Ayacucho. Sala penal Transitoria).

"Que si bien, conforme al artículo 389 del Código Penal, el delito de malversación requiere que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público que administra concretos caudales públicos, calidad que desde luego no tienen el imputado, pues es un padre de familia sin ningún vínculo con el Estado, empero el artículo 392 del Código Penal, en su texto fijado por Ley 26198, del 13 de junio de 1993, reiterado por el nuevo texto introducido por la ley 28164, del 10 de enero de 2004, incorporó una figura extensiva en relación con dicho tipo penal de malversación por extensión, en cuya virtud también cometen este delito 'todas aquellas personas o representantes de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social'; que siendo así, la conducta ejecutada por el imputado de haber dado un uso diferente a los dineros de la garantía de la segunda campaña del convenio con el PRONAA, aprovechando de su cargo de Tesorero del Núcleo Ejecutor, está incursa en el artículo 392 del Código Penal, en concordancia con el artículo 389, lo que en modo alguno importa una infracción constitucional, en tanto que dicho tipo penal tutela el patrimonio estatal, identificando concretamente a un individuo en función a un hecho concreto y a una circunstancia claramente definida en relación a claros deberes

de custodia o administración, circunscritos a puntuales modalidades de apoyo asistencial o social. Las fórmulas extensivas en los delitos funcionales no vulneran los principios de legalidad y lesividad, igualmente no son irrazonables o desproporcionados" (ejecutoria suprema del 19/02/2005, R. N. Nº 3102-2004-Santa).

"Los cargos contra los imputados estriba en que a pesar de haber sido nombrados depositarios de 320 sacos de harina de pescado por el Cuarto Juzgado Laboral de Chimbote, a mérito de una medida cautelar dictada a favor de las agraviadas, dispusieron de dicho producto, que siendo así los acusados incurrieron en el delito de peculado por extensión, previsto en los artículos 387 y 392 del Código Penal" (ejecutoria suprema del 31/01/2005, R. N. Nº 3196-2004-Santa).

"La conducta desplegada por los sujetos activos, configura el delito de peculado por extensión, al haberse apropiado, en su condición de depositarios, del material de construcción destinado al Programa de Repoblamiento –PAR–, que si bien es cierto, que los recurrentes no tienen la calidad de funcionarios públicos, sin embargo en su condición de proveedores de material de construcción del Programa de Apoyo al Repoblamiento, entidad perteneciente al PROMUDEH sostenido con fondos del Estado, su conducta se encuentra del peculado por extensión, delito especial impropio" (ejecutoria suprema del 21/01/2003, R. N. Nº 3253-2002-Huancavelica).

"De las pruebas actuadas en autos se colige que la acusada fue nombrada depositaria judicial de una refrigeradora, lavadora y un equipo de sonido, posteriormente se dispuso la desafectación de dichos bienes embargados, ordenándose a la procesada que los pusiera a disposición del juzgado, quien, pese a ser requerida no cumplió con hacerlo, por lo que se acredita el delito de peculado extensivo y la responsabilidad penal de la justiciable" (ejecutoria suprema del 08/03/2002, R. N. Nº 3764-2001-Arequipa).

"Si una persona es designada en un proceso civil sobre obligación de dar suma de dinero como depositaria judicial de un bien, y al ser requerida no cumple con el mandato judicial, debe ser denunciada por el delito de peculado por extensión. En el presente caso, sin embargo, se desprende que el procesado no fue notificado personalmente del requerimiento judicial, razón por la cual no pudo cumplir la orden de devolución impartida" (ejecutoria suprema del 16/07/2003, R. N. Nº 2272-2002-Junín).

"Al haberse determinado que el retraso en la ejecución de obras se produjo por aspectos climáticos, falta de mano de obra cualificada y la demora en la entrega del dinero, con la consiguiente suspensión de las obras, las que fueron entregadas concluidas posteriormente, queda desvirtuado con ello las iniciales imputaciones contra el acusado, inspector de obras, de haberse apropiado los caudales señalados" (ejecutoria suprema del 20/05/1998, Exp. N° 4937-97-Huánuco).

"Se imputa a los encausados el delito de peculado por realizar un manejo indebido y beneficiarse con el dinero que desembolsó Foncodes para la construcción de un canal, el cual solo efectuaron en un 87 % de la obra, obrando en autos el informe situacional del proyecto, emitido por el ingeniero supervisor externo de la obra, que verificó un faltante de 39,622 nuevos soles, así como la diligencia de inspección judicial que concluye que existe un saldo por ejecutar de 18,995 nuevos soles, que no concuerdan con la tesis de la inocencia sostenida por los encausados. Sin embargo, al no haberse efectuado una pericia detallada sobre la documentación contable del núcleo ejecutor del proyecto, no se ha logrado determinar acabadamente si los encausados manejaron en forma indebida, se apropiaron o usaron en su favor los caudales públicos entregados por Foncodes para la realización del proyecto" (ejecutoria suprema del 11/10/2004, R. N. N° 4410-2006-Piura).

La jurisprudencia del **Tribunal Supremo español (STS)** señala lo siguiente:

"La estructura de la figura delictiva de malversación impropia que se recogía en los artículos 394.4 y 399 del CP derogado no ha sido modificada en sus homólogos artículos 432.1 y 435-3 CP vigente, salvo en el aspecto penológico. Los elementos que configuran el tipo son los mismos en uno y otro Código: a) un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; b) una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello, *ex lege* el ejercicio de la función pública para cumplir su misión; c) la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del juez luego que los recibe para su custodia o depósito; d) un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la sustracción o consentimiento para ello y cuantas formas más específicas

puedan imaginarse para sustraer aquellos del destino que por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito. Debiendo resaltarse que se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae" (STS N° 318/2000, del 25 de febrero. Segundo fundamento jurídico).

"La condición de los caudales públicos de los bienes de propiedad particular embargados y depositados ha sido reiteradamente afirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, pudiéndose citar a título de ejemplo la STS de 22 de octubre de 1986 que recuerda que la ley atribuye en estos casos el carácter de caudales públicos a bienes que naturalmente no lo tienen pero que ficticiamente se le atribuye tal carácter en virtud del embargo o secuestro de los mismos. Y así, al interpretar el hoy derogado artículo 399, se confirmaba la comisión de este delito por el particular propietario de bienes embargados judicialmente que quedan en su poder en concepto de depósito (...) porque al ser investido del cargo de depositario le incumbe el ejercicio de una función pública, y los objetos a él confiados, aun cuando contienen en su patrimonio, se hayan afectos al cumplimiento de la resolución judicial" (STS N° 318/2000, del 25 de febrero. Segundo fundamento jurídico).

"Esta figura jurídico-penal no constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y particulares asimilados a ellos, por lo que no es imprescindible la causación de una lesión patrimonial, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública. El bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado" (STS N° 318/2000, del 25 de febrero. Segundo fundamento jurídico).

"Este supuesto está previsto para aquellos casos en que concurre una conexión o una vinculación inmediata y directa entre la Administración y la persona particular que gestiona el fondo, como pueden ser los casos de particulares que gestionan agencias de recaudación de fondos públicos y las que se conocen también como entidades colaboradoras que operan con fondos públicos por encargo directo de la Administración, pero no cuando un particular, aun cuando siendo secretario de un sindicato, administra una subvención pública. La acusada tenía el cargo de Secretaria de Administración de la

Comisión Ejecutiva de FETE-UGT de Cádiz, siendo en tal condición la responsable de la contabilidad del sindicato a nivel provincial. Aunque el dinero remitido al sindicato como subvención tiene la condición de caudal público, pues se trata de una subvención del Estado español, esto no significa que la acusada, por el mero hecho de llevar la contabilidad del sindicato que se vio beneficiado por la subvención, deba ser considerada como persona encargada de un fondo público y por lo tanto sujeto activo del tipo penal de malversación" (STS N° 1374/09, del 29/12. Tol 1776380).

"Debe aplicarse el precepto casuísticamente con una **interpretación muy restrictiva**. Se trata de un tipo de naturaleza extensiva y por ello en su aplicación no debe perderse de vista esta perspectiva" (STS N° 14/2003, del 17 de noviembre. Ídem, STS N° 201/2005, del 14 de febrero).

"La jurisprudencia se muestra extremadamente rigurosa. Partiendo del cambio cualitativo que en su estatus personal supone para un particular la constitución en depositario, exige la existencia de prueba sobre que, más allá de la firma de un documento formulario, la persona nombrada ha sido informada perfecta y detalladamente de las obligaciones que contrae y de las responsabilidades en que puede incurrir" (STS N° 779/2005, del 18 de mayo. Ídem, STS N° 375/2013, del 24 de abril).

"La desaparición de los bienes dados en depósito, sin dar cuenta razonada y razonable de su paradero, equivale a la apropiación de ellos por parte del obligado a su devolución, único responsable del cuidado de los mismos para tenerlos siempre a disposición del juzgado que ordenó el embargo y subsiguiente depósito. Es decir, con independencia del deber de fidelidad y guarda que conlleva todo depósito de judicial, su quebrantamiento supone siempre una apropiación indebida, delito este que se transforma en una malversación cuando los bienes depositados tienen un carácter público" (STS N° 160/2005, del 18 de febrero).

"El **dolo** consiste en el conocimiento por el sujeto activo de su condición de depositario, de sus obligaciones como tal y de las responsabilidades en que incurre en caso de incumplimiento de las mismas. En particular requiere la conciencia de la prohibición de disponer de los bienes embargados y depositados bajo su custodia al haber quedado afectados a un concreto y específico fin público. También es preciso que el sujeto ejecute su conducta de manera voluntaria" (STS N° 318/2000, del 25 de febrero).

"Se aprecia **error de tipo** cuando se tiene la errónea creencia de que no subsistían ni el embargo ni las obligaciones de depositario debido al pago de su deuda. El acusado no ignoraba que la sustracción de efectos públicos encomendados a un depositario judicial era un delito, sino que lo que no sabía era que los bienes en cuestión continuaran siendo efectos públicos y que él continuara siendo depositario. Por tanto, la conducta imputada al acusado es sin discusión culposa por falta de diligencia. Pero, dado que, con arreglo a las normas del nuevo Código Penal, el delito de malversación no es sancionable en su forma culposa, procede la absolución al acusado" (STS N° 1544/2003, del 17 de noviembre).

"No existe **error de prohibición** cuando el depositario es un titulado superior, economista, y conocía, porque fue informado de la obligación que contraía, no obstante, lo cual vendió el vehículo embargado, levantando la reserva de dominio que recaía sobre el mismo, cosa que no comunicó al comprador (STS N° 1393/1999, del 6 de octubre).

La jurisprudencia **argentina**, por su parte, nos da las siguientes precisiones:

"La hipótesis del artículo 263 del Cod. Penal puede ser cometida por los administradores o custodios de bienes pertenecientes a establecimientos de beneficencia y dichas condiciones no pueden provenir de una pura situación de hecho sino de una clara atribución legal o estatutaria. Lo contrario importaría una aplicación extensiva del tipo violatoria del principio de legalidad" (CN Criminal y Correccional, Sala VII, 30/09/1983).

"Cuando los bienes objeto del delito sean públicos por equiparación legal, no es preciso que el funcionario público sea administrador o depositario formal de los caudales; es suficiente que este tenga, por razón de su cargo, la administración, percepción o custodia de aquellos habiendo sido designado para ello por autoridad legalmente facultada para hacerlo, cuando se trate de un particular, porque este recién adquiere la calidad de funcionario público en virtud de esa designación, lo que no sucede cuando, participando de modo permanente en el ejercicio de la función pública reviste la condición de funcionario público y a causa de ello, tenga la administración, percepción o custodia de los bienes. Los bienes privados equiparados a bienes públicos por la ley, como los pertenecientes a establecimientos particulares de instrucción pública o de beneficencia o los que hayan sido objeto de embargo, secuestro

o depósito, son caudales públicos a los efectos del artículo 261 del Cod. Penal" (TS Córdoba, 22/11/1997).

"Las equiparaciones previstas por el artículo 263 del Cod. Penal, tienen en cuenta la particular situación en que se encuentran ciertos bienes que, sin ser públicos, están rodeados de una especial garantía por parte del Estado en orden a su preservación, o destinados a ser aplicados a fines determinados. Para que se dé pues, la protección del artículo 263 del Cod. citado, en el momento de la acción debe subsistir aquella particular situación, de lo contrario no se da la razón de ser de la tipicidad puesto que no aparecería, entonces el bien jurídico protegido" (CPenal Santa Fe, Sala I, 26/12/1980).

"No puede entenderse cometido el delito de malversación por el mero traslado de los bienes embargados a otro domicilio, aun sin notificación al juzgado embargante" (CN Criminal y Correccional, Sala III, 06/02/1986).

"A los fines de la configuración del delito de malversación de caudales públicos por parte del depositario, es irrelevante que en el acta en la que se lo inviste de tal carácter se haya omitido el juramento de ley, ya que no se trata de un requisito invalidante, por no ser una exigencia reglamentada en la ley procesal, que en el Cod. Penal solo exige que se hagan conocer las responsabilidades" (CN Criminal y Correccional, Sala IV, 24/06/1980).

"Comete el delito de malversación de caudales públicos –artículos 261 y 263 del Cod. Penal–, quien una vez asumida la obligación de depositario judicial de bienes embargados, mudó los mismos sin noticiar al tribunal que dispuso la medida, extrayendo de ese modo de la esfera de custodia los referidos bienes e impidiendo su recuperación. El recupero de los bienes embargados que fueron mudados por quien se constituyó depositario judicial de los mismos, no es óbice para tener por configurado el delito de malversación de caudales públicos, siendo un elemento importante a los fines de justipreciar la sanción a imponer" (CN Criminal y Correccional, Sala IV, 16/05/2001).

"Basta el daño potencial y no la efectiva lesión para consumar el delito de malversación por infidelidad del depositario. La mera tardanza en poner los bienes embargados a disposición de la justicia no configura el tipo de malversación de caudales del artículo 263 del Cod. Penal" (voto en disidencia, CFed. San Martín, Sala II, 11/05/1994).

"Si se ha probado debidamente en autos que el procesado fue designado depositario judicial de los bienes oportunamente embargados en diversos juicios, que el cargo fue aceptado por el aludido con las formalidades legales, que hubo concretos requerimientos a efectos de que los bienes depositados fueran puestos a disposición del tribunal en un plazo preciso, según diligencias realizadas por el oficial de justicia en el domicilio real de aquel y al prestar indagatoria no ha dado una explicación razonable y seria respecto del destino de los bienes que quedaron bajo su guarda y custodia, no evidenciándose en momento alguno el propósito de poner los mismos a disposición de la justicia, se ha configurado el delito de malversación de caudales públicos (artículos 263 y 261 del Cod. Penal) (CFed. Resistencia, 12/10/1978).

"Incurre en delito de malversación de bienes previsto en el artículo 262 del Cod. Penal, en función con el artículo 263 del mismo cuerpo legal, el depositario judicial de bienes, que dio ocasión con su negligencia o imprudencia a que un tercero los sustrajera de su esfera de cuidado o custodia" (CFed. Mendoza, Sala A, 28/05/1991).

"Si no se encuentra acreditado que el imputado haya sido constituido legalmente en depositario de la mercadería que puso fuera del alcance de la custodia que se le encomendara por nombramiento de autoridad competente, no procede condenar al presunto depositario por el delito de malversación de caudales públicos" (CFed. Resistencia, 10/10/1978).

"El dolo de malversación del artículo 263 del Cod. Penal se configura con el conocimiento de que se es depositario judicial y la voluntad de hacer o permitir que se haga ilusorio el resguardo. La sustracción a que alude el tipo penal puede consumarse a través de un medio omisivo, como es el haber permitido el apoderamiento de la cosa que tenía a su cargo como depositario judicial y no dar noticias al juzgado de la salida de ella de la casa donde estaba y la razón del traslado" (CN Criminal y Correccional, Sala IV, 31/03/1987).

VIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 263: *Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes*

pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 399: *Las disposiciones de este Código son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».*

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 435: *Las disposiciones de este capítulo son extensivas:*

1. *A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.*
2. *A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*
3. *A los administradores y depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».*

4. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 138 [texto reformado por Ley N° 190 de 1995]: *También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritos sobre bienes:*

1. *Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de este.*
2. *Que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales».*

5. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 238: *Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.*

En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el máximo».

6. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), artículo 148: *Las disposiciones anteriores se aplicarán, en los casos respectivos, a los personeros, funcionarios y empleados de las entidades autónomas, autárquicas, mixtas y descentralizadas, así como a los representantes de establecimientos de beneficencia, de instrucción pública, deportes y otros que administraren o custodiaren los bienes que estuvieren a su cargo*».

DELITOS DE PECULADO
SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. 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 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 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».

(Sentencia de Casación N° 1004-2017-Moquegua, del 26 de julio de 2018, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)

2. EL DELITO DE PECULADO GARANTIZA EL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

«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° 1601-2006, del 28 de enero de 2009, Huaura, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

3. EL PECULADO ES UN DELITO PLURIOFENSIVO

«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° 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° 4-2005-CJ/116, del 30 de setiembre de 2005, I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2005)

4. PECULADO: BIEN JURÍDICO

«En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha Administración y evitando el abuso de

poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad».

(Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2004, Exp. N° 3630-2001-Ucayali, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 207)

5. PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO NO SOLO ES NECESARIO COMPROBAR LA CUALIDAD DEL AUTOR, SINO OTRAS EXIGENCIAS TÍPICAS

«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° 2-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011, fundamentos jurídicos 16-19. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema)

6. LA POSESIÓN DE LOS CAUDALES O EFECTOS DE LA QUE GOZA EL FUNCIONARIO DEBE BASARSE EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL CARGO

«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 a los deberes o atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente. Por ello, cuando se menciona al término apropiación, este consiste en hacer suyos caudales que pertenecen al Estado, y disponer de ellos. Mientras que, el supuesto de hacer uso de los efectos, se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien».

(R. N. N° 287-2013, del 24 de febrero de 2014, Puno, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

7. 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° 4968-2006, del 11 de marzo de 2008, f. j. 4, Santa, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

8. RELACIÓN FUNCIONAL POR RAZÓN DEL CARGO

«*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° 4-2005/CJ-116, 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° 615-2015 [caso *Diarios chicha*], del 16 de agosto de 2016, f. j. 2.1.1.2, Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

9. 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° 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° 3841-2011, del 10 de enero de 2013, f. j. 9, Piura, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

10. LA RELACIÓN FUNCIONAL PUEDE CONFIGURARSE POR ENCARGO DE UN SUPERIOR JERÁRQUICO

«Si bien el encausado, en su calidad de administrador del mercado municipal, no tenía entre sus funciones la cobranza de arbitrios, realizaba dicha labor por encargo del director del Área de Abastecimiento y Comercialización de la municipalidad agraviada, es decir tenía un encargo funcional adicional por disposición superior del órgano competente, por lo que la relación funcional con el dinero faltante está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir la responsabilidad, a título de peculado, por el destino de dichos caudales, pues estaban en su ámbito de competencia o de organización».

(R. N. N° 2905-2012, del 12 de marzo de 2013, Ucayali, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

11. 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)

12. EL DOLO Y SU IMPORTANCIA EN EL PECULADO. AL NO EXISTIR DOLO, NO HAY DELITO, SOLO ILÍCITO ADMINISTRATIVO

«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 momento 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. 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° 2390-2017, del 23 de abril de 2018, Áncash, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)

13. PECULADO DOLOSO: ACTOS TÍPICOS

«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 suma 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 la apertura

de una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo dicho dinero no fue destinado para el fin establecido; que, posteriormente al detectar 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 del dinero del Municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gasto para su tratamiento».

(Ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003, Exp. N° 2337-2001-Lima
[ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 321])

14. PECULADO: ACTOS TÍPICOS

«La impugnación de la sentencia es presentada por el condenado con el fundamento de que la empresa para la cual prestaba servicios es una de economía mixta y sujeta al régimen laboral de la actividad privada, por lo que no tiene la calidad de funcionario o servidor público, consecuentemente no puede ser sujeto del delito peculado; que al respecto, de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, por lo que tal argumento no tiene un sustento legal; se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permite que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado».

(Ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003, Exp. N° 524-2002-Tumbes
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 234])

15. PECULADO: PRECISIONES

«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° 3858-2001-La Libertad
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 246])

16. PECULADO: PATRIMONIO PÚBLICO

«En lo que concierne al delito de peculado, debe tomarse en cuenta que la noción de "patrimonio público" está evolucionando, de únicamente considerarse a los bienes del fisco o del tesoro público, pasando por la concepción que lo amplía a los bienes de los distintos entes públicos" (Gobierno central y dependencias, empresas públicas, organismos autónomos, gobiernos locales y regionales) hasta llegar a la moderna conceptualización, que engloba tanto a bienes de propiedad pública como de propiedad privada, siempre y cuando estos últimos se hallen temporalmente bajo el poder de la Administración Pública, en condición de disponibilidad jurídica y que permite la ampliación del ámbito de la tutela penal».

(Ejecutoria suprema del 16 de setiembre de 1999, Exp. N° 5295-98-Áncash [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2000, Año II, N° 4, p. 435])

17. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

«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 funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito».

(R. N. N° 1371-2012, del 12 de noviembre de 2013, f. j. 4, Puno, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

18. NO CONSTITUYE PECULADO NI MALVERSACIÓN EL USO DE CANTIDADES MÍNIMAS DE FONDOS ESTATALES

«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° 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. Incluso con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N° 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 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 condicen 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 bienes 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».

(Ejecutoria suprema del 10 de enero de 2013, R. N. N° 1336-2012-Apurímac, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

19. FUNCIONARIAS QUE SUSTRAEN BIENES PÚBLICOS NO COMETEN PECULADO AL NO ESTAR LOS CAUDALES BAJO VINCULACIÓN FUNCIONAL

«Si bien las encausadas, en su condición de funcionarias de la Municipalidad Distrital, retiraron del Camal Municipal 5400 ladrillos que donó el Gobierno Regional al municipio agraviado sin contar con la autorización respectiva, no se acreditó que, en razón del cargo que desempeñaban (regidoras), tuvieran dichas especies bajo su custodia o administración, tal como exige el artículo 387 del Código Penal; en tal sentido, el hecho incriminado no configura el delito de peculado, pues los bienes sustraídos no se encontraban bajo el dominio de las encausadas en función al cargo que ostentaban».

(Ejecutoria suprema del 2 de marzo de 2010, R. N. N° 3790-2008-Lambayeque, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

20. PRECISIONES SOBRE EL DELITO DE PECULADO CULPOSO

«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° 4-2005/CJ-116, del 30 de setiembre de 2005, ff. jj. 8 y 9. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 2005)

21. REEMBOLSO POSTERIOR DEL DINERO PUEDE EXCLUIR RESPONSABILIDAD PENAL POR PECULADO DE USO

«El encausado dispuso excepcional y transitoriamente el uso del dinero estatal para cancelar facturas por concepto de llamadas telefónicas personales, con cargo a reembolso cuando se efectuara la asignación ordinaria (como, en efecto, sucedió). La utilización transitoria de caudales públicos, en las circunstancias descritas, para su posterior reembolso, no es objeto de represión criminal, en los límites del artículo 388 del Código Penal, pues este tipo penal está reservado para las conductas ilícitas más graves y dañosas al bien jurídico protegido».

(Ejecutoria suprema del 31-07-2008, R.N. N.° 412-2008 Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

22. ESTRUCTURA DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

«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° 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° 4500-2005-Junín, del 6 de setiembre de 2007, f. j. 4, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [este considerando constituye precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo])

23. RECONDUCCIÓN DEL TÍTULO DE PECULADO DOLOSO A 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 persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba (...). Admitir, que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdos que atenten contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa».

(Sentencia de Casación N° 244-2013, del 11 de febrero de 2014, f. j. 9, Arequipa, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

24. PECULADO CULPOSO: EN EL PECULADO CULPOSO SE PRESENTA UNA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO DE LOS BIENES

«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 antijuridicidad –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° 2674-2009, del 15 de julio de 2010, f. j. 4, Cajamarca, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

25. PECULADO CULPOSO: ACUSADO DEJÓ MOTOCICLETA ESTACIONADA EN UNA CALLE DONDE NO EXISTÍA VIGILANCIA

«Del conjunto de hechos que precedieron a la sustracción de la motocicleta de propiedad de la Dirección Regional de Salud, se evidencia una falta del deber objetivo de cuidado por parte del acusado (Director de la Oficina de Abastecimiento),

quien obró con descuido y falta de diligencia con relación a la pérdida de dicho bien, pues lo dejó en la calle sin seguridad, en un lugar donde no existía vigilancia cercana y en una zona que no tenía estacionamiento. Cabe precisar que, desde la óptica jurídico-penal, no se sanciona el mero extravío de bienes, sino solo en cuanto ello tenga como fundamento y antecedente la falta de cuidado del agente».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 2009, R. N. N° 901-2012-Ayacucho, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

26. PECULADO CULPOSO: NO ES NECESARIA LA REALIZACIÓN DE PERICIA QUE ACREDITE EL PERJUICIO OCASIONADO AL ENTE PÚBLICO

«No es necesaria la realización de una pericia técnica que acredite el perjuicio ocasionado a la municipalidad agraviada, pues no cabe duda que la sustracción de los bienes estatales que fueron retirados de su esfera de dominio, le ocasiona un perjuicio material. La preexistencia de los bienes estatales y su recepción por la acusada están acreditadas con el acta de entrega y los informes técnicos realizados, los que además indican que se hallaban bajo su custodia y responsabilidad, pese a lo cual permitió su sustracción por parte de terceros, documentos que gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia».

(Ejecutoria suprema del 21 de setiembre de 2010, R. N. N° 3174-2009-Junín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

27. PECULADO CULPOSO: ATIPICIDAD POR NO ADECUACIÓN DE LOS HECHOS AL TIPO PENAL

«Para que se configure el delito de peculado culposo se requiere que el agente, por culpa, dé ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos; que el hecho de impartir disposiciones a los funcionarios encargados para la adquisición de útiles de oficina y limpieza, habiendo estos últimos incurrido en actos delictivos, no se adecua a las exigencias típicas del delito de peculado culposo, sino que en todo caso ha incurrido el acusado en una infracción de carácter administrativo; por lo que debe absolvérsele, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales».

(Ejecutoria suprema del 3 de julio de 1998, Exp. N° 5812-97-Apurímac)

28. PECULADO: CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

«No existe delito de peculado realizado por funcionario si la venta de ganado y otros bienes de propiedad del ente público fue autorizada por la autoridad e institución competente con la finalidad de lograr una renovación o reinversión de capitales en ganado mejorado; no existiendo además irregularidades en las cuentas, ni apropiación de dinero público».

(Ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1998, Exp. N° 6116-97-Áncash)

29. PECULADO POR APROPIACIÓN: ABSOLUCIÓN POR NO EXISTIR PRUEBAS CONCLUYENTES

«No existiendo pruebas concluyentes que conlleven la certeza de la responsabilidad penal a título doloso de la acusada por los cargos de apropiación de los depósitos de caudales dejados para su custodia; es procedente su absolución».

(Ejecutoria suprema del 17 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2899-97, Exp. N° 718-97-Callao)

30. PECULADO: NULIDAD DE SENTENCIA Y AUTO DE ENJUICIAMIENTO

«Al haberse dictado sentencia condenatoria por delito de peculado sin existir pericia contable o grafotécnica ni informe de la institución pertinente, es decir, sin haberse reunido la prueba de cargo, ello determina que se declaren nulas la sentencia y el auto de enjuiciamiento, insubsistente el dictamen fiscal y mande ampliar la instrucción».

(Ejecutoria suprema del 8 de enero de 1998, Exp. N° 1034-Apurímac)

31. PECULADO: FUNDADA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

«El funcionario de empresa pública que en la actualidad se halla bajo el régimen jurídico de una sociedad anónima no es sujeto activo del delito de peculado, en atención a lo dispuesto por el artículo 40 de la Constitución Política del Estado y el artículo 425 del Código Penal, aplicables por ser más favorables al procesado; deviniendo este proceso en uno de apropiación ilícita que lo desnaturaliza, por lo mismo declararon fundada la excepción de naturaleza de acción».

(Ejecutoria suprema del 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 797-97-Cusco)

32. READECUACIÓN TÍPICA: PECULADO PROPIO Y NO PECULADO CULPOSO

«Los actos de un alcalde que administró y ejecutó convenio público en razón del cual adquirió diversos materiales para la construcción de carretera y módulos educativos, los que lejos de servir para dicha utilidad eran cedidos por el acusado en calidad de compraventa o préstamos, de ninguna manera constituyen peculado culposo, sino por el contrario se advierte que dicho accionar ha sido doloso, más aún si actuó sin conocimiento de su cuerpo de regidores».

(Ejecutoria suprema del 12 de noviembre de 1997, Exp. N° 4402-96-Arequipa)

33. PECULADO POR APROPIACIÓN

«Que en el caso de autos no se acredita la comisión del delito de peculado pues el traslado de bienes dispuesto por el funcionario acusado fue hecho con el propósito

de renovar los campamentos de los capataces y posteriormente por medidas de seguridad ordenó sean devueltos a almacén, donde físicamente se encuentran, no faltando las especies cuyo apoderamiento se le imputaba; que siendo esto así debe de absolvérsele».

(Ejecutoria suprema del 12 de noviembre de 1997, Exp. N° 350-96-Apurímac)

34. MALVERSACIÓN DE FONDOS: INTANGIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTAL

«Si bien la imputación objetiva se sustenta sobre los cargos de malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación ni la existencia de un programa de inversiones aprobada por el Consejo Distrital o, como se indica, por Cooperación Popular, como para inferir que el acusado haya violado el principio de legalidad presupuestal de su gobierno local; ya que es característica de este delito la desviación de fondos predeterminados por ley o por acto administrativo; que siendo esto así, es del caso absolver».

(Ejecutoria suprema del 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3923-96-Áncash)

35. PECULADO CULPOSO POR OMISIÓN DE DENUNCIA

«La conducta del acusado, alcalde distrital de Chichas-Arequipa, se adecua al tipo de peculado culposo al no haber denunciado la conducta del anterior burgomaestre, cuando asumió el cargo, dando ocasión a que el anterior sustraiga los caudales de los que no había rendido cuenta».

(Ejecutoria suprema del 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3623-96-Arequipa)

36. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ESTADO DE NECESIDAD

«Haber dado destino distinto a los ingresos por concepto de peaje para efectuar los pagos por salarios a los trabajadores, en circunstancias de haber sido embargadas las cuentas del Municipio y de estado de necesidad y falencia económica determina declarar no haber nulidad en la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral».

(Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1997, Exp. N° 2147-96-Lambayeque)

37. PECULADO: REPARACIÓN CIVIL Y SUJETO PASIVO. IMPROCEDENCIA DEL DOBLE AGRAVIADO

«La reparación civil debe fijarse en función al daño irrogado por lo que debe ser aumentada en el caso de autos prudencialmente, y con el carácter de solidaria, tal como lo establece el artículo 95 del Código Penal; que asimismo las Municipalidades forman parte del Estado al ejercer las funciones propias del gobierno local, por lo que considerar al Estado y a una Municipalidad como agraviados

implica duplicar la reparación civil para el mismo agraviado, máxime cuando los fondos materia del delito de peculado en el presente proceso no corresponden al Gobierno central sino al gobierno local».

(Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997, Exp. N° 4554-96-Arequipa)

38. PECULADO: ARCHIVAMIENTO POR INEXISTENCIA DE PERICIA NI AUDITORÍA

«No existiendo en autos auditoría ni pericia contable que permita establecer la comisión del ilícito investigado y obrando declaraciones que desvirtúan en parte las imputaciones formuladas, está arreglado a la ley el archivamiento de la causa resuelta por el colegiado»

(Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997, Exp. N° 591-96-Consulta-La Libertad)

39. PECULADO PROPIO EXTENSIVO: IRREGULARIDADES EN MANEJO DE FONDOS DE PROGRAMAS DE APOYO

«Que, si bien es cierto que el peculado es un delito propio, esto es, que es de sujetos activos cualificados: funcionario o servidor, cualidad de la que carece el encausado, sin embargo, por modificatoria legal introducida por Ley N° 26128 de 13 de junio de 1993, la figura del peculado se ha hecho extensiva, entre otros, para todas las personas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; hipótesis legal a la que se adecua la conducta del procesado –Inspector de obras de proyectos de irrigación financiados por el Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social (Foncodes)– comprometido en diversas irregularidades en el manejo económico de los fondos destinados a dicho proyecto».

(Ejecutoria suprema del 26 de setiembre de 1997, Exp. N° 1404-96-Ayacucho)

40. PECULADO: ATIPICIDAD (LIBROS Y DOCUMENTOS NO SON CAUDALES O EFECTOS)

«De manera alguna los documentos y libros contables de la Empresa, supuestamente agraviada, pueden considerarse como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica o para la Sunat».

(Ejecutoria del 10 de setiembre de 1997, Exp. N° 4174-96-Junín)

41. PECULADO: ERROR DE CALIFICACIÓN AL MOMENTO DE SENTENCIAR

«Que, no obstante que se ha formulado acusación por el delito de peculado culposo, el Colegiado, efectuando una inapropiada apreciación de lo actuado, condenó

al procesado por el delito de peculado doloso y simultáneamente lo absuelve del ilícito, materia de la requisitoria escrita del fiscal, emitiendo en tal sentido un doble pronunciamiento por un mismo hecho; que tal irregularidad origina la nulidad de la sentencia materia de grado».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 1997, Exp. N° 1723-97-Cono Norte-Lima)

42. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ERROR DEL COLEGIADO EN LA DETERMINACIÓN DE PENA

«La inhabilitación es una pena limitativa de derechos que es establecida como pena principal o accesoria, extendiéndose en el primer caso de 6 meses a 5 años, mientras que en el segundo caso se extiende por igual tiempo que la pena principal; en el caso de autos el colegiado ha fijado un término menor al establecido para la pena privativa de la libertad, siendo del caso modificar dicho extremo».

(Ejecutoria suprema del 17 de julio de 1997, Exp. N° 3753-96-Huaura)

43. PECULADO, VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

«Para la imposición de la pena se ha tenido en cuenta las circunstancias atenuantes que rodearon los hechos, como es la convulsión social que produjo el terrorismo en el lugar donde se cometieron los delitos materia de este proceso y la ausencia de asesoramiento contable en el uso del presupuesto asignado; declararon no haber nulidad en la sentencia que absuelve de los cargos a los acusados».

(Ejecutoria suprema del 3 de abril de 1997, Exp. N° 4777-95, Sala C, Puno)

44. PECULADO POR SUSTRACCIÓN: PRESUNCIONES

«La existencia de presunciones de sustracción de bienes muebles públicos imputados al agente no reforzadas con ninguna prueba fehaciente que permita determinar su participación en el evento delictivo, no acredita la responsabilidad penal».

(Ejecutoria suprema del 2 de abril de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 392-97, Exp. N° 4296-95, Sala C, Amazonas)

45. PECULADO: TRABAJADORES DE EMPRESAS DEL ESTADO. EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN DE OFICIO

«El delito de peculado exige como presupuesto para su tipificación que el agente tenga la condición de funcionario o servidor público; en tal sentido, la Constitución del Estado refiere expresamente en el segundo párrafo del artículo 40 que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado, de sociedades de economía mixta, en consecuencia el procesado no es funcionario ni servidor público; estando a lo glosado, es de aplicación la

previsión contenida en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, declarándose de oficio la excepción de naturaleza de acción».

(Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 710-95-B-Lima)

46. PECULADO: ABSOLUCIÓN POR IMPRECISIONES DE LAS IMPUTACIONES DEL FISCAL

«Al denunciar los hechos, el Fiscal Provincial no ha pormenorizado ni demostrado en qué consistió la apropiación o utilización de caudales que se le incrimina el procesado ni el *quantum* a que asciende este; por lo que declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida que absuelve al acusado».

(Ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 1996, Exp. N° 2274-95-B-Piura)

47. PECULADO: ATIPICIDAD POR FALTA DE CALIDAD ESPECIAL EN EL AGENTE

«El jefe de posta médica de seguridad social que se encontraba laborando bajo el régimen de la actividad privada no tiene la condición de servidor público; consecuentemente, no se dan los presupuestos que exige el tipo penal de peculado».

(Ejecutoria suprema del 19 de noviembre de 1996, Exp. N° 3440-95-B-Cajamarca)

48. PECULADO: PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA

«Si bien los hechos ilícitos ocurrieron en 1984 y 1985, encontrándose tipificados en el artículo 346 del Código Penal de 1924 que sancionaba el delito de peculado con pena de penitenciaría, sin embargo, les resulta de aplicación a los acusados el artículo 387 del Código Penal vigente de 1991 por serles más favorables».

(Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 1996, Exp. N° 2373-95-B-Huaura)

49. PECULADO, CONCUSIÓN, MALVERSACIÓN: LEY PENAL MÁS FAVORABLE. PRESCRIPCIÓN Y AGRAVIADO ESPECÍFICO

«Los hechos ilícitos de peculado ocurrieron en los meses de mayo, junio y setiembre de 1984 y 1985; que el Código Penal de 1924 sancionaba con pena de penitenciaria, resultándoles más favorables a los acusados, por principios de retroactividad benigna y de favorabilidad, que el vigente Código Penal que sanciona el peculado con 8 años; declararon fundada la excepción de prescripción. Que en el presente caso el agraviado es la Beneficencia Pública de Huacho y no el Estado como erróneamente se consigna en la parte resolutiva de la sentencia».

(Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 1996, Exp. N° 2723-95-B-Huaura)

50. PECULADO: ATIPICIDAD POR FALTA DE CALIDAD ESPECIAL EN EL AGENTE

«El procesado que era personal contratado y no manejaba dinero del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria - Inira no ha incurrido en el delito de peculado, pues no es funcionario ni servidor público».

(Ejecutoria suprema del 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B-Lima)

51. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ERRÓNEA CALIFICACIÓN

«El préstamo gestionado por alcalde a la gerencia del Banco de la Nación destinado para la ejecución de varias obras y que fuera utilizado para otorgar préstamos personales a funcionarios, adelanto de remuneraciones y otros, no configura el delito de exacción ilegal a que se refiere el artículo 383 del Código Penal sino el de malversación de fondos (artículo 389)».

(Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 1996, Exp. N° 1364-96-B)

52. PECULADO: BIEN JURÍDICO Y ACLARACIÓN DE COMPETENCIA

«En el delito de peculado el bien jurídico protegido es la Administración Pública y por tal naturaleza no puede estar sujeto a competencia por razón de la cuantía, ni ser considerado como falta contra el patrimonio, no obstante que el monto del perjuicio patrimonial, por la conversión del signo monetario actual, hubiera devenido en suma exigua».

(Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-15])

53. PECULADO: AGRAVIADOS

«En ningún caso puede considerarse a los particulares como sujeto pasivo del delito de peculado, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este, en consecuencia, no debe tenerse como agraviados del delito en comento a los titulares de los cheques que fueron sustraídos y cobrados por personas distintas».

(Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-16])

54. PECULADO: COMPLICIDAD

«Que estando a la condición especial del sujeto activo del delito, no puede tenerse como cómplice del delito de peculado al particular, pues este no es funcionario ni servidor público, por lo que su conducta delictiva se asimila a la de cómplice del delito de hurto en perjuicio del Estado».

(Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B)

55. PECULADO POR UTILIZACIÓN: CONCEPTO

«Se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque estos hayan sido devueltos».

(Ejecutoria suprema del 15 de noviembre de 1993 [*Normas Legales*, febrero, 1996, p. J-24])

56. PECULADO Y CONCUSIÓN: ABSOLUCIÓN

«La apropiación de fondos públicos requiere para ser delictiva que sea efectuada a título de dolo o culpa. Las infracciones administrativas sin contenido penal, la pericia contable en la cual no se hallan elementos incriminatorios contra los procesados, la inexistencia de indicios de comisión delictiva, fundamentan la absolución de los acusados».

(Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 1993, Exp. N° 1560-93-Ica)

57. PECULADO: SUJETO ACTIVO (ARTÍCULO 425, INCISO 4 DEL CÓDIGO PENAL)

«Para que se configure el delito de peculado es necesario que el sujeto activo tenga la condición de un funcionario o servidor público.

El artículo 425 del Código Penal considera, en el inciso cuarto, quiénes tienen la condición de funcionarios públicos, esto es, a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, lo que no ha ocurrido en el caso de autos; pues autoridad competente es la autoridad judicial que dispone embargos y depósitos, señalando administradores y depositarios».

(Ejecutoria suprema del 24 de mayo de 1993 [Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 242])

58. PECULADO: IMPORTANCIA DE LA PERICIA CONTABLE

«En el delito de peculado, tratándose de bienes del Estado, la pericia contable es la que precisa si existe o no la infracción».

(Ejecutoria suprema del 8 de marzo de 1993 [*Normas Legales*, marzo, 1996, p. J-31])

59. PECULADO: SUJETO PASIVO

«En el delito de peculado el sujeto pasivo resulta ser el Estado y no un particular, toda vez que el bien tutelado es la recta administración de Justicia».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1993 [Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 241])

60. PECULADO: NO ES PUNIBLE LA COMPLICIDAD EN CADENA O LA FIGURA DEL CÓMPLICE DEL CÓMPLICE

«El encausado prestó su identidad para la adquisición de un inmueble, con dinero entregado por Huamán Azcurra, teniendo conocimiento que dicho dinero provenía directamente de Vladimiro Montesinos Torres, por lo que su conducta sería a título de complicidad; sin embargo, no se encuadra en el tipo penal imputado, ya que no existe el cómplice del cómplice, teniendo en cuenta que a Huamán Azcurra se le atribuyó ser cómplice de Vladimiro Montesinos Torres».

(Ejecutoria suprema del 5 de agosto de 2009, R. N. N° 3498-2008-Lima, Sala Penal Transitoria)

61. PECULADO: PRECISIONES SOBRE EL MONTO DE LO APROPIADO

«No puede permitirse la sustracción de la persecución penal de eventuales agentes del delito bajo el argumento que la suma indebidamente apropiada constituye faltas contra el patrimonio, ya que el peculado es una figura penal considerada contra la Administración Pública en el nuevo ordenamiento penal y no contra los deberes profesionales [como] en el Código derogado y como tal no es susceptible de la prescripción a que se contrae el inciso 7 del artículo 383 del anterior Código; beneficio aplicable a los delitos contra el patrimonio».

(Ejecutoria suprema del 30 de junio de 1992 [*Normas Legales*, enero, 1996, p. J-26])

62. PECULADO: ATIPICIDAD

«No se figura el delito de peculado si los fondos apropiados provienen de un organismo internacional de apoyo y no del erario nacional, aun cuando a los acusados les una relación laboral con el Estado; en todo caso debe investigárseles por delito contra el Patrimonio en perjuicio de la citada entidad (Unesco)».

(Ejecutoria suprema del 10 de marzo de 1992 [*Normas Legales*, enero, 1995, p. J-30])

63. PECULADO: ATIPICIDAD OBJETIVA

«De lo actuado aparece que se abrió instrucción contra el acusado por el delito contra los deberes de función y deberes profesionales-peculado, en agravio de la comunidad campesina de Urco; que al haberse establecido que aquel no tiene la condición de funcionario público, ni que la agraviada sea una entidad estatal, tanto el Fiscal Superior como el Tribunal Correccional han debido pronunciarse respecto al delito instruido y disponer la regularización del trámite».

(Ejecutoria suprema del 19 de setiembre de 1991 [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 193])

64. PECULADO: CUANTÍA

«Por la naturaleza del delito de peculado, ni el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contempla la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal».

(Ejecutoria suprema del 3 de julio de 1991, Exp. N° 1141-90-Loreto [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 247])

65. CUESTIÓN PREVIA

«Procede declarar fundada la cuestión previa, si de lo actuado se desprende que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, esto es, declarar la responsabilidad en que pudieran haber incurrido los servidores del Sector Público en el ejercicio de sus funciones, aplicar las sanciones y denunciar ante el Poder Judicial los hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos, con el fin de que se determine la responsabilidad civil o penal».

(Ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 195])

66. PECULADO: MONTO DEL DESMEDRO

«El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente, dada su cuantía, considerarla como falta».

(Ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 141])

67. ACUSADO AUSENTE

«Procede la absolución del acusado ausente, cuando su situación jurídica es idéntica a la de otro acusado absuelto en la misma causa».

(Ejecutoria suprema del 29 de mayo de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 165])

68. ELEMENTOS DE PRUEBA

«Si en autos no existen elementos de prueba que acrediten la comisión de los delitos instruidos, menos la responsabilidad de los inculpados, es del caso absolverlos. Irregularidades administrativas de registro y control durante el reparto de los víveres donados, debido a inexperiencia del personal y a las circunstancias materiales concretas de gran congestión de gente, no acreditan la comisión del delito de peculado».

(Ejecutoria suprema del 12 de abril de 1989 [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 256])

69. CUESTIÓN PREVIA

«Para formular denuncia a nombre del Estado es necesario la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa del Procurador Público del Sector».

(Ejecutoria suprema del 1 de febrero de 1989 [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 263])

70. PECULADO: PARTE AGRAVIADA

«En el delito de peculado, la parte agraviada está constituida por el Estado, por cuanto la acción ilícita va dirigida contra él».

(Ejecutoria suprema del 25 de agosto de 1986 [*Jurisprudencia Penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 170)]

71. PECULADO Y MALVERSACIÓN: REQUISITOS

«Para que se configure el tipo penal de peculado es necesario probar que los servidores públicos se apropian en beneficio personal de fondos públicos. Constituye delito de malversación dar distinto fin a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlo entregado a comerciantes del lugar».

(Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 1986 [*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 144])

72. CUESTIÓN PREJUDICIAL INFUNDADA

«Debe declararse infundada la cuestión prejudicial promovida cuando se ha dado distinta finalidad a la inversión de los fondos fiscales y hubo apoderamiento de estos, los cuales por su naturaleza y configuración no requieren que en vía diferente sean resueltas».

(Ejecutoria suprema del 7 de marzo de 1986 [*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 198])

73. PECULADO: COMPLICIDAD

«Los empleados de un grifo de gasolina de propiedad particular no pueden ser cómplices del delito de peculado. Solo un funcionario o servidor público puede ser partícipe de dicho delito»

(Ejecutoria suprema del 17 de diciembre de 1985 [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 326])

74. MALVERSACIÓN, ATIPICIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE OFICIO

«Está excluido del delito contra los deberes de función y los deberes profesionales, quien no desempeñó oficialmente cargo alguno en una repartición pública. Si se establece que la acción penal ha prescrito respecto de un delito cabe que de oficio así se declare aun cuando tal ilícito no sea materia de recurso de nulidad».

(Ejecutoria suprema del 30 de julio de 1985 [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 162])

75. PECULADO Y DEFRAUDACIÓN EN AGRAVIO DEL ESTADO

«En los delitos cometidos en agravio del Estado, la pena debe graduarse en proporción a los hechos delictivos y la reparación civil se fijará en relación al daño y perjuicio causados»

(Ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 1984 [*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1984, p. 832])

76. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

«Por los principios de economía procesal y celeridad en la administración de justicia, tratándose de una causa con reo en cárcel debe expedirse pronunciamiento sobre el fondo del proceso, salvando la omisión en que incurrió el Tribunal Correccional al no conceder de oficio el recurso de nulidad en el extremo que se ordenó el archivamiento de la causa contra uno de los encausados, respecto del que no hay pruebas de cargo».

(Ejecutoria suprema del 23 de abril de 1984 [*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1984, p. 88])

77. PECULADO: COAUTORES Y CÓMPLICES

«Tratándose de la concurrencia de varias personas en la comisión de un delito, y no de un concurso de delitos, tanto autores como partícipes responden por el mismo y único ilícito penal cometido».

(Ejecutoria suprema del 8 de julio de 1980 [*Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1997, p. 170])

78. PECULADO: CUESTIÓN PREJUDICIAL INFUNDADA

«La cuestión prejudicial se justifica cuando es necesario esclarecer previamente y en vía distinta, pero no cuando tales hechos tienen contenido penal, como en el caso de autos en que se imputa al inculpado el apoderamiento indebido de dinero y haber hecho figurar en planillas a personas que no prestaron servicios».

(Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 1971 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 414])

79. PECULADO: DESORDEN EN LAS CUENTAS NO SON ACTOS PENALMENTE RELEVANTES

«No habiendo apropiación o utilización en provecho propio de dinero municipal sino desorden en las cuentas del síndico de rentas, ciudadano de escasa cultura e incompetente y quien de buena fe quiso servir a su pueblo, no existe delito de peculado».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 1970 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 414])

80. PECULADO Y APROPIACIÓN ILÍCITA

«No procede el juicio oral contra el exalcalde y los exsíndicos de un Consejo Distrital por los delitos de peculado y apropiación ilícita, si las diferencias de dinero que aparecían a favor del Consejo han sido satisfactoriamente justificadas, y si el préstamo acordado por el Consejo al exalcalde fue pagado con sus respectivos intereses».

(Ejecutoria suprema del 18 de abril de 1956 [Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 413])

81. PECULADO: LA VÍA JUDICIAL ES AUTÓNOMA

«La investigación administrativa previa no puede enervar ni destruir la prueba acumulada en la instrucción por delito de peculado, la que debe continuar hasta su culminación. Solo como resultado de la investigación judicial se determinará la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpado».

(Ejecutoria suprema del 6 de junio de 1953 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 1113; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412])

82. PECULADO: ACTOS TÍPICOS

«Comete delito de peculado el subdirector del tesoro que abusando de su cargo al recibir cheques en dólares girados a la orden del tesoro público que debía endosar a la orden del Banco Central de Reserva, abona su importe en la cuenta del Supremo Gobierno en soles al tipo de cambio oficial, y endosa dichos cheques a un particular para ser negociados en el mercado libre. El canje de estos cheques, así endosados, efectuado por un agente de cambio y bolsa y por el gerente de un Banco, no está calificado como delito en la ley penal».

(Ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1950 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, Lima, pp. 303 y 543; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412])

83. PECULADO: INFUNDADA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

«En una instrucción por delito de peculado es infundada la cuestión que se sustenta en que deben probarse, previamente en la vía administrativa, los cargos formulados contra el alcalde y los Síndicos de una Junta Municipal. Es en la investigación judicial en la que deben los inculpados acreditar su irresponsabilidad».

(Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 1949 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, Lima, p. 335; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412])

84. PECULADO: FUNDADA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

«Abierta instrucción contra un exalcalde, por delito de peculado, es fundada la cuestión prejudicial deducida por el inculpado, dada la naturaleza de la imputación que requería la revisión previa de las cuentas por los funcionarios competentes y porque solo estaba expedita la acción penal contra el exalcalde después de esclarecerse la responsabilidad de los síndicos».

(Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 1948 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 398; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 411])

85. PECULADO: NECESIDAD DE INFORME ADMINISTRATIVO

«No está expedita la acción penal contra el director de una Escuela Normal por delito de peculado, mientras las autoridades no se pronuncien en la previa investigación administrativa sobre los reparos formulados al inculpado respecto a la aplicación del dinero gastado y la falta de muebles y objetos de la escuela».

(Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 1948 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 398; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 398])

86. PECULADO: ATIPICIDAD

«No puede considerarse como autor del delito de peculado al ingeniero contratista de obras del Estado, a quien se imputa irregularidades en su gestión. Las discrepancias existentes y los reclamos formulados al respecto, deben ser esclarecidos previamente en la vía administrativa».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 1941 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 1113; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412])

87. PECULADO CULPOSO: INEXISTENCIA DE VINCULACIÓN FUNCIONAL

«Si el imputado, como funcionario o empleado, no tuvo relación directa con la dependencia en que se cometió el delito de peculado, no podrá derivársele responsabilidad penal por negligencia».

(Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 1926 [*Revista del Foro*, 1929, Lima, p. 61; Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 411])

88. PECULADO: ATIPICIDAD POR FALTA DE ELEMENTO NORMATIVO

«Si bien el encausado en su calidad de Tesorero del Comité Vecinal, al solicitársele rendición de cuentas pretendió justificar supuestos gastos, recurriendo al engaño y la astucia, hasta por la suma de 12,546, se aprecia que el acusado no tiene la calidad de funcionario público, toda vez que fue elegido por los pobladores como integrante del Comité Vecinal, por lo que no se dan los elementos de tipicidad para la configuración del delito de peculado».

(Ejecutoria suprema del 5 de setiembre de 2002, Exp. N° 2695-2001-Cuzco [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 204])

89. PECULADO DOLOSO: IRRELEVANCIA DE LA DEVOLUCIÓN DEL DINERO APROPIADO

«La devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por la apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero a la citada empresa proveedora».

(Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2002, R. N. N° 1402-2001-Tumbes [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 392])

90. PECULADO: ACTOS TÍPICOS

«Se configura que el delito de peculado imputado a la acusada, en su calidad de Tesorera de la Unidad de Administración de la Zona de Educación, al haberse apropiado del valor de los cheques correspondientes a varios profesores, violando de esta manera sus deberes de esta función».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1992, Exp. N° 892-91 Lambayeque [Gómez Mendoza, Gonzalo: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 327])

91. PECULADO DOLOSO: SUFICIENCIA PROBATORIA

«Existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la

oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándoselos, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos».

(Ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002, Exp. N° 126-2002-Cusco
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 251])

92. PECULADO DOLOSO: ACTOS TÍPICOS

«Se concluye que a la agraviada se le suspendió el pago de la pensión por viudez y no se le efectuó pago alguno, sin embargo, la entidad estatal seguía depositando ese dinero, que era dispuesto por el procesado, ya que en su condición de Contador de la entidad tenía a su cargo el registro de planillas y por ende, conocía de los depósitos de dinero efectuados a favor de la agraviada, y pese a ello no hacía la entrega a la interesada, menos aún hizo la devolución del dinero al tesoro público».

(Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2003, R. N. N° 4253-2003-Áncash
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 264])

93. PECULADO DOLOSO: ACTOS TÍPICOS

«Se advierte de asuntos que se encuentra debidamente acreditada la comisión del delito materia de investigación –peculado–, así como la responsabilidad penal del encausado en agravio de la Municipalidad Distrital, al adquirir el vehículo a su nombre y luego inconsultamente del Consejo Municipal enajenarlo a la misma empresa vendedora por un monto de dinero que no fue ingresado en las arcas de la Municipalidad causándole un perjuicio económico».

(Ejecutoria suprema del 2 de marzo de 2002, Exp. N° 4532-2001-Huánuco
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 266)

94. PECULADO DOLOSO: ACTOS TÍPICOS

«Al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual le fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efecto de que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros suma de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso».

(Ejecutoria suprema del 18 de julio de 2002, Exp. N° 2007-2001-Del Santa
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 289])

95. PECULADO: AUSENCIA DE DOLO

«De la prueba actuada en el proceso, el colegiado ha llegado a la convicción que el procesado no ha actuado con la intención dolosa que requiere el tipo penal de peculado, toda vez que el monto del dinero recibido fue utilizado en un viaje de servicio a favor del Estado; tanto más si el encausado sin existir requerimiento previo alguno procedió a devolver el dinero voluntariamente; no existiendo elementos de juicio suficientes que permitan acreditar la responsabilidad penal del justiciable».

(Ejecutoria suprema del 20 de noviembre de 2000, Exp. N° 1916-2000-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 750]. Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios de reos libres de la Corte Superior de Lima del 12 de abril de 2000, Exp. N° 584-99, p. 752)

96. PECULADO: IMPOSIBILIDAD DE COMISIÓN

«Estando a la forma y modo como el acusado y su comité de obras dispusieron la entrega de materiales remanentes, no puede ser constitutiva de peculado, puesto que el deber de administración y custodia de los bienes y efectos para la construcción de la obra, concluyó con las metas programadas en el convenio de su propósito, donde no se ha especificado a quién deben entregarse los materiales de una obra».

(Ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003, Exp. N° 2124-2002-Áncash [*Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, año 9, N° 64, enero 2004, p. 148])

97. PECULADO: MEDIOS PROBATORIOS

«Se ha acreditado fehacientemente la responsabilidad penal del encausado, quien no obstante aducir ser inocente de los hechos imputados, reconoce que en cumplimiento de las órdenes impartidas por su jefe inmediato, para que apoye y verifique la correcta utilización de los fondos que se otorgan a los comités conservacionistas, guardó el dinero de los comuneros, hasta que la ferretería cumpla con la entrega de los materiales faltantes, aunado a ello la testimonial del tesorero del Comité Conservacionista quien aduce que el encausado los acompañó al Banco para hacer el retiro y les obligó a entregarles la suma de dinero; agregado a ello la prueba indiciaria que permite situar con mayor objetividad el alcance de su enjuiciamiento crítico».

(Ejecutoria suprema del 19 julio de 2003, Exp. N° 3275-2001-Junín [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 323])

98. EL *EXTRANEUS* Y LA UNIDAD DE IMPUTACIÓN

«La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada «por el título de imputación, por el 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 26 del Código Penal».

(Ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003, Exp. N° 3203-2002-Lima [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 231])

99. IMPORTANCIA DE LA PERICIA CONTABLE

«Para la configuración del delito de peculado se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la indebida utilización de los fondos o efectos estatales encomendados, lo cual debe quedar corroborado por una actuación pericial contable determinante por tratarse de caudales del Estado».

(Ejecutoria suprema del 8 de abril de 2003, Exp. N° 3795-2001-Arequipa [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 212])

100. PERICIA QUE DESVANECE IMPUTACIÓN DELICTIVA

«Del análisis de lo actuado se advierte que las imputaciones contra los procesados se han desvanecido con el informe pericial de arquitectura, debidamente ratificado donde su contenido se acredita que no hubo apropiación del material entregado para la construcción de la obra, por cuanto en dicho informe se concluye que el total de material utilizado es equivalente a la recepcionada por los encausados».

(Ejecutoria suprema del 6 de noviembre de 2002, Exp. N° 374-2000-Junín [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 284])

101. PECULADO DOLOSO AGRAVADO

«La conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social».

(Ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001, R. N. N° 2104-2001-Cajamarca
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 359])

102. PECULADO DOLOSO AGRAVADO

«Se ha logrado acreditar fehacientemente la existencia del delito de peculado así como la responsabilidad penal del acusado, al haberse el procesado, Alcalde municipal, apropiado de caudales y efectos destinados al programa de apoyo social "vaso de leche", demostrando por demás una conducta dolosa, pues acepta que los víveres que mantuvo en su poder se echaron a perder porque no se repartieron oportunamente, constituyendo una conducta con mayor reproche penal porque no se puede aceptar que exista en la jurisdicción del gobierno municipal una extrema pobreza y los encargados de atenuar ese hecho social se aprovechen y se apropian para beneficio personal en desmedro de sectores sociales tan sensibles como son las madres y los niños».

(Ejecutoria suprema de la Corte Superior de Justicia de La Libertad del 14 de junio de 1999, Exp. N° 389-97 [*Jurisprudencia Penal*, Lima, Editora Normas Legales, 2003, p. 379])

103. PECULADO CULPOSO

«Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpado que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado; de lo que resulta que no se habría merituado la prueba actuada ni compulsado debidamente los hechos imputados en la sentencia, siendo procedente declararla nula en su extremo absolutorio».

(Ejecutoria suprema del 15 de julio de 1999 (Sala C), Exp. N° 281-99
[Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2000, p. 465])

104. PECULADO CULPOSO

«Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de sus escritorio y no en la caja fuerte de la institución; como correspondía y a la que estaba obligada en su condición de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución».

(Ejecutoria suprema del 10 de julio de 2002, Exp. N° 3278-2001-Apurímac
[SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 364])

105. PECULADO CULPOSO

«Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimiento, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el Tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco».

(Ejecutoria suprema del 16 de octubre de 2002, Exp. N° 4168-2001-La Libertad [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 375])

106. PECULADO DE USO

«Los procesados en su condición de Alcalde y por ende de funcionarios públicos encargados de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos Municipios participando activamente portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna labor pública».

(Ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2002, Exp. N° 2565-2001-Cuzco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 399])

107. PECULADO DE USO. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y COMPONENTES DEL DELITO

«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. 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 sea 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 consciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal».

(Ejecutoria suprema del 18 de setiembre de 2013, R. N. N° 1541-2012-Lima. Sala Penal Permanente)

108. PECULADO DE USO Y RELACIÓN FUNCIONAL

«El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican –en el actuar 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. Este deber positivo y vinculación funcional del encausado con el volquete de propiedad de la Municipalidad agraviada ha sido existente y probado (...), el procesado en su calidad de regidor y presidente de la Comisión de transportes era la persona encargada de autorizar la salida de todas las unidades vehiculares del Municipio, habiéndose llevado el vehículo a la ciudad de Yunguyo para ciertas obras y mantenimiento, situación que permite advertir que el encausado habría sumido el riesgo material por asunción de dicho vehículo (en el supuesto no probado de la existencia de una persona distinta que tenga el deber de cuidar o disponer del carro); siendo el caso que en autos no obra documento y otro medio de prueba que demuestre con certeza que el vehículo referido haya salido del distrito de Copani a realizar las obras y mantenimiento del volquete, argüido por el recurrente, concretándose de esa manera un uso distinto al encomendado, más aún si producto de ello se produjo un accidente que ocasionó daños a una institución educativa y a un patrullero policial».

(Ejecutoria suprema del 18 de setiembre de 2010, R. N. N° 1269-2009-Puno, Sala Penal Transitoria)

109. PECULADO DE USO Y DEPRECIACIÓN DEL VEHÍCULO USADO

«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, máquinas o cualquier 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 máquinas, 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 consciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial».

(Ejecutoria suprema del 20 de abril de 2010, R. N. N° 4595-2008-La Libertad, Sala Penal Transitoria)

110. USO EN FINES PRIVADOS DE VEHÍCULO ASIGNADO A FINES DE FUNCIÓN

«De lo expuesto, se tiene que al encausado, quien tenía la calidad de Presidente de la Junta General de Accionistas de la EPS EMAPICA S.A., por ostentar el cargo de Alcalde de la Municipal de Lea, por ser esta la accionista mayoritaria, se le asignó el vehículo para la realización de actividades funcionariales que incidan en la mejora de la calidad de vida de la comunidad iqueña, habiendo este dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el colegio hasta hacia su domicilio, es decir usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio; no resultando creíble la versión de descargo del encausado que desconocía que su coencausado efectuaba el recojo de sus menores hijos 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 su coimputado, en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso».

(Ejecutoria suprema del 17 de enero de 2013, R. N. N° 297-2012-Ica, Sala Penal Permanente)

111. USO DE VEHÍCULO QUE DEBIÓ SER INTERNADO

«Se le incrimina a los procesados en su calidad de miembros activos de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo incautado por la División Antidrogas, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva del Control de Drogas, circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito».

(Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2003, Exp. N° 3201-2001-Lima [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 401])

112. PECULADO DE USO: USO DE LÍNEA TELEFÓNICA

«El hecho que el procesado, Alcalde, trasladó la línea telefónica de la entidad municipal a su domicilio y que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal, imputación que es aceptada por el referido encausado, conducta que es 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 –agresión de que fue objeto el procesado y sus familiares y los daños causados a bienes de la entidad municipal, por los pobladores, trasladando el despacho de asunto municipales a su domicilio– lo hace pasible

de sanciones administrativas, pero no penales, porque el hecho en sí mismo no produce una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del Derecho Penal mediante la pena, precisamente por no trasgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal».

(Ejecutoria suprema del 13 de febrero de 2014, R. N. N° 3004-2014-Cajamarca, Sala Penal Permanente)

113. PECULADO DE USO: UTILIZACIÓN DE MOTOCICLETA

«El principio de intervención mínima, integra dos postulados básicos del Derecho Penal preventivo: subsidiaridad o *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal, en atención al último postulado exige que solo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege; situación que sin duda no se presenta en el caso sublitis, habida cuenta de la falta de entidad de la conducta que desplegó el imputado –servidor público que utilizó la motocicleta que le asignó la unidad estatal donde labora, trasladándose a un lugar distinto señalado por la orden de servicio, que dio como resultado la sustracción de la motocicleta por terceros, que sin embargo luego la repuso–. En todo caso el Derecho Administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 2013, R. N. N° 1883-2012-Junín, Sala Penal Transitoria)

114. PECULADO DE USO ES UN DELITO DOLOSO

«Para la configuración del delito de peculado de uso se requiere que el funcionario o servidor público use o permita que otros usen para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallen bajo su guarda. Que si bien se puede afirmar –según su propia versión– que condujo el vehículo sin la papeleta de salida, tal omisión solo puede constituir una inobservancia de falta administrativa pero no así una conducta dolosa, que configure delito de peculado de uso».

(Ejecutoria suprema del 20 de abril de 2015, R. N. N° 2170-2013-Huancavelica, Sala Penal Permanente)

115. CONDUCTA TÍPICA DE PECULADO DE USO

«Se les incrimina a los procesados en su calidad de miembros activos de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo incautado por la División Antidrogas de la PNP-DIVANDRO-CALLAO, por delito de Tráfico ilícito de drogas, omitiéndose internar dicho vehículo oportunamente en la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas –EPECOD– circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el mismo vehículo un accidente de tránsito».

(Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2003, Exp. N° 3201-2001-Lima, Sala Penal [véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, pp. 52 y 401)

116. PECULADO DE USO: CONDUCTA TÍPICA

«Los procesados en sus condiciones de Alcaldes Distritales, y por ende de funcionarios públicos faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos municipios, participando activamente, portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna labor pública».

(Ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2002, Exp. N° 2565-2001-Cusco, Sala Penal [véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, pp. 52 y 399)

117. ATIPICIDAD DE USO DE VEHÍCULO PARA FINES PERSONALES POR RAZÓN DEL CARGO

«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».

(Ejecutoria suprema del 13 de febrero de 2014, R. N. N° 3004-2014-Cajamarca, Sala Penal Permanente)

118. UTILIZACIÓN DE VEHÍCULO PARA USOS PERSONALES POR RAZÓN DEL CARGO INCLUYE DE MODO EVENTUAL USOS FAMILIARES

«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 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 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, del 17 de abril de 2013. Ídem ejecutoria suprema del 18 de setiembre de 2013, R. N. N° 1541-2012-Lima, Sala Penal Permanente)

119. PECULADO DE USO: ERROR DE PROHIBICIÓN, LLAMADAS TELEFÓNICAS

«Los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público no se han acreditado de modo alguno, puesto que el encausado al efectuar las llamadas de larga distancia de carácter personal, en su condición de Director del Hospital, lo hizo pensando que era uno de sus derechos y que le estaba permitido, al no tener ninguna comunicación que le permitiera lo contrario, por lo que actuó en error de prohibición, ya que consideró que estaba procediendo por la condición de Jefe y desconocía que al efectuar las llamadas telefónicas a larga distancia constituía delito de Peculado de Uso».

(Ejecutoria suprema del 21 de marzo de 2003, Exp. N° 1522-2002-Ayacucho, Sala Penal [véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, pp. 52 y 397)

120. MALVERSACIÓN DE FONDOS: BIEN JURÍDICO

«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».

(Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003, Exp. N° 3630-2001-Ucayali [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 208)

121. IMPORTANCIA DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

«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. 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° 2117-2013, del 22 de enero de 2015, ff. jj. 4-6, Lambayeque, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

122. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ACTOS TÍPICOS

«Los actos imputados a los acusados, consistentes en haber destinado los recursos del sobrecanon petrolero para gastos personales, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes, así como el traslado irregular de fondos del Tesoro Público de

la partida de remuneraciones a la de bienes, acreditan la comisión del delito de malversación de fondos, así como la responsabilidad penal de los procesados».

(Ejecutoria suprema del 18 de noviembre de 1997, Exp. N° 2846-96-Ucayali [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal, Lima,* Gaceta Jurídica, 1999, p. 682])

123. DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS EXIGE QUE EL AUTOR REALICE ACCIONES DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES: CONTADOR QUE SOLO SE LIMITA A ANALIZAR LOS ESTADOS FINANCIEROS DE FONDOS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA AGRAVIADA

«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 gastos debidamente codificada para que después se procesara y preparara los informes trimestrales que se debían entregar a la Contratarία 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».

(Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2015, R. N. N° 2117-2013-Lambayeque, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

124. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

«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».

(Ejecutoria suprema del 7 de abril de 2010, R. N. N° 2702-2009-Lima Norte, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

125. SI BIEN EXISTEN IRREGULARIDADES EN EL MANEJO DE LOS FONDOS PÚBLICOS, NO SE APRECIA APLICACIÓN DEFINITIVA DE LOS RECURSOS NI AFECTACIÓN AL DESARROLLO DEL PROYECTO

«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 maquinarias 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° 2136-2014-Cajamarca, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

126. ACREDITACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL SERVICIO ES UN ELEMENTO TÍPICO INDISPENSABLE DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

«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 *ultima ratio*».

(Ejecutoria suprema del 12 de setiembre de 1997, R. N. N° 4690-2005-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

127. NECESIDAD DE ACREDITAR AFECTACIÓN CONCRETA AL SERVICIO

«Décimo. 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, y 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 cómo dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico».

(Casación N° 544-2018, del 4 de julio de 2019-Lima Norte. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)

128. NO SE CONFIGURA EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS SI EL SERVICIO ENCOMENDADO (CONSTRUCCIÓN DE CARRETERA) NO LLEGÓ A ALTERARSE

«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».

(Ejecutoria suprema del 4 de marzo de 2010, R. N. N° 91-2009-Apurímac, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

129. CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

«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, R. N. Nº 79-2003-Madre de Dios, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

130. MALVERSACIÓN DE FONDOS Y NO PECULADO

«Los actos imputados al burgomaestre, consistentes en haber gestionado y obtenido un préstamo del Banco de la Nación, destinado a la ejecución de obras, pero que fue utilizado por el acusado para adelanto de remuneraciones y otros, no configura el delito de peculado sino de malversación de fondos».

(Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 1996, Exp. Nº 1364-96-B-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia Penal,* Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 684])

131. MALVERSACIÓN DE FONDOS: SUFICIENCIA PROBATORIA

«La comisión del delito de malversación de fondos se halla debidamente acreditada con el informe preliminar, dictamen pericial contable y la instructiva del procesado, al haber destinado dinero procedente del canon petrolero a la compra de bienes generales y a la cuenta de gastos corrientes, asimismo al haber utilizado intereses provenientes de la cuenta corriente del Programa del Vaso de Leche a fines distintos a los previstos».

(Ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 1998, Exp. Nº 6151-97-Piura [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada,* Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 463)

132. MALVERSACIÓN DE FONDOS

«El procesado durante su gestión como gerente de la Corporación Departamental de Desarrollo de Áncash, dispuso indebidamente de los recursos intangibles provenientes de los préstamos del Banco Interamericano de desarrollo –BID– ordenando que estos fondos se utilicen en gastos de funcionamientos, como el pago de incremento de remuneraciones a los trabajadores, cuando el dinero estaba destinado a la ejecución de proyectos de inversión en la zona».

(Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 2002, R. N. Nº 430-2002-Áncash [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 445])

133. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ACTOS TÍPICOS

«La comisión del delito de malversación de fondos se acredita con el informe pericial, donde se concluye que el manejo de los fondos de los créditos del Banco de la Nación no fueron utilizados en su totalidad para el fin con el que fueron solicitados –pago de remuneraciones y otros– sino que se destinaron para la amortización de obligaciones bancarias y el pago de gastos y adquisiciones, contraviniendo así el sentido funcional del dinero o caudales entregados en administración o custodia al procesado».

(Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002, Exp. N° 4050-2001-Cono Norte de Lima [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 452)

134. MALVERSACIÓN DE FONDOS: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

«Se desvirtúa la existencia de la malversación de fondos pues de las pericias contables se deduce que si bien se determinó que en el ejercicio presupuestal del año de 1996 en la entidad agraviada existe un saldo negativo por un monto superior a los 5000 mil nuevos soles, ello se debe a los sobregiros efectuados en la ejecución de gastos corrientes, lo que solo acarrea responsabilidad administrativa».

(Ejecutoria suprema del 26 de julio de 2003, Exp. N° 3253-2001-Áncash, Huaraz [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 413])

135. MALVERSACIÓN DE FONDOS: AUTORIZACIÓN PARA LA VENTA DE BIENES

«Si la venta de bienes de una institución estatal es autorizada por órgano competente con la finalidad de lograr la renovación o reinversión de capitalización del bien; consecuentemente en tales circunstancias, mal puede imponerse una sentencia condenatoria por lo que debe absolverse».

(Ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1998, R. N. N° 6116-97-Áncash [CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner; VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 262)

136. PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS: PRECISIONES

«El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para si o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras

delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones».

(Ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999, Exp. N° 1524-98-Arequipa [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora, Normas Legales, 2000, Año II, N° 3, p. 396]).

137. PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS: PRECISIONES

«Los delitos de peculado y malversación atribuidos al procesado se materializan por la utilización del dinero y bienes pertenecientes del Estado o sectores del Estado en provecho propio o de terceros, como en la inadecuada utilización de los mismos contraviniendo así el sentido funcional del dinero o caudales entregados en administración o custodia al agente. En los de análisis, y mediante las pericias obrantes en autos, se ha determinado que el procesado utilizó indebidamente el erario de su representada no solo en las obras sino también que dispuso del dinero en préstamos a terceros, sin haberse producido la consiguiente devolución, que siendo así el comportamiento del procesado se enmarca dentro de los presupuestos legales de los delitos investigados, por consiguiente, corresponde el reproche y la consecuencia jurídica que el colegiado ha determinado en la resolución materia del impugnatorio».

(Ejecutoria suprema del 26 de octubre de 1999, Exp. N° 3203-98-Áncash [*Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas Legales, Tomo 287, abril 2000, p. A-68])

138. REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES: ENTREGA EN DOS MOMENTOS NO ES TÍPICA

«Que el delito de rehusamiento de entrega de bienes, previsto y sancionado en el artículo 391 del Código Penal, exige para su comisión que el funcionario o servidor público requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúse entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo custodia o administración; ilícito que no se presenta en el caso de autos, por cuanto los encausados cumplieron con hacer entrega de la totalidad del acervo documentario, si bien en dos momentos distintos, sin observaciones por parte de la nueva Administración al momento de su recepción final».

(Ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2003, R. N. N° 4176-2001-Ica [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 473])

139. REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES: NO CONCURRENCIA DE CALIDAD FUNCIONAL

«La conducta del encausado de ninguna manera se adecua al delito de peculado, en su modalidad de retención indebida de cosas, toda vez que, si bien es cierto que existe homogeneidad del bien jurídico, también lo es que dicha modalidad

es referida para el caso específico del funcionario o servidor público, dado que el encausado no tiene dicha calidad específica quien actuó solo como depositario judicial».

(Ejecutoria suprema del 25 de febrero de 2003, Exp. N° 3939-2001-Ica [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 483)

140. PECULADO EXTENSIVO O IMPROPIO

«El delito de peculado previsto por el artículo 392 del Código Penal, como una extensión de los tipos contenidos en los artículos 387 y 389 del acotado cuerpo de leyes, se consuma desde el momento en que el sujeto activo se muestra renuente al requerimiento de la autoridad jurisdiccional».

(Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2000, Exp. N° 1364-99-Arequipa [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora, Normas Legales, 1999, Año II, N° 4, p. 391])

141. PECULADO EXTENSIVO: PRECISIONES

«La conducta desplegada por los sujetos activos, configura el tipo penal de peculado por extensión, al haberse apropiado, en su condición de depositarios, del material de construcción destinado al Programa de Apoyo de Repoblamiento –PAR–, si bien es cierto, los recurrentes no tienen la calidad de funcionarios públicos, sin embargo en su condición de proveedores de materiales de construcción del Programa de Apoyo Social al Repoblamiento, entidad perteneciente al PROMUDEH sostenido con fondos del Estado, su conducta se encuentra dentro del delito de peculado por extensión, delito especial impropio».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 2003, Exp. N° 3253-2002-Huancavelica [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 490])

142. PECULADO EXTENSIVO COMETIDO POR DEPOSITARIA JUDICIAL

«Si una persona es designada en un proceso civil sobre obligación de dar suma de dinero como depositaria judicial de un bien, y al ser requerida no cumple con el mandato judicial, debe ser denunciada por el delito de peculado por extensión. En el presente caso, sin embargo, se desprende que el procesado no fue notificado personalmente del requerimiento judicial, razón por la cual no pudo cumplir la orden de devolución impartida».

(Ejecutoria suprema del 16 de julio de 2003, R. N. N° 2272-2002-Junín [*Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 10, N° 72, setiembre 2004, p. 153])

143. PECULADO EXTENSIVO: MEDIOS PROBATORIOS

«Se tiene que se ha acreditado la comisión del delito, así como la responsabilidad del procesado, tanto con el acta de entrega del vehículo, copia de la boleta de depósito judicial, auto del que se colige que se levantó el embargo que pesaba sobre el vehículo y auto del cual se desprende que el procesado no había cumplido con entregar el vehículo que le fue confiado en depósito judicial por el juzgado civil».

(Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2000, Exp. N° 3245-2000-Lima [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal, Lima, Idemsa*, 2002, p. 745. Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Lima del 19 de junio de 2002, Exp. N° 373-2000, p. 747)

144. PECULADO EXTENSIVO: INEXISTENCIA DE CONDUCTA DOLOSA

«Queda establecido que el procesado, si bien no cumplió con entregar la obra debidamente culminada, sin embargo está acreditada que dispuso de la totalidad de dinero entregado para cubrir el avance que hizo en su construcción, no apreciándose en su actuar visos de conducta dolosa, por lo que el elemento subjetivo del tipo penal de peculado no está presente en dicha conducta; en tal mérito, existe certeza sobre la inexistencia del delito investigado y por consiguiente de la irresponsabilidad penal del encausado».

(Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2002, R. N. N° 4734-2001-Pasco [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 493)

145. PECULADO EXTENSIVO Y APROPIACIÓN ILÍCITA

«La mención "depositario" se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo 190 (apropiación ilícita), como en el artículo 392 del Código Penal (peculado extensivo). Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse–, se considera que debe aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política, concordante con el artículo 6 del CP, que establece la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

(Ejecutoria suprema del 21 de febrero de 2012, R. N. N° 3396-2010-Arequipa, Sala Penal Permanente)

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, Palestra, 1ª edición, 2001; 2ª edición 2003.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Tomo 17, Lima, 2005.

ABASTOS HURTADO, Manuel G.: *Derecho Penal. II Curso [Apuntes de clases]*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s/f.

ABOSO, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado y con jurisprudencia*, 5ª edición, Buenos Aires, IB de F, 2018.

ABOSO, Eduardo y DE LA FUENTE, Javier Esteban / DI GIORGIO, Julio César: *Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004.

ACLE, Alfredo y VEGA, Juan: *La empresa pública*, México D. F., Limusa, 1986.

ALCÓCER POVIS, Eduardo: "La autoría y participación en el delito de peculado Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya", en *Actualidad Jurídica,* Nº 142, septiembre, Lima, 2005.

ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1970.

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, Dykinson, 2000.

ÁLVAREZ RODRICH, Augusto: *Principios de empresas estatales y privatización*, Lima, Biblioteca Universitaria, Universidad del Pacífico, 1992.

Álvarez Viscaya, Maité: *Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato,* Barcelona, Bosch, 1993.

Ambos, Kai: *La parte general del Derecho Penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005.

Andino López, Juan Antonio: "Los criterios Daubert y su posible anclaje en la valoración de la prueba pericial en España", en *Peritaje y prueba judicial* (director: Picó i Junoy), Bosch Editor, Barcelona, 2017.

Ángeles Gonzales, Fernando y Frisancho Aparicio, Manuel: *Código Penal VII (Delitos contra la Administración Pública)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997.

Antolisei, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1954.

Arboleda Vallejo, Mario y Ruiz Salazar, José Armando: *Código Penal Comentado*, Bogotá, Leyer, 2004.

Arendt, Hannah: *Between Past and Future. Six Exercises in political Thought,* New York, The Viking Press, 1961.

Arismendiz Amaya, Eliu: "La problemática de la participación del *extranei* en el delito de colusión ilegal", en *Actualidad Penal*, Vol. 11, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

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, agosto 2018.

Arismendiz Amaya, Eliu: "Autoría y participación en los delitos especiales de infracción de deber. A propósito de la casación 558-2016, Lambayeque", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 106, Lima, 2018.

Arismendiz Amaya, Eliu: *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Lima, Instituto Pacífico, 2018.

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, agosto 2017.

Asúa Batarrita, Adela: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales. Criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en Asúa Batarrita, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

Asúa Batarrita, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

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, Lima, agosto 2018.

Avalos Rodríguez, Constante Carlos; Robles Briceño, Mery Elizabeth: *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.

Babboni, Ranieri: "L'abuso di autorità, la illegitimità degli atti dei pubblici funzionari", en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Vol. I, Milano, 1910.

Baca Cabrera, Denyse; Vargas, Fidel y Neira Huaman, Marlene: *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

Bacacorzo, Gustavo: *Diccionario de la Administración Pública*, Tomo I, Lima, Grijley, 1997.

Bacacorzo, Gustavo: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 1997.

Bacigalupo, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Bacigalupo, Enrique: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, Akal-Iure, 1991.

Bacigalupo, Silvina: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Bacigalupo, 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*, 2ª edición, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

Baena del Alcázar, Mariano: *Curso de ciencia de la administración*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1996.

Báez Martínez, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Trillas, 1990.

Balcazar Quiroz, José. "El delito de peculado de uso: comentarios a la sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres González", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 36, Lima, junio 2012.

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*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2015.

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

Basavilvaso, Benjamín: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949.

Bezerra de Menezes, Paula. *Novos rumbos da prova pericial*, Río de Janeiro, Viveiros de Castro Editora, 2014.

Beltran Haddad, Ramón: *Peculado y malversación*, Caracas, Livrosca, 1996.

Benavides Schiller, Andrés. *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona, Bosch, 2016.

Benavides Schiller, Andrés: *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona, Bosch, 2016.

Benussi, Carlo: "I delitti contro la pubblica aministrazione, Tomo I (I delitti dei pubblici ufficiali)", en Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *Tratatto di Diritto Penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 2001.

Bernal Pinzón, Jesús: *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Temis, 1965.

Bernales Ballesteros, Enrique: *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, 4ª edición, Lima, Rao, 1998.

Beteta Amancio, Espitz Pelayo, "El desvalor de la conducta de "concertación" en el delito de colusión. A propósito de la Casación N° 661-2016, Piura", en *Gaceta Penal*, Tomo 100, Lima, octubre 2017.

Bielsa, Rafael: "La función pública", en: Cabrera Vásquez, Marco Antonio y Quintana Vivanco, Rosa: *Introducción al estudio de la función pública (Antología)*, Lima, Sagsa, 1985.

Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 1964.

Bobadilla Bocanegra, "La necesidad de una estrategia probática en el delito de colusión: a propósito de los casos relacionados a Odebrecht", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 105, Lima, 2018.

Boquera Oliver, José María: *Derecho Administrativo*, 9ª edición, Madrid, Civitas, 1992.

Borjas Calderón, Karl Andrei: "Lo prudente del peculado imprudente", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 123, Lima, setiembre 2019.

Bramont-Arias-Torres, Luis. A.: «La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 127, Lima, junio 2004.

Bruchi, A.: "Concussione", en *Il Digesto Romano*, Torino, 1986.

Bujosa Vadell, Lorenzo. "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Picó i Junoy, Joan, *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch, 2017.

Buompadre, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Mave Editor, 2001.

Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991.

Bustos Ramírez, Juan: *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993.

Cabrera Vásquez, Marco Antonio y Quintana Vivanco, Rosa: *Introducción al estudio de la función pública (Antología)*, Lima, Sagsa, 1985.

Cáceres Julca, Roberto: *El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales*, Idemsa, Lima, 2012.

Cáceres Julca, Roberto / Carrión Díaz, Juan: *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Idemsa, 2011.

Calderón Valverde, 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, 2012.

Calderón Valverde, Leonardo: "El estado actual de la teoría de infracción del deber en los delitos contra la Administración Pública", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 91, Lima, enero 2017.

CALSAMIGLIA, Albert: *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

CAMAÑO ROSA, Antonio: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", en *Jurisprudencia Argentina,* N° 1963-VI, Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1963.

CANCINO, Antonio José / TOSCANO, Maruja: *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986.

CANESTRARI, Stefano / DE SIMONE, Giulio / CORNACCHIA, Luigi: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* il Mulino, 2015.

CARMIGNANI, Giovanni: *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979.

CARMONA SALGADO, Concepción: *Compendio de Derecho Penal español parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

CARO CORIA, Dino Carlos: *Derecho Penal del ambiente delitos y técnicas de tipificación*, Lima, Gráfica Horizonte, 1999.

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.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Vol. V, Tomo 7, Bogotá, Temis, 1993.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, Comares, 2002.

CARRERA, Daniel P: *Peculado de bienes y servicios públicos*, segunda edición, Editorial Mediterránea, Córdoba Argentina, 2005.

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

CASTILLO ALVA, José Luis: "El caso Kouri-Montesinos, algunas preguntas sin responder: ¿Un candidato es un funcionario público? ¿Existe la teoría del acuerdo previo?", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 26, Lima, noviembre 2000.

CASTILLO ALVA, José Luis: "El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 33, Lima, junio 2001.

Castillo Alva, José Luis (dir.): *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, Grijley, 2008.

Castillo González, Francisco: *El delito de peculado*, San José de Costa Rica, Juritexto, 2000.

Castro Cuenca, Carlos Guillermo: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca, Ratio Legis - Grupo de Estudio contra la Corrupción Universidad de Salamanca, 2009.

Castro Liñares, David: "Análisis de los elementos definitorios del ilícito penal de malversación. Un estudio con base en la venta de inmuebles por parte del Instituto de Vivienda de Madrid", en Puente Aba, María / Souto García, Eva, *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Comares, 2016.

Castro Moreno, Abraham / Otero Gonzáles, María Pilar: "Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano", en *Tratado de Derecho Penal desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Trujillo, Perú, Normas Legales, 2004.

Castro Moreno, Abraham / Otero Gonzáles, María Pilar (dirs.): *Prevención y tratamiento de la corrupción en la contratación pública,* Madrid, Dykinson, 2016.

Castro Moreno, Abraham: *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Catalán Sender, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer Hnos., 1999.

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.

Chanjan Documet, Rafael: "El patrimonio público en sentido funcional como bien jurídico protegido por el delito de peculado", en *Actualidad Penal*, N° 14, Lima, agosto 2015.

Chavez de la Peña, César Alberto: "El delito de patrocinio infiel", en *Gaceta Penal*, Tomo 14, Lima, agosto 2010.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *La desviación de poder*, 2ª edición, actualizada y ampliada, Madrid, Civitas, 1999.

CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993: lectura y comentarios*, 4ª edición, Lima, Antonella Chirinos Montalbetti Editora, 1997.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2002.

CHU HAN, Byung. *La sociedad de la Transparencia* –Transparenzgesellschaft–, traducción del alemán de Raúl GABÁS, Madrid, Herder, 2013.

COBO DEL ROSAL, Manuel / ORTS BERENGEL, Enrique y otros: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

COLAUTTI, Carlos E: *Inmunidad de los funcionarios*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido / BEYNETEZ MERINO, Luis y otros: *Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2004.

CONFUCIO (Kung Tsé): *Los cuatro libros clásicos*, Barcelona, Bruguera, 1978.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: *Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, Lima, Contraloría General de la República - Gaceta Jurídica Editores, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago (coords.): *Comentarios al Código Penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

CORNEJO, Ángel Gustavo: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Lima, Librería Peruana, s/a.

CORTINA, Adela: "Ética de la sociedad civil. Un antídoto contra la corrupción", en *Claves de Razón Práctica*, Nº 45, Lima, 1994.

CORTINA, Adela / PECES BARBAS, Gregorio / ZARZALEJOS, José Antonio / VELASCO, Demetrio: *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996.

CRAMER, Peter / HEINE: "Straftaten im Amt", en SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar (Neunundzwanzigster Abschnitt)*, 25Auflage, C.H.Beck, München, 1997.

Crespo Barquero, Pedro / Camarero González, Gonzalo: "Delitos contra la Administración Pública", en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Granada, Comares, 2018.

Creus, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

Creus, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1990.

Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial*, Vols. I y II, Barcelona, Bosch, 1936.

Cugat Mauri, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Lima, Barcelona, 1997.

Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Danós Ordóñez, Jorge / Zegarra Valdivia, Diego: *El procedimiento de ejecución coactiva*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

Dayenoff, David: *Código Penal comentado. Jurisprudencia, concordancias y esquemas de defensa*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993.

De la Mata, Norberto / Etxebarria, Xavier: *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.

De Souza Nucci, Guilherme: *Curso de Direito Penal, Vol 3. Parte Especial*, Rio de Janeiro, Gen Editora Forense, 2016.

Del Corso, Stefano: "Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla, trasformazione dello stato: profili penalistica", en *Rivista di Diritto e Procedure Penale*, Nº 1989-II, Milano, 1989.

Delgado del Castillo, José Manuel, en Uña Juárez, Octavio y Hernández Sánchez, Alfredo (directores), *Diccionario de sociología*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-ESIC Editorial, 2004.

Delpino, Luigi: *Diritto Penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995.

Delpino, Luigi / Pezzano, Rocco: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, 24ª edición, Napoli, Gruppo Editoriale Simone, 2017.

Díaz Lazo, David César: "Título de intervención de los alcaldes y funcionarios de dirección en el delito de colusión", en *Actualidad Penal*, Vol. 7, Lima, 2015.

Díaz Lazo, David César: "Comisión por omisión en los delitos de peculado y colusión desleal", en *Actualidad Penal*, N° 14, Lima, agosto 2015.

Díez-Picazo, Luis María: *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996.

Donna, Edgardo Alberto: "El concepto dogmático del funcionario público en el Código Penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, año VII-VIII, Lima, 2002.

Donna, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

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

Dumet Echevarría, Isaac: "La fuerza pública", en *Revista de la Guardia Civil*, N° 429, Lima, enero-febrero 1988.

Duverger, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.

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

Entrena Fabré, Rafael: *El delito de Malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Escriche, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo IV, Bogotá, Temis, 1977.

Escudero, José Antonio: *Curso de historia del derecho. Fuentes e Instituciones político administrativos.* 4ª edición, Madrid, Solá e Hijos, 2012.

Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982.

Etxebarria Zarrabeitia, Xavier: "Malversación de caudales públicos", en Asúa Batarrita, Adela, *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

Etxebarria Zarrabeitia, Xavier: "Fraudes y exacciones ilegales", en Asúa Batarrita, Adela, *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

Fabián Caparrós, Eduardo: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000.

Feijoo Sánchez, Bernardo: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, , Nº 7/8, Año IV, Lima.

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, julio 2018.

Ferreira Da Cunha, Conceição: "Do peculato", en De Figueiredo Dias, Jorge, *Comentário conimbricense do Código Penal,* Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Ferreira Delgado, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1995.

Ferreira Delgado, Francisco: *Derecho Penal especial.* Tomo II, Bogotá, Temis, 2006.

Ferreira Torinho, Demetrio Cyriaco: *Do peculato*, 2ª edición, Livraria Progresso, Cidade do Salvador, 1954.

Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1998.

Fiandaca, Giovanni / Musco, Enzo: *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, 2ª ed., Bologna, Zanichelli Editore, 1999.

Figueroa Ortega, Yván: *Delitos de infracción de deber*, Madrid, Dykinson, 2008.

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

Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66ª edición, Múnich, Beck, 2019.

Fontán Balestra, Carlos: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, 16ª edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2002.

Fragoso, Heleno Claudio: *Liçoes de Direito Penal. Parte especial*, Vol. I, Río de Janeiro, Forense, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio: *Lições de Direito Penal. Parte especial*, Tomo II, Río de Janeiro, Forense, 1986.

FRANCIA ARIAS, José Luis: "Apuntes sobre el abuso de autoridad", en *Apuntes de Derecho*, N° 1, año II, Lima, 1977.

FRANCIA ARIAS, José 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, 2018.

FRANCO, Bruno / MUÑOZ, Italo / SÁNCHEZ, Pedro / ZAVALA, Verónica: "Las privatizaciones y concesiones", en ABUSADA, Roberto y otros, *La reforma incompleta,* Lima, Universidad del Pacífico - Instituto Peruano de Economía, 2000.

FRANCO, Uriel: *El peculado*, Temis, Bogotá, 1987.

FRIED, Robert: "Administración Pública comparada: la búsqueda de teorías", en LYNN, Naomi B. y WILDAVSKY, Aarón, *Administración Pública, el estado actual de la disciplina*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

FRÍGOLS I BRINES, Eliseo: *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*, Madrid, Marcel Lefevbre, 2020.

FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA-CABRERA, Raúl: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Fecat, 1999.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal y constitucional*, Lima, RAO Editora, 2004.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª edición, Lima, Iuris Editores, 2011.

FRISANCHO APARCIO, Manuel: *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*, Lima, Universidad del Pacífico, 2015.

GABINETE JURÍDICO DEL CEF: *Legislación sobre funcionarios de la Administración Pública, Normativa* 2020, CEF, Madrid, 2020.

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

GAMBARDELLA, Marco: "Il peculato", en CANESTRARI, Stefano / CORNACCHIA, Luig i/ DE SIMONE, Giulio, *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015.

GANZEMÜLLER, C. / ESCUDERO, J. F. / FIGOLA, J. (coords.): *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 1998.

GARCÍA CAVERO, Percy: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de la imputación*, Barcelona, Bosch, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy / CASTILLO ALVA, José Luis: *El delito de colusión*, Lima, Grijley, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo,* 9ª edición, Tomo I, Madrid, Civitas, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

GARCÍA LEÓN, Godofredo André: "Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 114, Lima, diciembre 2018.

GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Barcelona, Alianza Editorial, 1991.

GARCÍA PELAYO, Manuel: *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo: *Doctrina penal actualizada,* 2ª edición ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

GASPAR CHIRINOS, Ángel: "Una mirada político-criminal y dogmática al proceso de construcción legislativa de la Ley N° 29703. Referencia especial a los delitos de colusión y tráfico de influencias", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 27, Lima, setiembre 2011.

GASPARINI, Giulia / IPPOLITO, Carmine: *Consulenti tecnici e Periti*, Napoli, Simone, Edizione Giuridiche, 2002.

GELLES, Richard y LEVINE, Ann: *Introducción a la Sociología*, 5ª edición, México D. F., Mac Graw Hill, 1996.

GIMENO FELIU, José María: "La corrupción en la contratación pública", en CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZÁLEZ, Pilar (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016.

GIMENO LAHOZ, Ramón / CORBELLA HERREROS, Teresa. "Delitos contra la Administración Pública", en GANZEMÜLLER, C. / ESCUDERO, J. F. / FIGOLA, J. (coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la administración de justicia y contra la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1999.

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

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso / GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, Universidad de Externado, 2008.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996.

GONZALES ROMANILLOS, José Antonio: *La corrupción política en la época de Julio César. Un estudio sobre la* lex iulia de repetundis, Granada, Comares, 2009.

GONZÁLEZ, Manuel Richard: "Problemas de la prueba pericial en el proceso penal", en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch Editor, 2017.

GÖSSEL, Karl Heinz: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: *Régimen general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I, Teoría general*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1985.

GRAU, Emilio: "Licitación", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVIII, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

GRECO, Rogério: *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Vol. IV, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, Burgos, 1872.

GUERRA TOMASEVICH, Francisco: *Procesos Administrativos disciplinarios*, Chiclayo, Consejo Transitorio de Administración Regional, Región Nor-Oriental del Marañón, 1996 (separata).

GUY, Peters: *La política de la burocracia*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

GUZMÁN DALBORA, José Luis: "La malversación de caudales en el Código Penal chileno", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (dir.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Jurista editores, 2009.

HABERMAS, Jürgen: "Ética discursiva", en GÓMEZ, Carlos (ed.), *Doce textos fundamentales de la ética del silgo XX*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

HEINE, Günter / EISELE, Jörg, "Straftaten im Amt", en SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Hörst, *Strafgesetzbuch Kommentar (DreiBigster Abschnitt),* 30ª edición, Múnich, Beck, 2019.

HEREDIA OBREGÓN, Dante, "La insignificancia en el peculado. Panorama jurisprudencial y dogmático", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 101, Lima, noviembre 2017.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto: "Delitos contra el orden público", en BENEYTEZ MERINO, Luis / BURKHAKLTER THIÉBAUT, Joaquín / CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros: *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Trivium, 1997.

HEYDEGGER RODRÍGUEZ, Francisco, "El otro en el delito de peculado doloso", en *Gaceta Penal*, Tomo 26, Lima, agosto, 2011.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública,* Lima, Gaceta Jurídica, 2000.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge: "El delito de abuso de autoridad descrito en el artículo 376 del Código Penal", en *Actualidad Jurídica,* Tomo 147, Lima, 2006.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge: *El delito de peculado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Lima, EDDILI, 1987.

Iñigo Ortiz de Urbina, Jimeno: "Delitos contra la Administración Pública", en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) / Ragués i Vallés, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006.

Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Jakobs, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

Jakobs, Günther: "Coacciones por medio de violencia / Las coacciones por medio de amenazas", en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos / Carlos Suárez González / Manuel Cancio Meliá, Madrid, UAM Ediciones Civitas, 1997.

Jareño Leal, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011.

Jescheck, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981.

Jescheck, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ta edición Granada, Comares, 2002.

Jiménez, Sergio: "¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo del delito de colusión", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 114, Lima, diciembre 2018.

Josserand, Louis, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2009.

Juan Sanjosé, Rafael Juan, *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer, 2016.

Kindhäuser, Urs: "Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 14, Santiago de Chile, 2011. Versión en línea: <bit.ly/1ovnUzi>.

Kindhäuser, Urs / Hilgendorf, Eric: *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*, 8ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2020.

La Rosa Cornejo, Julio / Gonzales Grados, Manuel: *Peritaje contable*, Lima, 2018.

La Rosa Gómez de la Torre, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999.

Laje Anaya, Justo: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. III, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.

Lama Martínez, Héctor: *Estado de necesidad en el delito de malversación de fondos*, Lima, Universidad Nacional de Piura, 2003.

Leal-Henriques, Manuel / Simas Santos, Manuel: *Código Penal Anotado*, 3ª edición, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000.

Legape, Agathe / Matsopoulou, Haritini: *Droit pénal spécial*, París, Themis Droit, PUF, 2015.

Lombana Villalba, Jaime: "Peculado", en Castro Cuenca, Carlos, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Bogotá, Editorial del Rosario - Temis, 2011.

López Barja de Quiroga, Jacobo: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Trivium, 1997.

López Calera, Nicolás: "Corrupción, ética y democracia", en Arroyo, Luis / Auger, Clemente / Garzón, Ernesto y otros, *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Luzón Peña, Diego-Manuel / Roso Cañadillas, Raquel: "La administración desleal societaria en el Derecho Penal español", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Tomo 23, Lima, 2011.

Maggiore, Giuseppe: *Derecho Penal. Parte especial*, Vol. III, Bogotá, Temis, 1955.

Maiza, María Cecilia: "Jurisprudencia Delitos contra la Administración Pública", en Aboso, Gustavo Eduardo / De La Fuente, Esteban y otros, *Revista Penal, Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004.

Malinverni, Alexandre: *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel Diritto Penal*, Torino, 1951.

Mandujano Rubín, José Luis: "Delito de colusión: Propuesta de fundamento y prueba", en *Lex & Iuris*, Lima, 2018.

Manfroni, Carlos: *La convención interamericana contra la corrupción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal*, Tomos 8 y 9, Vols. III y IV (Delitos contra la Administración Pública), Buenos Aires, EDIAR, 1961.

MARCA ROMERO, Elmer: "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 26, Lima, agosto 2011.

MÁRQUEZ ALVIS, Jorge Eduardo: "¿Es posible imputar como autor de colusión al funcionario que fácticamente no interviene en el pacto colusorio?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 91, Lima, enero 2019.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: *El abuso del derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Madrid, Montecorvo, 1982.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: "El delito de colusión: análisis del elemento 'concertación'", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 105, Lima, marzo 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, julio 2019.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: "Delito de patrocinio ilegal: análisis del artículo 385 del Código Penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 126, Lima, diciembre, 2019.

MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2001.

MAYNTZ, Renata: *Sociología de la Administración Pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

MEINI MÉNDEZ, Iván: "La realización de delitos de resultado mediante comportamientos omisivos y participación necesaria", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CARO CORIA, Carlos y otros: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2005.

MÉNDEZ, José Luis: "Estudio introductorio", en PETERS, B. GUY, *La política de la burocracia*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

MENDO RUBIO, Celso: *Los empleados de confianza*, Lima, Tricelm, 1990.

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, noviembre 2017.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de Derecho Penal venezolano compendio de parte especial*, Caracas, Empresa El Cojo, 1967.

MERKEL, Adolf: *Derecho Penal. Parte Especial*, traducido del alemán por Pedro Dorado, Madrid.

MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, París, Editions Cujas, 1982.

MERTEHIKIAN, Eduardo: *La responsabilidad pública, análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.

MESSNER, Johannes: *El funcionario en la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 1962.

MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000.

MIR PUIG, Carlos: *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, 8va ed., Montevideo, Editorial IBdeF, 2008.

MIRABETE, Julio / FABBRINI, Renato: *Manual de Direito Penal, 3 Parte Especial*, 30ª edición, São Paulo, Gen Atlas, 2016.

MOLINA ARRUBLA, Mario: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Diké, 1995.

MONGILLO, Vincenzo: "Concussione", en CANESTRARI, Stefano / CORNACCHIA, Luig i/ DE SIMONE, Giulio, *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015.

MONTENEGRO, Marino: *Derecho Administrativo*, Lima, Antara, 1982.

MONTESQUIEU, Charles Luis de: *Del espíritu de las leyes,* Madrid, Sarpe 1984.

MONTOYA VIVANCO, Iván, *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 2015.

MORALES GARCÍA, Oscar: *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016.

MORÓN URBINA, Juan: *La vía administrativa en el derecho peruano*, Lima, Grijley, 1992.

MORONE, Antonio Francesco: *Concussione, induzione indebita e corruzione: luci ed ombre dopo le leggi 190/2012 e 69/2015*, Milano, Editore Key, 2016.

MOYNA MÉNGUEZ, José / GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio / LUZÓN CUESTA, José María / ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo / TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *Código Penal*, 5ª edición, Madrid, Cólex, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª. edixión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CUESTA, Javier: "El delito de malversación", en GANZEMÜLLER / ESCUDERO / FRIGOLA (coords.), *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 1998.

MUÑOZ CUESTA, Javier: "Interpretación de la especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y con daño al entorpecimiento del servicio público en el delito de malversación", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

MUÑOZ CUESTA, Javier: "El delito de malversación", en GANZEMÜLLER / ESCUDERO / FRIGOLA (coords.), *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 1998.

MURIEL PATIÑO, María: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", en AA. VV. *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005.

MUNNÉ CATARINA, Frederic: "Imparcialidad y responsabilidad del perito", en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch Editor, 2017.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: "La actuación de los ejecutores coactivos municipales: ¿delito de abuso de autoridad?", en *Ius Et Praxis*, Nº 31, Lima, enero-diciembre 2000.

NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, Colex, 2001.

NAVARRO GARCÍA, 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.

NEPPI, Modona: "Interpretazione letterale e interpretazione teleologica a propósito della sottrazione di cose pignorate", en *Rivista Italiana di Diritto*, (1968), Roma, 1968.

NEUMAN, Elías: *Víctimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994.

NIEVA FENOL, Jordi: "Repensando Daubert: Elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial", en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch Editor, 2017.

NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, Lima, ARA editores, 2013.

NÚÑEZ BORJA, Humberto: *Breve Tratado de Derecho administrativo*, Tomo II, Arequipa, 1973.

OLIVERA TORO, Jorge: *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967.

ORTECHO VILLENA, Julio: *Juicio político y procesos a funcionarios*, Trujillo, Libertad, 1992.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Medellín, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1985.

ORTOLÁN, Mario: *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, Madrid, Leocadio López Editor, 1872.

OSSANDÓN, Mª Magdalena: "Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal", en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, N.º 1, CEDEP, Talca (Chile), 2006.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1997.

Pacheco Osorio, Pedro: *Derecho Penal especial*, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1972.

Pacheco, Joaquín Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª edición, Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856.

Pagliaro, Antonio: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995.

Palomar Olmeda, Alberto / Vásquez Garranzo, Javier (dirs.): *Practicum Función Pública* 2017, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Palomino, Teodosio: *Trabajadores de confianza. Su situación laboral*, Lima, Juris Laboral, 1989.

Pantoja Bauza, Rolando: "El control de la Administración Pública", en Ochoa Monzó / Baca Calderón / Maraví Sumar y otros: *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004.

Parada, Ramón: *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Pariona, Raúl: "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político criminales", en *Thēmis Revista de Derecho*, N° 68, Lima, 2015.

Pariona Arana, Raúl: "El concepto 'por razón del cargo' en el delito de peculado", en *Magistri et doctores*, UNMSM, Unidad de Postgrado, N2, Lima.

Pariona Arana, Raúl: *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

Parisi, Nicoletta: *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, Cedam, 1996.

Patrón Faura, Pedro y Patrón Bedoya, Pedro: *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Lima, Grijley, 1998.

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.

Pavón Parra, Pedro Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1979.

Peces-Barbas, Gregorio: *Curso fundamental de derechos humanos*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995.

PENAGOS VARGAS, Gustavo: *El servicio público,* Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general,* Lima, Grijley, 1997.

PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo V, Lima, Idemsa, 2012.

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

PEÑA SUASNABAR, Jony Antonio: "La infracción de deber objetivo de cuidado en el delito de peculado (comentarios a la Sentencia Nº 005-2014 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima), en *Actualidad Penal*, vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho Penal*, Tomo III, Bogotá, Temis. 1984

PIERANGELI, José Henrique: *Manual de Direito Penal brasilero*, V, 2. *Parte Especial*, 2ª edição São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2007.

PINATEL, Jean: *La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador): *Manual de Derecho Penal II Parte especial*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

PLATÓN: *República* (introducción, traducción y notas de Divenosa y Claudia MÁRSICO), Buenos Aires, 2005.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, T. I, Lima, Idemsa, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: «El concepto penal de funcionario público», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 27, Madrid, 1985.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Vol. II, Barcelona, Librería Bosch, 1991.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; VALLE MUÑIZ, José Manuel; MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Oscar: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "De la Malversación", en QUINTERO OLIVARES (director) MORALES PRATS, Fermín (coordinador): *Comentarios a la parte especial del Código Penal,* 10ª edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

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

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.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix: "El redescubrimiento del tercero civilmente responsable en los delitos de abuso de autoridad: breves reflexiones desde la victimología", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 67, Trujillo, 2006.

RAMOS MEJÍA, Enrique: *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal*, Tomo III, Parte especial, Bogotá, Temis, 1975.

REALE JÚNIOR, Miguel y WUNDERLICH, Alexandre: *Direito Penal. Jurisprudencia em debate, Crimes contra a Administração pública e Crimes contra a Administração da justic*a, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2013.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: "La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Tomo 4, Lima, Grijley, 2003.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores.

REÁTEGUI SÁNCHEZ: James: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* Lima, Jurista Editores, 2005.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: "El delito de concusión en el Código Penal: análisis jurídico-dogmático del artículo 382 CP", en *Actualidad Penal*, vol. 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1970.

REGIS PRADO, Luis: *Curso de Direito Penal brasilero, Volume 4. Parte Especial*, 4ta edição, Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2006.

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

RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Idemsa, 1994.

RETAMOZO LINARES, Alberto: *La impugnación de las bases en los procesos de contratación con el Estado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique: "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento", en *Gaceta Penal,* Tomo 90, diciembre, 2016, Lima, Gaceta Jurídica.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989.

REYNA ALFARO, Luis Miguel: «Estructura atípica el delito de colusión», en *Actualidad Jurídica*, T. 130, setiembre, Lima, 2004.

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

RIMONDI, Jorge Luis: *La problemática actual de la concusión*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos,* Barcelona, Bosch, 1999.

ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de fondos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

RODOVALHO, Thiago: *Abuso de derechos y derechos subjetivos* (traducción de Juan Carlos PANEZ SORIANO y César Edwin MORENO MORE), Lima, ARA Editores, 2014.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. José: "Los delitos especiales y la teoría de la participación. Una crítica al alcance y aplicación del artículo 65.3 CP", en MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep M. y GARCÍA ALBERT, Ramón (coordinadores), *Represión penal y Estado de Derecho.*

Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena: *Delitos contra la función pública, el Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso: *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994.

Rodríguez López, Pedro y Sobrino Martínez, Ana: *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, Bosch, 2008.

Rojas Benítez, Olga: *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Salamanca, Ratio Legis, 2009.

Rojas Vargas, Fidel, «Ubicación dogmática-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 34, julio, Lima, Gaceta Jurídica, 2001; también en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel: «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 27, diciembre, Lima, Gaceta Jurídica, 2000; también en *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 punición», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 26, noviembre, Lima, Gaceta Jurídica, 2000; también en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel: «La complicidad en los delitos especiales de función: Dogmática penal y jurisprudencia nacional», en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 32, mayo, Lima, Gaceta Jurídica, 2001; también en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

Rojas Vargas, Fidel: «Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración

Pública», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 45, junio, Lima, Gaceta Jurídica, 2002; también en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

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 *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 31, abril, Lima, Gaceta Jurídica, 2001; también en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

ROJAS VARGAS, Fidel: "El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales", en ROJAS VARGAS, Fidel: *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte general y especial,* Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, Grijley, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, T. II, Lima, Idemsa, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

ROSALES ARTICA, David: "El concepto de autor desde la perspectiva del delito de infracción de deber", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 70, abril 2015, Gaceta Jurídica, Lima.

ROSINI, Bárbara: *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necesitá,* Padova, Cedam, 1998.

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

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal,* 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general,* T. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Madrid, Thomson-Civitas, 2014.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana, Madrid, Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus: *Täterschaft und Thaterrschaft*, 10 Auflage, Berlin, De Gruyter, 2019.

ROY FREYRE, Luis*: Derecho Penal peruano. Parte especial*, T. III, Lima, Instituto de Ciencias Penales, 1983.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español», en *Derecho Penal contemporáneo. Revista internacional,* Nº 7, Bogotá, Legis, abril-junio, 2004.

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

RUIZ ELDREDGE, Alberto: *Manual de Derecho Administrativo*, Lima, Cultural Cuzco, 1990.

SABÁN GODOY, A*lfonso: El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991.

SÁCHICA, Luis Carlos: *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado,* Bogotá, Temis, 1989.

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

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: «La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», en *XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y criminología*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004.

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

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y LLAMOJA HILARES, Giuliana: *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano. Una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber,* Volumen 2, Lima, Editores del Centro, 2020.

SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública,* 4ª edición, Lima, Iustitia-Grijley, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro: "El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad", en *Gaceta Penal,* Tomo 57, marzo, 2014, Lima, Gaceta Jurídica.

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

SALINAS SICCHA, Ramiro: "El delito de malversación de fondos", en *Gaceta Penal,* N° 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,* Idemsa, Lima, 2013.

SALLES JUNIOR, Romeu: *Curso completo de Direito Penal,* 3ª edición, Sao Paulo, Editora saraiva, 1993.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: "Delitos contra la Administración Pública", en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban y BALDOVA PASAMAR, Miguel (coordinadores). *Derecho Penal. Parte Especial,* Granada, Editorial Comares, 2014.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coordinador): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia* IV, 5ª edición, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2020.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la función pública,* Madrid, Tecnos, 1997.

SÁNCHEZ RAMÍREZ, Fortunato: *Ciencias del Estado y Administración Pública,* Lima, Talleres Gráficos de J.C. Editores, 1987.

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

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: «Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general», en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, Nº 3, julio, Las Palmas de Gran Canaria, 1999.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

SANGUIÑO MADARIAGA, Alirio: *Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, Bogotá Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2013.

SEGRETO, Antonio y DE LUCA, Gaetano: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1980.

SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1965.

SHAMIS, Héctor E.: "Evitando la colusión, previniendo la colisión: ¿qué sabemos de la economía política de la privatización?" en SANDOVAL, Irma Eréndira (coordinadora): *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI Editores, 2009.

SHÖNKE, Adolf y SHRÖDER, Horst: *Strafgesestzbuch Kommentar*, 30ª edición, Múnich, Beck, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director) y RAGUÉS I VALLÉS (coordinador): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, T. V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978.

SPENA, Alessandro: "El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre el peculado y la corrupción", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (director): *Delitos contra la Administración Pública*, Jurista Editores, Lima, 2009.

STOCO, Rui: *Abuso do direito e má-fe procesual*, Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2002.

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

SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Tomo II, 4ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2006.

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert: «La Administración Pública en el Perú», en OCHOA MONZÓ *et al.*, en *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004.

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

THOMPSON, Dennis F.: *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1998.

THORMANN, Philipp y VON OVERBECK, Alfred: *Das Schwezerische Strafgesestzbuch,* Zurich, Schulthess & Co, 1941.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: *Derecho Administrativo y poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1996.

TRIGOSO BAGACETA, Diómedes: *Justicia administrativa, faltas disciplinarias y sanciones*, Lima, Editorial San Marcos, 1996.

ULLOA GAVILANO, José Rubén: "La concertación como elemento típico de carácter indiciario en el delito de colusión. (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 1076-2013 Ucayali)", en *Actualidad Penal*, vol. 11, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

URIBE GARCÍA, Saúl: *Delitos contra la Administración Pública*, Medellín, Ediciones Unaula, 2012.

URQUIZO OLAECHEA, José: «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año VII-VIII, Nº 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*, Nº 62, Edersa, Madrid, 1997.

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, Gaceta Jurídica, Lima.

VALLE RIESTRA, Javier: *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, Lima, Benítez Rivas & Montejo Editores Asociados, 1988.

VANNINI, Ottorino: *Manuale di Diritto Penale italiano. Parte Speciale, I singoli delitti e le singole contravvenzioni.* Giuffrè editore, Milano, 1954.

VARGAS SUELDO, Jorge Armando: "Los vehículos motorizados de servicio personal como causal de atipicidad del delito de peculado de uso (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 564-2012 Puno)", en *Actualidad Penal*, vol. 8, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

VELÁSQUEZ CALDERÓN, Juan y VARGAS CANCINO, Wilfredo: *Derecho Tributario moderno. Introducción al sistema tributario peruano,* Lima, Grijley, 1997.

VENEGAS GAMARRA, César: *Derecho y Administración Pública*, Lima, Idemsa, 1989.

VERAU MONTENEGRO, Ricardo: "Malversación de Fondos: ¿Cuándo acudir al juzgado penal?, en *Brújula,* Año 8, N° 15, La corrupción edición especial, Asociación de Egresados y Graduados Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

VIADA Y VILASECA, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, T. II, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890.

VIDAL PERDOMO, Jaime: «Régimen de la función pública», en *Derecho Administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004.

VIDAL PERDOMO, Jaime: *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1987.

VIGANÒ, Francesco: "Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano", en CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZÁLEZ, Pilar (dirs.): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

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

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho Administrativo*, T. 3, Buenos Aires, TEA, 1949 (1951).

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander: "Notas sobre el delito de colusión desleal: tratamiento doctrinal y jurisprudencial", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 114, diciembre 2018, Gaceta Jurídica, Lima.

VILLORIA MENDIETA, Manuel: *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000.

VITERBO ARIAS, José: *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Tomo 2, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1898.

VIVES ANTÓN-COBO DEL ROSAL: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

WASSMER, Martín Paul: «Sistemas penales comparados. Tratamiento jurídico penal de la corrupción política y administrativa», en *Revista Penal,* N° 3, Barcelona, Editorial Praxis, 1999.

WEBER, Max: *Ensayos de sociología contemporánea*, México, Origen Planeta, 1986.

WEBER, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Sarpe, 1984.

WELZEL, Hans: *Derecho Penal alemán. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

YABEN PERAL, Miguel: *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Derecho de la ciudadanía*, Barcelona, Bosch, 2015.

ZABALEGUI MUÑOZ, María del Carmen: "La malversación de caudales públicos", en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988.

ÍNDICE GENERAL

Presentación a la quinta edición 7
Presentación a la cuarta edición 11
Presentación a la reimpresión de la tercera edición 15
Presentación a la tercera edición 19
Presentación a la segunda edición 21
Reconocimientos 25
Introducción 27
1. Antecedentes 27
2. Objetivo y destinatarios 28
3. Características de la obra 29
4. Estructura de la obra 31
5. Sobre sumillados y ejecutorias 32
Indicaciones finales complementarias 35

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES

TÍTULO I

CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO

I. Administración Pública y Derecho Penal 42
II. El bien jurídico protegido: la Administración Pública 48
1. Noción básica de Administración Pública 48
2. Amplitud temática 49
3. La Administración Pública como bien jurídico 50
4. ¿Existe un concepto jurídico-penal de Administración Pública? 54
5. Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal 55
6. El titular del bien jurídico, el sujeto pasivo y la víctima 55
III. La función pública: ¿noción jurídico-penal? 56
1. Definiciones 57
2. Naturaleza jurídica de la función pública 60

3. Funciones públicas 64
4. Función pública y privatizaciones 66
5. Características de la función pública 68
6. Relaciones y diferencias con «servicio público» y «servicio de necesidad pública» 69
7. Los particulares y la función pública 72
IV. El funcionario público 73
1. Clases de funcionarios 75
V. El servidor público 78
VI. La autoridad 79
VII. Trabajador público 80
VIII. Los asesores 82
IX. Funcionarios de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta: interpretación literal o teleológica del artículo 40 de la Constitución 82
X. Responsabilidad por los actos u omisiones de los funcionarios y servidores públicos 88
1. Responsabilidad política 88
2. Responsabilidad civil o patrimonial 90
3. Responsabilidad administrativa 92
4. Responsabilidad penal 93

TÍTULO II

CUESTIONES BÁSICAS DE POLÍTICA Y DOGMÁTICA PENAL

I. Objetivos y literatura mínima 97
II. La política penal peruana con relación a los delitos contra la Administración Pública 103
III. Aspectos de técnica legislativa 108
1. Sistematicidad y ubicación 108
2. Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos 110
3. Agravantes-atenuantes 112
IV. Dolo y culpa 113
V. Autoría y participación en los delitos cometidos por funcionarios públicos 116
VI. La teoría analítica del delito 120
1. Planteamiento del tema 120

VII. Las fases negativas del delito en los delitos contra la Administración Pública (la teoría analítica de afirmación) 123
1. Importancia 124
2. Falta de tipicidad o atipicidad 125
3. Causas de justificación de la antijuricidad 126
4. Causas de inculpabilidad 132
VIII. Tentativa y consumación en los delitos contra la Administración Pública 135
IX. Concurso de delitos 135
X. Consecuencias jurídicas 136
XI. Prescripción 138
XII. La jurisprudencia peruana 139

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

TÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

I. Notas breves de historia 145
II. Funcionario público: características 153
III. Concepto administrativo de funcionario público 162
1. Definiciones legales y jurisprudenciales 162
2. Requisitos 165
IV. Concepto penal de funcionario público 169
V. Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público en la Convención Interamericana contra la Corrupción 175
VI. Concepto estricto, amplio, residual y particularizado de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 179
VII. El funcionario de hecho: la debatible tendencia orientada hacia una noción material de funcionario público 183
VIII. Los sujetos públicos y los deberes de garante 193
IX. Deberes éticos y administrativos de los funcionarios y servidores públicos 196
X. El artículo 425 del Código Penal peruano de 1991 202

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa 204
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular 206
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos 208
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares 210
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional 212
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley 213

XI. Delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) o de organización, y delitos especiales y/o de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) 214
XII. *Excursus* sobre los delitos de infracción de deber 223
XIII. El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos 232
A) Tesis de la impunidad del *extraneus* 234
B) Tesis de la autonomía, individualizadora o de la ruptura del título de imputación 235
C) Tesis de la unidad del título de imputación 238
D) Tesis mixta 239
E) La posición legislativa peruana 240

TÍTULO II

LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

I. Poder y autoridad 243
II. Abuso de poder y abuso de autoridad 246
III. El *nomen iuris* «abuso de autoridad» 247
IV. Modelos históricos de los delitos de abuso de autoridad 248
V. Perú: aspectos de sistemática y técnica legislativa 251
VI. Lo reglado y la discrecionalidad frente al acto arbitrario 254

1

ABUSO GENÉRICO O INNOMINADO DE AUTORIDAD

I. Características principales 261

II. Antecedentes legales 264
III. La figura penal: concepto y tendencias contemporáneas 265
IV. Bien jurídico protegido 267
V. Sujeto activo y vinculación funcional 271
VI. Sujeto pasivo 273
VII. Tipicidad objetiva: comportamientos típicos 276
1. La calidad de funcionario público 276
2. El abuso de atribuciones 277
3. Las modalidades delictivas: comete u ordena (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien) 281
4. El acto arbitrario 288
5. El perjuicio de alguien producto del acto abusivo arbitrario 291
VIII. El componente subjetivo: el dolo 293
IX. Consumación del delito 296
X. Penalidad 296
XI. Autoría y participación 297
XII. Circunstancia agravante: hechos derivados de un procedimiento de cobranza coactiva 299
XIII. Concurso de delitos 302
XIV. Fases negativas del delito 304
1. Atipicidad 304
2. Justificación de la antijuricidad 305
3. Causas de exculpación (inculpabilidad) 305
XV. Casos 306
XVI. Legislación extranjera 307
1. Italia (1930) 307
2. Colombia (1980) 310
3. Argentina (1922) 311
4. Francia (1993) 311
5. España (1995) 312
6. Cuba (1988) 313
7. Portugal (1982) 313

2

ABUSO DE AUTORIDAD ESPECÍFICO CON FINALIDAD POLÍTICA Y/O ELECTORAL

I. Antecedentes legales 314
II. La figura penal 315
III. El bien jurídico protegido 316

IV. Sujetos activo y pasivo 317
V. Comportamiento típico 318
1. Valerse de la condición funcional 318
2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos 319
3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral 320
VI. Aspectos subjetivos del delito 321
VII. Consumación y tentativa 321
VIII. Penalidad 322

3

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

I. Antecedentes legales 323
II. La figura penal 324
III. Bien jurídico protegido 325
IV. Sujetos activo y pasivo 326
V. Tipicidad objetiva y subjetiva 326
VI. Elemento subjetivo 331
VII. Consumación 332
VIII. Penalidad 332

4

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN

I. Antecedentes legales 333
II. La figura penal 334
III. Bien jurídico protegido 335
IV. Sujeto activo: autoría 336
V. Sujeto pasivo 337
VI. El elemento normativo: «ilegalmente» 337
VII. Los comportamientos típicos 340
1. Primera modalidad delictiva: omitir algún acto de su cargo 340
2. Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo 344
3. Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido 345
VIII. El elemento subjetivo 349
IX. Consumación y tentativa 349
X. Incumplimiento funcional agravado 350
XI. Participación 351
XII. Fases negativas del delito 352

1. Atipicidad 352
2. Causas de justificación y exculpación 352
XIII. Penalidad 353
XIV. Casos 353
XV. Legislación extranjera 353
1. Argentina (1922) 353
2. Italia (1930) 354
3. Panamá (1982) 355
4. Costa Rica (1970) 355

5

DENEGACIÓN DE AUXILIO POLICIAL

I. Antecedentes legales 356
II. La figura penal 357
III. Bien jurídico protegido 358
IV. Sujeto activo: autoría 359
V. Sujeto pasivo 362
VI. Comportamientos típicos 363
1. Precisiones 363
2. El elemento normativo: sin causa justificada 363
3. La legalidad del requerimiento de la autoridad civil 364
4. La naturaleza del auxilio 366
VII. Elemento subjetivo 367
VIII. Consumación y tentativa 367
IX. Circunstancias agravantes del delito 367
X. Participación 369
XI. Concurso de delitos 369
XII. Fases negativas del delito 369
1. Atipicidad 369
2. Justificación y exculpación 369
XIII. Penalidad 370
XIV. Legislación extranjera 370
1. Argentina (1922) 370
2. Colombia (1980) 370
3. Italia (1930) 371
4. Guatemala (1973) 371
5. Portugal (1982) 371
6. España (1995) 372

6

REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

I. Antecedentes legales 373
II. La figura penal 374
III. Bien jurídico protegido 374
IV. Sujetos activo y pasivo 374
V. Comportamientos típicos 375
1. El requerimiento 375
2. La asistencia de la fuerza pública 376
3. El objeto del requerimiento 377
VI. Elemento subjetivo 378
VII. Consumación y tentativa 378
VIII. Participación 379
IX. Fases negativas del delito 380
1. Atipicidad 380
2. Causas de justificación 380
X. Penalidad 380
XI. Legislación extranjera 380
1. Argentina (1922) 380
2. Colombia (1980) 380
3. Portugal (1982) 381
4. Costa Rica (1971) 381

7

ABANDONO ILEGAL DE CARGO

I. Antecedentes legales 382
II. La figura penal 383
III. El bien jurídico protegido 384
IV. Sujeto activo: autoría 385
V. Sujeto pasivo 385
VI. Comportamiento típico 385
1. Abandonar el cargo 385
2. No haber cesado legalmente en el desempeño del cargo 387
3. Daño al servicio 388
VII. Elemento subjetivo 389
VIII. Consumación y tentativa 390

IX. Participación 390
X. Fases negativas del delito 390
1. Atipicidad 390
2. Causas de justificación 391
XI. Penalidad 391
XII. Legislación extranjera 391
1. Colombia (1980) 391
2. España (1973) 391
3. España (1995) 392
4. Portugal (1982) 392
5. Brasil (1940) 393
6. Argentina (1922) 393
7. Panamá (1982) 393
8. Italia (1930). Artículos derogados 394

8

INCITACIÓN AL ABANDONO COLECTIVO DE TRABAJO

I. Antecedentes legales 395
II. La figura penal y bien jurídico 396
III. Sujetos activo y pasivo 396
IV. Comportamiento típico 397
1. Incitar 397
2. El abandono colectivo de trabajo y la huelga 398
V. Elemento subjetivo 399
VI. Consumación y tentativa 399
VII. Participación 399
VIII. Concurso de delitos 399
IX. Legislación extranjera 400

9

NOMBRAMIENTO ILEGAL PARA CARGO PÚBLICO

I. Antecedentes legales 401
II. La figura penal 401
III. Bien jurídico protegido 402
IV. Sujeto activo: autoría 403
V. Sujeto pasivo 403

VI. Comportamiento típico 403
1. Hacer un nombramiento 403
2. Cargo público 406
3. Persona en quien no concurren los requisitos legales 407
VII. Elemento subjetivo 409
VIII. Consumación y tentativa 410
IX. Participación 410
X. Causas de justificación (fase negativa del delito) 411
XI. Legislación extranjera 411
1. Argentina (1922) 411
2. Bolivia (1974) 412
3. Costa Rica (1971) 412
4. Guatemala (1973) 412
5. España (1995) 412

10

ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO

I. Antecedentes legales 413
II. Bien jurídico protegido 413
III. La figura penal 413
IV. Sujetos activo y pasivo 414
V. Comportamiento típico 414
1. Aceptar el cargo 415
2. No concurrencia de los requisitos legales 416
VI. Elemento subjetivo 416
VII. Consumación y tentativa 416
VIII. Participación 417
IX. Concurso de delitos 417
X. Penalidad 417

Delitos de abuso de autoridad: sumillas de jurisprudencia 419

TÍTULO III

LOS DELITOS DE CONCUSIÓN

I. Concusión 433
II. Clases de concusión 436
III. Los modelos de Derecho comparado 437

1. Los modelos históricos 437
2. Los modelos contemporáneos 438
IV. El concepto de concusión 438
V. Concusión y extorsión 439
VI. Los delitos de concusión y el Código Penal de 1991 440
VII. Bien jurídico protegido 441

1
CONCUSIÓN

I. Antecedentes legislativos 444
II. La figura penal y el Derecho comparado 445
III. Bien jurídico protegido 446
IV. Sujeto activo: autoría 448
V. Sujeto pasivo 449
VI. Comportamientos típicos 449
1. Abuso del cargo 450
2. Obligar a dar o prometer 454
3. Inducir a dar o prometer 458
4. El dar y el prometer dar 459
VII. «Indebidamente»: el elemento normativo del delito de concusión 461
VIII. El objeto de la concusión: «un bien o un beneficio patrimonial» 462
IX. El destinatario: «para sí o para otro» 462
X. Elemento subjetivo 463
XI. Consumación y tentativa 464
XII. Participación 465
XIII. Fases negativas del delito 465
XIV. Penalidad 466
XV. Planteo de interrogantes (problemática) 466
1. ¿Son penalmente relevantes los motivos de la víctima para dar o prometer dar, de modo que se pueda sostener que esta consintió la inducción? 466
2. ¿Debe la víctima conocer o ser consciente de que está dando o prometiendo lo indebido o que son ilegales los requerimientos del sujeto activo? 467
3. ¿Los medios comisivos obligar e inducir deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia? ¿Quién y qué referentes permiten evaluarlas? 467
4. ¿Admiten el obligar y el inducir formas omisivas de comisión imputables al sujeto activo? 467
5. ¿Qué semejanzas tienen la concusión por constreñimiento y la extorsión típica del artículo 200? 467
6. ¿Qué semejanzas tiene la concusión por inducción con la estafa? 468

7. Si una persona aparenta ser funcionario o servidor para inducir a la entrega ilegal de dinero, ¿ello configura el delito de concusión? 468
8. ¿En qué se diferencia el delito de concusión del de corrupción? 468
9. El delito de concusión, en sus dos formas (constrictiva e inductiva), al ser un abuso del cargo, ¿está con ello refiriéndose también al abuso de atribuciones? 468
10. ¿Es acertada la clasificación hecha por algunos autores nacionales que indican que el artículo 382 es una concusión explícita y el artículo 383 corresponde a una concusión implícita? 469
11. Si los comportamientos «obligar» o «inducir» son practicados por un particular sobre la víctima para que esta otorgue un bien o beneficio económico al funcionario o servidor público, ¿se configura el delito de concusión? ¿Qué ocurre en el caso de haber concertado el particular con el funcionario público para tal fin? 469

XVI. Legislación extranjera 470
1. Italia (1889) 470
2. Italia (1930) 471
3. Colombia (1980) 471
4. Colombia (2000) 472
5. España (1995) 472
6. Brasil (1940) 472
7. Costa Rica (1971) 472
8. Panamá (1982) 472
9. Panamá (2007) 473

2
EXACCIÓN ILEGAL

I. Antecedentes legales 475
II. La figura penal y el Derecho comparado 477
III. Bien jurídico protegido 479
IV. Sujeto activo 480
V. Sujeto pasivo 481
VI. Comportamientos típicos 482
1. El abuso del cargo 483
2. El exigir o hacer pagar o entregar 483
3. Contribuciones o emolumentos no debidos 487
4. Contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la tarifa legal (condición objetiva de punibilidad) 491
5. Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: el destino de lo pagado o entregado indebidamente 492

VII. Elemento subjetivo 494
VIII. Consumación y tentativa 495
IX. Participación 496
X. Penalidad 496
XI. Fases negativas del delito 496
1. Atipicidad 496
2. Causas de justificación y de exculpación 497
XII. Planteo de interrogantes (problemática) y concurso de delitos 497
1. Si lo percibido por el funcionario o servidor público, en el caso de las contribuciones, no ingresa al fisco, apropiándoselo o reteniendo dichos fondos, el supuesto del hecho ilícito ¿sigue siendo exacción ilegal? 497
2. ¿Requiere el tipo penal de exacciones ilegales el provecho económico del funcionario o servidor? 498
3. En el caso de que el funcionario o servidor, después de haber usado o simplemente apropiado las contribuciones, las hace ingresar a las arcas fiscales, ¿el supuesto del hecho ilícito de exacción pierde su ilicitud? 498
4. Si el agente simula poseer la calidad de funcionario o servidor para exigir el cobro, ¿bajo qué delito se subsumen sus actos? 498
5. Si el funcionario o servidor solicita o exige dinero o algún bien a alguien para –por ejemplo– no colocarle una papeleta en el caso del policía, o para no requerirle la presentación de sus libros de contabilidad, ¿qué supuesto de hecho ilícito se configura? 498
6. ¿Está comprendido en el tipo penal de exacción ilegal todo cobro que realiza el funcionario-servidor (por ejemplo, las tasas, multas, licencias, derechos, cobros de impuestos, etc.), o el tipo solo se circunscribe a las contribuciones y emolumentos? 499
7. ¿Cualquier funcionario o servidor que exija pago de contribuciones o emolumentos es sujeto activo del delito de exacciones ilegales? 499
8. Si el funcionario o servidor confunde y/o engaña al obligado al pago sobre el monto de lo adeudado, ¿es típico su comportamiento de la figura en estudio? 499
9. Si la persona paga o entrega contribuciones en cantidades mayores a las debidas y no recoge o retira el plus, pese a la observación al respecto del funcionario o servidor, ¿el hecho es típico de exacción ilegal? 499
10. ¿Admite nuestro Código la exacción indirecta, es decir, la realizada por medio de otra persona? 500
11. ¿Cuál es el fundamento político-criminal del tipo penal del artículo 383? .. 500
12. ¿Cuáles son las diferencias con el delito de cohecho? 500
13. ¿En qué se diferencia la exacción ilegal del abuso de autoridad? 500
14. ¿Cuál es la tendencia de los Códigos modernos en cuanto a los elementos normativos de la exacción? 500
XIII. Concusión básica y exacción ilegal: diferencias 501

XIV. Legislación extranjera 501
1. Argentina (1922) 501
2. Proyecto del Código Penal Federal suizo (1918) 502
3. Alemania (1871, vigente con reformas) 502
4. España (1973, derogado) 502
5. España (1995) 502
6. Francia (1993) 503
7. Brasil (1940) 503
8. Paraguay (1997) 503
9. Panamá (1982) 504
10. Panamá (2007) 504
11. México (1922) 504

3

COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

I. Antecedentes legales 506
II. La figura penal y el Derecho comparado 509
III. El bien jurídico protegido 514
1. La insuficiencia del bien jurídico definido en términos generales 514
2. Los principios de la contratación pública como bien jurídico 515
3. La asignación de caudales (recursos) como bien jurídico 516
4. La expectativa de conducta institucionalizada de los intervinientes en el proceso administrativo de contratación pública como bien jurídico 516
5. La mirada del bien jurídico en la perspectiva comparada: doctrina 517
6. La mirada en la jurisprudencia española sobre el delito de fraude a la Administración 521
7. El bien jurídico en la doctrina nacional 523
8. El bien jurídico protegido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República 525
9. Fijación de posición sobre el bien jurídico protegido en el delito de colusión 529
IV. Sujeto activo y sujeto pasivo 533
V. Características comunes al delito de colusión de peligro y colusión de lesión 540
1. Colusión: delito de infracción de deber con dominio del hecho 540
2. Colusión: delito plurisubjetivo, de participación necesaria y de encuentro 541
3. Colusión: delito de peligro y de lesión en clave económica 544
4. Colusión y la ampliación del objeto normativo de protección a las concesiones públicas 548
5. Colusión y *ultima ratio* 549

6. Colusión: la opacidad y la importancia del principio-deber-derecho "transparencia" 550
7. Colusión e irregularidades administrativas 554
VI. Tipicidad objetiva 558
1. El funcionario o servidor que interviene por razón del cargo 559
2. La concertación ilegal 561
3. Los objetos normativos de protección penal: contrataciones públicas, concesiones y operaciones 573
4. Los interesados y partícipes 579
VII. Colusión de peligro y colusión de lesión con perjuicio patrimonial 583
1. Dos tipos de colusión: de peligro y de resultado 583
VIII. Elemento subjetivo 592
IX. Consumación y tentativa 594
X. Penalidad 599
XI. Fases negativas del delito 600
1. Atipicidad 600
2. Causas de justificación 602
XII. Participación 602
XIII. Concurso de delitos 604
XIV. Circunstancias agravantes 606
XV. Legislación extranjera 607
1. Argentina (1922) 607
2. España (1973) 607
3. España (1995) 608
4. Chile (1873) 608

4

PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PARTICULARES

I. Antecedentes legales 609
II. La figura penal 610
III. Bien jurídico protegido 611
IV. Sujetos activo y pasivo 613
V. Comportamiento típico 615
1. Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público 615
2. Patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública 616
VI. Elemento subjetivo 621
VII. Consumación y tentativa 622
VIII. Penalidad 622

IX. Participación 622
X. Concurso de delitos 623
XI. Legislación extranjera 623
1. Brasil (1940) 623
2. Italia (1930) 623
3. España (1995) 623
4. Colombia (2000) 624

5

EXTENSIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y PATROCINIO ILEGAL A PERITOS, ÁRBITROS, CONTADORES Y A TUTORES, CURADORES Y ALBACEAS

I. Antecedentes e historia legal 625
II. La figura penal 627
III. Los sujetos activos del delito 628
IV. El objeto del delito 632
V. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal 633
VI. Elemento subjetivo 635
VII. Consumación y tentativa 635
VIII. Penalidad 635
1. Contratos 636
2. Suministros 636
3. Licitaciones 636
4. Concursos de precios 637
5. Subastas 638
6. Cualquier otra operación semejante 638
Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado 638
1. Convenios 639
2. Ajustes 639
3. Liquidaciones 639
4. Suministros 640

Delitos de concusión: sumillas de jurisprudencia 641

TÍTULO IV

LOS DELITOS DE PECULADO

I. Peculado 663
II. Clases de peculado 666
III. La naturaleza jurídica del delito de peculado: bien jurídico 668
IV. Los modelos de Derecho comparado europeo y latinoamericano 673
V. El concepto «patrimonio público» 674
VI. Aspectos de técnica legislativa 676

1

PECULADO DOLOSO

I. Antecedentes legales 681
II. La figura penal 682
III. Bien jurídico protegido 683
IV. Sujeto activo: autoría 690
V. Sujeto pasivo 695
VI. Comportamientos típicos 696
1. La relación funcional: «por razón de su cargo» 697
2. La percepción, administración y custodia 704
3. Modalidades delictivas: «apropia o utiliza» 712
4. El destinatario: «para sí o para otro» 723
5. El objeto material del delito: los «caudales o efectos» o el patrimonio público 727
VII. Elemento subjetivo 736
VIII. Consumación y tentativa 737
IX. Penalidad 742
X. Aspectos puntuales de análisis 743
1. La amplitud del concepto «caudal»: inclusión de los bienes inmuebles 743
2. La agravante por la cuantía y el valor de lo apropiado 743
3. Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos 747
4. La importancia de la pericia técnica de valorización y el perjuicio en el delito de peculado 748
XI. Autoría y participación 750
XII. Concurso de delitos 755
XIII. Agravante por el destino de los caudales o efectos 755
XIV. Fases o aspectos negativos del delito 757

1. Atipicidad 757
2. Causas de justificación 758
XV. Planteo de interrogantes (problemática) 759
1. En el caso de que la apropiación o utilización reporte provecho económico o utilidad para el Estado, ¿existe delito de peculado? 759
2. Si el sujeto activo restituye lo que se apropia o el bien que utiliza, ¿ello hace atípica la figura? 759
3. De existir error o confusión al momento de apropiarse los bienes públicos o particulares bajo poder del sujeto público vinculado, ¿existe delito de peculado? 760
4. Si los bienes o caudales públicos apropiados fueron percibidos mediante coacción ¿existe concurso de delitos? 761
5. ¿El policía nacional o militar que custodia fondos públicos y se los apropia comete delito de peculado? 761
6. ¿La apropiación o utilización que hagan los depositarios, administradores o custodios particulares de los caudales o efectos ordenados por autoridad competente, es típico del delito de peculado? 761
7. ¿El cajero que se apodera y apropia sumas de dinero que recepciona en estricto cumplimiento de su cargo e inmediatamente repone con otras sumas de dinero de la misma Administración, comete delito de peculado? ¿Y si los apoderamientos son continuos? 761
8. ¿Si el sujeto activo distrae o da un uso oficial distinto al establecido a los bienes y efectos, comete delito de peculado doloso? 761
9. ¿El empleado público sin relación funcional que se apropia (sustrae) o utiliza caudales (bienes) o efectos de la Administración Pública comete delito de peculado? 762
10. Si el funcionario o servidor provoca situaciones de descuido en concierto con tercero, para que este sustraiga efectos o caudales, ¿incurre en delito de peculado culposo? 762
11. Si el descuido o estado de inseguridad del caudal o efecto se debe a razones de fuerza mayor o a órdenes de superior jerárquico, ¿resultará imputable el funcionario o servidor público a título de delito de peculado? 762
12. Si el funcionario o servidor que con su comportamiento genera situaciones de descuido no se halla en relación funcional con los caudales y efectos, ¿puede ser pasible de imputación penal a título de peculado culposo? 762
13. ¿La apropiación del importe de dinero o títulos valores por parte del empleado o funcionario público de correos es típica del delito de peculado? ... 763
14. ¿La apropiación por parte del funcionario o servidor público de dinero o bienes muebles recibidos por error de un tercero es una forma penalmente relevante de peculado para nuestra legislación penal? 763
15. ¿El retiro de dinero de partidas presupuestales de una entidad pública para entregárselas a un tercero ajeno a la Administración Pública o incluso a otro

funcionario, quien no tiene vinculación funcional con los caudales, mientras no sean entregadas a dicho sujeto, constituye malversación o es ya apropiación ilícita propia del peculado? 765
16. ¿La utilización de mano de obra del personal pagado por la Administración Pública, por parte del funcionario o servidor público para sus fines personales o para terceros, configura delito de peculado? 765
17. ¿Las sumas de dinero que se agregan a las remuneraciones de determinados funcionarios en calidad de gastos operativos con cargo a rendición de cuentas generan hipótesis de peculado de no ser gastadas según los fines previstos o, tal vez, de no reintegrarse o no justificarse? 766
18. ¿Qué tipo de culpa se requiere en el delito de peculado culposo, consciente o inconsciente? 766
XVI. Circunstancias agravantes incorporadas por la Ley N° 31178 767
XVII. Legislación extranjera 768
1. Argentina (1922) 768
2. España (1973) 769
3. España (1995) 769
4. Uruguay (1933) 770
5. Francia (1810) 771
6. Francia (1993) 771
7. Italia (1889) 771
8. Italia (1930) 772
9. Colombia (2000) 772
10. Bolivia (1972) 773
11. Portugal (1995) 773

2

PECULADO CULPOSO

I. Antecedentes legales 774
II. La figura penal 775
III. Bien jurídico protegido 776
IV. Componentes típicos 776
1. La sustracción 776
2. La culpa del funcionario o servidor público 777
V. El sujeto activo: autoría 779
VI. La otra persona: concurso de delitos 780
VII. El elemento subjetivo 781
VIII. Consumación y tentativa 781
IX. Penalidad 782

X. Circunstancia agravante 783
XI. Fases negativas del delito 783
1. Atipicidad 783
2. Causas de justificación y de exculpación 783
XII. Legislación extranjera 784
1. Argentina (1922) 784
2. España (1870) 784
3. España (1973) 784
4. España (1995) 784
5. Bolivia (1972) 784
6. Colombia (1980) 785
7. Colombia (2000) 785
8. Costa Rica (1971) 785
9. Panamá (1982) 785

3

PECULADO DE USO

I. Antecedentes legales 787
II. La figura penal y el Derecho comparado 787
III. Bien jurídico protegido 789
IV. Sujeto activo: autoría y relación funcional 789
V. Sujeto pasivo 791
VI. Comportamientos típicos 791
1. Comportamientos típicos: usar o permitir que otro use 793
2. Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración Pública o bajo su guarda 795
3. Fines ajenos al servicio 796
VII. Peculado de uso y principio de lesividad 797
VIII. Elemento subjetivo 800
IX. Consumación y tentativa 801
X. Participación 805
XI. Ámbito de la excepción de tipicidad: servicio personal por razón del cargo 805
XII. Concurso de delitos 810
XIII. Fases negativas del delito 810
1. Atipicidad 810
2. Causas de justificación - exculpación 810
XIV. Penalidad 812
XV. Legislación extranjera 812

1. Colombia (1980) 812
2. Colombia (2000) 813
3. Argentina (1922) 813
4. España (1973) 813
5. España (1995) 813
6. Portugal (1982) 814
7. Portugal (1995) 814
8. Italia (1930) 814

4

MALVERSACIÓN DE DINERO O BIENES

I. Antecedentes legales 816
II. La figura penal y el Derecho comparado 816
III. Bien jurídico protegido 818
IV. Sujeto activo: autoría 818
V. Sujeto pasivo 819
VI. Comportamiento típico 819
1. Componente normativo: la administración de dinero o bienes (relación funcional) 820
2. Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: actos de malversación ... 822
3. La afectación al servicio o la función encomendada 827
VII. Elemento subjetivo 830
VIII. Consumación y tentativa 830
IX. Participación 832
X. Circunstancias agravantes 833
XI. Penalidad 834
XII. Fases negativas del delito 834
1. Atipicidad 834
2. Causas de justificación de la antijuricidad o ilicitud del hecho 835
3. Causas de exculpación 835
XIII. Casos frecuentes 835
XIV. Legislación extranjera 836
1. España (1973) 836
2. España (1995) 836
3. Argentina (1922) 836
4. Italia (1930) 836
5. Colombia (1930) 837
6. Colombia (2000) 837

7. Chile (1874) 838
8. México. Código Penal Distrito Federal 838

5

DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO

I. Antecedentes legales 839
II. La figura penal 839
III. Bien jurídico protegido 840
IV. Sujeto activo: autoría 841
V. Sujeto pasivo 841
VI. Comportamiento típico 842
1. «Teniendo fondos expeditos» 842
2. «Demorar (...) un pago ordinario o decretado por la autoridad competente» 842
3. «Injustificadamente» 844
VII. Elemento subjetivo 844
VIII. Consumación y tentativa 844
IX. Participación 844
X. Fases negativas del delito 845
XI. Penalidad 845
XII. Concurso de delitos 845
XIII. Legislación extranjera 845
1. Argentina (1922) 845
2. España (1973) 846
3. España (1995) 846
4. Guatemala (1973) 846
5. Costa Rica (1971) 846

6

REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES

I. Antecedentes legales 847
II. La figura penal 848
III. Bien jurídico protegido 849
IV. Sujeto activo: autoría 849
V. Sujeto pasivo 850
VI. Comportamiento típico 850
1. La existencia del depósito, custodia o administración 850
2. Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos (objeto del delito) 851
3. Requerimiento 852

VII. Elemento subjetivo 853
VIII. Jurisprudencia 853
IX. Consumación y tentativa 855
X. Participación 856
XI. Causas de justificación 856
XII. Penalidad 856
XIII. Concurso de delitos 856
XIV. Legislación extranjera 856
1. Argentina (1922) 856
2. España (1973) 857
3. Chile (1874) 857

7

PECULADO POR EXTENSIÓN (PECULADO IMPROPIO)

I. Antecedentes legales 858
II. Sujeto activo 860
III. Sujeto pasivo 862
IV. Análisis global y comentarios 863
1. Los autores y el objeto de la acción 866
2. Comentarios 873
V. Bien jurídico protegido 873
VI. La equiparación legal 874
VII. Jurisprudencia 875
VIII. Legislación extranjera 883
1. Argentina (1922) 883
2. España (1973) 884
3. España (1995) 884
4. Colombia (1980) 884
5. Chile (1874) 885
6. Bolivia (1972) 885

Delitos de peculado: sumillas de jurisprudencia 887

Bibliografía 933

Este libro se terminó de imprimir en el mes
de octubre de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú